

MERSİN BAROSU DERGİSİ

MERSİN BAROSU DERGİSİ

Ankara – 2026

Mersin Barosu Adına Sahibi

Av. Gazi Özdemir

**Yayın Kurulu Başkanı ve
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**

Av. Gazi Özdemir

Yayın Kurulu

Av. İsmail Karadana

Tasarım ve Yayına Hazırlık

Bilgi Yayınevi

Yazışma Adresi

Gökdelen 16. Kat Mersin

ÖNSÖZ

Saygıdeğer Meslektaşlarım;

Mersin Barosu Dergisi'nin yeni bir sayısıyla daha sizlerle buluşmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Göreve geldiğimiz süre içerisinde, Yayın ve Bilimsel Çalışmalar Komisyonumuzda görev alan meslektaşlarımızın özverili çalışmaları neticesinde hazırlanan Baro dergimizin Haziran 2026 sayısını takdirlerinize sunmuş bulunmaktayız.

Hukukun üstünlüğünün, savunma mesleğinin bağımsızlığının ve adalet arayışının her geçen gün daha fazla önem kazandığı bir dönemde; mesleki dayanışmayı güçlendiren, hukuki tartışmalara katkı sunan yayınların büyük bir değer taşıdığına inanıyoruz. Baro dergimiz de yalnızca mesleki bir yayın değil; aynı zamanda düşüncenin, emeğin ve ortak sorumluluğumuzun bir yansımasıdır.

Bu sayımızda hukuk dünyasına ilişkin güncel değerlendirmelerin yanı sıra, meslektaşlarımızın kıymetli çalışmalarına yer verilmiştir. Mersin Barosu olarak, savunmanın bağımsızlığını ve hukuk devletini koruma mücadelemiz, dün olduğu gibi bugün de kararlılıkla sürmektedir.

Dergimizin hazırlanmasında emeği geçen Yayın ve Bilimsel Çalışmalar Komisyonumuza, katkı sunan tüm meslektaşlarımıza teşekkür ediyor; Haziran 2026 sayımızın meslek camiamıza faydalı olmasını diliyorum.

Saygılarımla.

Av. Gazi ÖZDEMİR

Mersin Barosu Başkanı

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ..... i

**HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇU
ÜZERİNE ELEŞTİRİLER..... 1**

Av. Alpay ANTMEN

**FİNLANDİYA CEZA SİSTEMİNDE FAİL-MAĞDUR
ARABULUCULUĞU 23**

Av. Arb. Dr. Mustafa ŞİMŞEK

PETROL KAÇAKÇILIĞI SUÇU 49

Av. Prof. Dr. Tunay KÖKSAL & Av. Tuğba DÜZLEME

**DENİZ YOLUYLA ULUSLARARASI PETROL
TAŞIMACILIĞINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA
SORUMLULUK VE BİR UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU
OLARAK TAHKİM..... 77**

Av. İsmail KARADANA

**HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SINIRLI SAYIDA
OLUP OLMADIĞI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME 115**

Av. Ersin ŞARE

**KAMU ALACAKLARINDA RÜÇHAN HAKKI VE
GARAMETEN TAKSİM..... 139**

Av. Derya EĞİLMEZ

**TÜRKİYE’DE KORUYUCU AİLELİK SİSTEMİ VE EVLAT
EDİNME İLE ARASINDAKİ FARKLAR..... 175**

Av. Arb. Berna BOZDAĞ

**KENTSEL DÖNÜŞÜM HUKUKU KAPSAMINDA ARSA PAYI
KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ 185**

Av. Aybüke SAÇAN ÖZHAN

MENFİ TESPİT DAVALARI VE DAVA ŞARTI TİCARİ ARABULUCULUK	223
--	------------

Av. Aybüke SAÇAN ÖZHAN

SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ HAL VE SONUÇLARI	249
--	------------

Av. Aybüke SAÇAN ÖZHAN

KEFALET SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA TEMİNAT OLUŞTURMASI AMACIYLA TESİS EDİLEN İPOTEK BORÇLUNUN DİĞER BORÇLARI AÇISINDAN DA TEMİNAT FONKSİYONUNU SÜRDÜRÜR MÜ? BU İPOTEĞİN KALDIRILMAMASI MÜLKİYET HAKKININ İHLALİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ? (ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU, K.T. 14/09/2021, B.N. 2018/25663, R.G. 31695).....	283
--	------------

Av. İsmail KARADANA

İPOTEK BEDELİNİN GÜNCELLENMİŞ DEĞERİNİN ÖDENMESİ İSTENEBİLİR Mİ? BU İSTEĞİN REDDİ MÜLKİYET HAKKININ İHALİLİNİ OLUŞTURUR MU? (ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU, K.T. 07/10/2021, B.N. 2018/13952, R.G. 31706).....	299
--	------------

Av. İsmail KARADANA

BİREYSEL KREDİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA RIZAI OLARAK TEMİNAT GÖSTERİLEN İPOTEK KAPSAMINDA BORÇLU MESKENİYET İDDİASINDA BULUNABİLİR Mİ? (YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ, 2021/4469 E., 2021/9712 K., 04/11/2021 T.)	309
--	------------

Av. İsmail KARADANA

HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇU ÜZERİNE ELEŞTİRİLER

Av. Alpay ANTMEN

*(27.Dönem Mersin Milletvekili,
Mersin Barosu Önceki Başkanı)*

I. TARİHÇE:

Türkiye Büyük Millet Meclisi 27 Dönem Yasam Döneminde AKP ve MHP Gruplarınca ortak imza ile TBMM Başkanlığı'na 26/5/2022 tarihinde sunulan “Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” isimli 40 maddelik bir Torba Kanun Teklifi'nin 29 maddesinde yer alan bir hüküm ile Türk Ceza Kanunu'nda var olmayan “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu” adı verilecek yeni bir suç türü yaratılmıştır.

Anılan Kanun teklifi 27/5/2022 tarihinde, benim de Milletvekili olarak üyesi bulunduğum TBMM Adalet Komisyonu'na sevk edilmiş, Adalet Komisyonu çalışmalarına 9/6/2022 tarihinde başlamış, yoğun tartışmalardan sonra 15/6/2022 tarihinde Komisyon, AKP'li ve MHP'li üyelerinin oy çokluğu ile, Kanun Teklifini Kabul ederek TBMM Başkanlığı'na göndermiştir.

Kanun Teklifi metninde Basın Kanunu ile ilgili hükümler de yer aldığı için Kamuoyu hem Basın Kanunu değişiklikleri ile ve hem de Teklifin 29.maddesi ile ihdas edilen İktidar Partilerinin “dezenformasyonla mücadele” hükmü adını verdikleri TCKm.217A maddesi olarak karşımıza çıkacak “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu” konusunda yoğun muhalefet yapmış ve bu Kanun Teklifi TBMM tatile girmeden yasalaşmayarak, deyim yerinde ise, nadasa bırakılmıştır.

Kamuoyu baskısının azalması üzerine bu Kanun Teklifi TBMM Genel Kurulu'na “indirilmiş” 4/10/2022 tarihinde başlayan sert görüşmelerden sonra İktidar partilerinin parmak sayısı üstünlüğü ile 13/10/2022 tarihinde oy çokluğu ile Kabul edilmiş ve 18/10/2022 tarihinde Resmi Gazete'nin 31987 sayılı nüshasında yayımlanarak kanunlaşmıştır.

II. GİRİŞ:

TCK'nın 217/A maddesinde düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu, Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar"ı düzenleyen üçüncü kısmının "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlıklı beşinci bölümünde yer almaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 217A maddesi hükmüne göre:

(1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi halinde, birinci fıkra göre verilen ceza yarı oranında artırılır.

Yasa maddesinin TBMM Adalet Komisyonunda yapılan görüşmelerinde, ben ve tüm muhalif parti Milletvekilleri tarafından, defaatle dile getirildiği üzere: bu madde Kanun yapma tekniğine aykırı bir şekilde, bir Torba Kanun içinde TBMM'ne getirilmiş ve Anayasanın pek çok maddesine aykırı olmasına rağmen İktidar Partilerinin parmak sayısı üstünlüğü ile Kanunlaştırılmıştır.

Adalet Komisyonunda Madde üzerinde yaptığım konuşmada da belirttiğim üzere: Teklifin 29'uncu maddesiyle Türk Ceza Kanunu'nda yeni bir suç tipi getirilmekte olup; Bu suç tipinde özellikle "halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak" ifadesi herkese göre, duruma ve zamana göre değişecek sübjektif kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca: Halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle iç ve dış güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık gibi 3 ayrı - sübjektif ve kişiden kişiye, hâkimden hâkime değişecek husus suçun unsurları olarak bu maddede yer almaktadır.

Son olarak: gerçeğe aykırı bir bilgiyi kamu barışını bozmaya elverişli şekilde kime göre, neye göre olduğu son derece sübjektif olan suçun yine başka bir unsurunu madde metninde görmekteyiz.

Bu hüküm ile kişilerin Siyasi İktidarı eleştirecek i Siyasi İktidarın hoşuna gitmeyecek paylaşımlar yapması ve en nihayetinde dijital muhaleletin sesinin kısılması amacı güdüldüğü TBMM Adalet Komisyonu ve

TBMM Genel Kurulu'nda açıkça beyan edilmiş ve maalesef geçen zaman bizleri haklı çıkartmıştır.

Kanaatimizce, hukuk tekniği açısından bakılacak olursa, bu hüküm Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerinin düzenleyen 13'üncü maddesine, haberleşme hürriyetini düzenleyen 22'nci maddesine, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26'ncı maddesine açıkça aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa'nın 90'ıncı maddesine göre, Türk mevzuatında Anayasa hükmüdür ve bu hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10'uncu maddesine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

III. SUÇUN YASAL UNSURLARI:

Bu çalışmamızın amacı TCK'nın 217/A maddesinde düzenlenen "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu" hakkında ayrıntılı ceza hukuku bilgisi vermekten öte, bu hükmün eleştirisi olduğundan, ceza hukuku anlamında TCK.m.217A hükmü ile ilgili genel ve özet bilgi verilmele yetinilmiştir.

Bu bağlamda: Ceza Hukuku anlamında baktığımız zaman bir suçun maddi ve manevi unsurlarının olması gerektiği karşımıza çıkmaktadır.

TCK'nın 217/A maddesinde düzenlenen "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu"nın maddi unsurlarının başında fiil gelmektedir. TCKn.217A hükmünde yer alan suç tipi için fiil: gerçeğe aykırı bir bilgiyi kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayma), olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yine bu suçun maddi unsurlarından olan fail herkes olabilirken; Suçun mağduru ise toplumu oluşturan herkestir.

Suçun en önemli maddi unsuru konu olup, failin cezalandırılabilmesi için halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma fiilinin kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir

Suçun Nitelikli Unsurları ise: Failin suçu gerçek kimliğini gizleyerek işlemesi, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suçun Manevi Unsuruna bakacak olursak bu suç ancak kasten işle-
nebilmektedir. Yani bu suçun taksirle işlenmesi söz konusu değildir.

IV. TCK m.217A HÜKMÜNE ELEŞTİRİLERİMİZ

Muhalefet Milletvekillerinin TBMM Adalet Komisyonu ve TBMM Genel Kurulu'nda defalarca açıkladığı ve özellikle Kanun Teklifinin TBMM Adalet Komisyonunda kabul kararına karşı yazılan muhalefet şerhlerinde de açıkça arz edildiği üzere: TCK.m.217 A hükmü ile ilgili ihdas edilen yeni suç tipi olan "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu" tamamen muğlak kavramlarla kaleme alınan, subjektif uygulamalara yol açacak ve Siyasi İktidarın basın ve muhalif vatandaşlar için bir nevi "yargı sopası" olabilecek şekilde dizayn edilmiştir.

Düzenlemede suçun manevi unsuru olarak "halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saiki"nin öngörüldüğü nazara alındığında "Kişiden kişiye, dönemden döneme değişmesi mümkün olan bu duygu durumlarının ölçülmesi, saikin ortaya koyulması son derece subjektif değerlendirmelere bağlıdır"

Teklifte yer alan suç tipi tamamen muğlak kavramlarla kaleme alındığı için bu suç, siyasi iktidarın tesiri altındaki yargının keyfi uygulamalarına neden olacak, kişi hürriyetine ölçüsüz bir müdahale getirmesi muhtemel bir hükümdür.

Yani: Yasa metninde "sırf halk arasında endişe, korku, panik yaratmak" amacının özel kast olarak belirlendiği ve 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü nazara alındığında; Anayasa'nın 19'uncu maddesinde yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ölçüsüz bir müdahale yapılmasına sebep olabilecek bir hükümdür.

Kanun teklifinin kabulüne verilen Muhalefet şerhlerinde TCK.m.217A hükmünün sansür ve oto sansüre yol açacağı, ifade ve basın özgürlüğünü daha da daraltacak düzenlemeler barındırdığı, Anılan hükmün fazlasıyla geniş tanımlanmış bir suç tiplemesinin mevcut olduğuna dikkat çekilmiştir.

TCK.m.217A hükmünde yer alan, hangi bilginin ne düzeyde halkı yanıltıcı bilgi olarak değerlendirileceği büyük bir belirsizlik taşımakta ve toplumsal muhalefeti bastırma amacı güttüğü göze çarpmaktadır.

Bu arada Ülkemizde dezenformasyonun tüm kesimlerin ortaklaştığı bir sorun olduğu da açıksa da bu konunun düzenlenmesinde, ifade ve haber alma özgürlüklerinin zedelenmemesi öncelikli hedeflerden biri olmalıyken, bu husus hiç nazara alınmamıştır.

Kanun Teklifi sahipleri düzenlemede Almanya, Fransa, İngiltere ve Avrupa Birliği'ndeki kanunlara atıf yapmışlarsa da, bu ülkelerde yalan habere karşı tutuklama ve ceza gibi önlemlerin bulunmadığı göze çarpmaktadır.

TCK.m.217A hükmünün yasalaşması sürecinde getirilen en önemli eleştirilerden biri olan Türk Ceza Kanunu'nun kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi göz önüne alındığında, teklif ile ihdas edilen “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” suçu ile düşünce hürriyeti ve basın hürriyeti arasındaki sınırının muğlak olduğu, suç tanımının soyut ve sınırlarının açıkça belirlenmiş olmamasının çok ciddi keyfi uygulamaları da beraberinde getirebileceği defatle beyan edilmiş olup; Malesef Hükmün Yasalaşma tarihi olan 18/10/2022 tarihinden bu yana yapılan uygulamalar, gözaltı ve tutuklama kararları bu eleştirileri haklı çıkarmıştır.

Ceza alt sınırı 1 yıl ve üst sınırı 3 yıl olan TCK.m.217A suçundan sanık suçlu bulunarak hüküm kesinleşse bile (genel anlamda) HAGB uygulaması ve ayrıca İnfaz Yasası gereğince kişinin cezaevine girmemesi gerekmesine rağmen tutuklama kararları bir tür toplumsal muhalefeti sindirme ve açıkçası kişileri, toplumu zorunlu bir oto sansüre zorlama çabası şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

TCK.m.217A anlamında “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu” düzenlenecek ise Konunun düzenlenmesinde hassas bir denge güdülmelidir, aksi takdirde çağımızda bir toplumun geleceğe güvenle bakabilmesi ve görünen gerçekler etrafında ortaklaşabilmesinin temel şartı olan düşünce ve ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğüne baskı uygulanmasına meşruluk kazandırılacaktır ki bunun da her an toplumsal bir kaos tetiklemesi kaçınılmazdır.

Bu hükmün basın mensuplarında oto sansüre neden olacağı, bunun da kanaat oluşturulması yönünde ikame edilemez bir konuma sahip olan basının, görevini yapamamasına yol açacağı aşikardır.

Kanun teklifinin Adalet Komisyonunda kabulünde CHP tarafından verilen muhalefet şerhinde: “...Uygulamadaki sonuçları belirsiz ve

keyfiliğe açıktır. ‘Gerçeğe aykırı bilgi’, görüldüğü kadar masum bir ibare değildir. Çeşitli kamusal meselelerde neyin gerçek olduğunu tespitinin her zaman mümkün olmaması yanında, tanımı gereği doğru ya da yanlış olamayacak değer yargılarının da uygulamada cezalandırılması riskini doğuracaktır. Özellikle, antidemokratik erişim engeli ve yayın yasağı kararlarının sıklıkla alınmış olduğu son yıllarda yargının yürütmeye bağımlı hale gelmiş olduğu da dikkate alındığında; teklif maddesi, Anayasa’nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini öngören 26. ve hukuk devleti ilkesini içeren 2. maddesine aykırıdır...” denmiş ve geçen zaman bu şerhi haklı çıkarmıştır.

3 Mart 2017 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Düşünce ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Medya Özgürlüğü Temsilcisi, Amerikan Devletleri Örgütü (OAS) İfade Özgürlüğü Özel Raportörü ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu (ACHPR) İfade Özgürlüğü ve Bilgiye Erişim Özel Raportörü tarafından yayınlanan “İfade Özgürlüğüne ve ‘Yalan Haber’, Dezenformasyon ve Propagandaya İlişkin Ortak Deklarasyon”, incelendiğinde “Yalan haber” ya da “objektif olmayan bilgi” gibi muğlak ve belirsiz kavramlara dayanarak bilginin yayılmasına yönelik genel yasaklar getirilmesinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası hukuk ilkeleleriyle bağdaşmayacağı bu Bildirgede yer almaktadır.

(<https://www.osce.org/files/f/documents/6/8/302796.pdf>)

Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin genel ilkeleri ortaya koymuştur. Anayasa’nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade edilmiş ve “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

Anayasa’da basın özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler de yer almıştır. Basın özgürlüğü alanındaki temel düzenleme Anayasa’nın 28. maddesinde yer almaktadır. Anayasa’nın 28. maddesinin birinci fıkrasında basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği, üçüncü fıkrasında basın ve haber alma özgürlüğü bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmiştir. Anayasa’nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında ise basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında

Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğü, herkesin söz, yazı, resim veya başka yollarla düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkını ve buna bağlı olarak haber veya görüş alma ve verme özgürlüklerini kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü, kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ve bu arada ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin yasallığı konusundaki içtihadını yakın tarihte Atilla Yazar ve diğerleri [GK], (B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 100-102) kararında özetlemiştir. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği temel bir ilke olarak benimsenmiştir. Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında korunan bir hakka yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca söz konusu müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (kanunilik şartına başka bağlamlarda dikkat çeken kararlar için bkz. Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36; Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 82; Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56-61; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/19270, 11/7/2019, § 35; Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, § 76).

Anayasa Mahkemesi, daha önce pek çok kez temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütünün ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kıldığını belirtmiştir (Tuğba Arslan, § 96; Fikriye Aytin ve diğerleri, § 34). Bir yasama işlemi olarak kanun, TBMM'nin iradesinin ürünüdür ve TBMM tarafından Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence sağlar (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 54; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş., § 36; Hamit Yakut, § 77).

Fakat kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır (Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015, § 56; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, § 55; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş., § 37; Hamit Yakut, § 78).

Belirlilik, bir kuralın keyfi işlem ve uygulamalara yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade eder. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaklı hâle gelebilir (Hayriye Özdemir, §§ 56, 57; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, § 56; Halk Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş., § 38; Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi, § 57; Hamit Yakut, § 79; norm denetimine ilişkin kararlarda belirliliğe ilişkin açıklamalar için çok sayıda karar bulunmaktadır (Örneğin: AYM, E.2009/51, K.2010/73, 20/5/2010; AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012).

TCKm.21A hükmü bir ceza normu olduğundan sınırlama öngören kuralın belirli ve öngörülebilir olma koşulu aynı zamanda Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suçların ve cezaların yasallığı ilkesinin de bir gereğidir. Dolayısıyla belirlilik ve öngörülebilirlik koşullarını taşımayan bir ceza normu, sınırlama getirdiği temel hakkın yanı sıra suç ve cezaların kanuniliği ilkesini de ihlal edecektir.

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ilke, yasaklanan eylemlerin ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlandırmanın belli olmasını gerektirmektedir. Kişilerin yasak eylemleri

önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır (AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; B. No:2013/849, 15/4/2014, §35).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1.maddesi le “ifade özgürlüğü”nü hükme bağlamış olup; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ifade özgürlüğünü en geniş hali ile yorumlamaktadır.

Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir kararında: ne tür bir mesaj verilmek söz konusu olursa olsun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi internet aracılığıyla gerçekleştirilen iletişime de uygulanır (AİHM, Ashby Donald ve diğerleri-Fransa, başvuru no: 36769/08, 10 Ocak 2013, § 34) denmiştir.

AİHS 10. md. 2. Paragrafında yer aldığı üzere ifade hürriyeti konusundaki herhangi bir sınırlama, “yasal temele sahip (prescribed by law)” olmalıdır: “herhangi bir kural, yurttaşı davranışlarını belirlerken, eyleminin sonuçlarını öngörebilmesine izin veren katiyette düzenlenmelidir. Bununla birlikte, değişen durumlara karşılık verebilmek (keep pace) amacıyla yasalar, kimi zaman yorum ve uygulaması pratikte belirlenen ve aşırı katılığa varmayan muğlaklıkla düzenlenmiştir.^[12] Yasaya ilişkin gerekli katiyet düzeyi –her durumu karşılayamamakla birlikte- büyük ölçüde yasanın içeriği, kapsadığı alan ve hedef kitlesinin sayısı ve statüsüne bağlıdır¹ ve yönetimin (executive), yasanın uygulamasına ilişkin takdir marjının sınırsız/dizginsiz güç olarak tanımlanması, hukuk düzeyine aykırıdır.

Ayrıca “yayma” kavramı da, içeriği üretme, başkasının ürettiği içeriği paylaşma, ya da beğenme, başkası tarafından üretilen içeriği olumlayan bir ilave ile ya da eleştirel ilave ile paylaşma, veya salt ifşa amaçlı paylaşma gibi farklı durumlar arasında ayırım yapmaksızın kullanıldığında öngörülemez ve belirsiz sonuçlar doğuracaktır. Nitekim Venedik Komisyonu ve DGI de düzenlemede yer alan kavramların muğlaklığına atıf yapmıştır.

Raporun 39. Paragrafına göre; “Komisyon, madde 217/A’nın özellikle “yanıltıcı bilgi” (ilgili ise), “yanıltmaya yönelik yanlış bilgi”, “alenen yayma” (veya “açıkça yayma”), “kamu huzurunu bozma”, “genel esenlik” (veya “kamu sağlığı” veya “genel sağlık”), “elverişli bir şekilde” (veya “elverişli bir tarzda”), “bir kuruluşun faaliyetleri

çerçevesinde” gibi çok geniş, muğlak ve farklı yorumlara açık bazı terimler içerdiğine dikkat çekmektedir.

Ayrıca suçun oluşabilmesi için “yayma” fiilinin “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekmektedir. Ancak bu kavramın da Türk Ceza Kanunu uygulamasında açıklığa kavuşturulmadığı, herhangi birkaç kişinin söylenen sözden rahatsız olduğunu beyan etmesinin kamu barışını bozma unsurunun gerçekleşmesi açısından yeterli görüldüğü gözlemlenmektedir.

Bunun yanında; hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önköşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı).

Sonuç olarak, kanaatimizce, TCK m. 217A hükmü ile ihdas edilen suçun bütün unsurları bakımından bir belirsizlik ve öngörülemezlik söz konusudur ve bu nedenle kural, Anayasa’nın, 2, 13., 26., 28. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Tarafımın da imzası bulunan başvuru (dava) dilekçesi ile, Türk Ceza Kanunu’na 13/10/2022 tarihli değişiklik ile eklenen “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu” madde metninin iptali talebiyle CHP tarafından Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal başvurusu yapılmıştır.

CHP iptal (dava) başvuru dilekçesi son derece önemli tespitler ve gerekçeler içermektedir (Dava Dilekçesi Anayasa Mahkemesi kararı ile

birlikte Anayasa Mahkemesi web sitesinde yer almaktadır).İptal talebini inceleyen Anayasa Mahkemesi 08/11/2023 tarihli kararı ile iptal talebinin reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi niteliğinde olan bu kararı, oy çokluğu ile alınmış ve karara karşı Anayasa Mahkemesi Başkanı olmak üzere birçok üye muhalif kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin TCK m.217A hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmayan kararına verilen Muhalefet Şerhlerinde de işaret edildiği üzere: TCK.m.217A hükmü Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne açık bir sınırlama getirmektedir. Bu sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olmaması için Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen şartların sağlanması gerekir. Ancak TCK.m.217A hükmü ve bu güne kadar gelen uygulaması açıkça Anayasa'ya aykırılık sorununu gözler önüne sermiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında yer alan her biri bir diğerinden kıymetli Muhalefet Şerhleri TCKm.217A hükmünün açıkça Anayasamıza aykırı olduğunu açıklamışlardır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer alan muhalefet şerhleri incelendiğinde:

Dava konusu kuralda somut, belirli ve öngörülebilir olan neredeyse tek husus vardır, o da öngörülen hapis cezasının bir yıldan üç yıla kadar olmasıdır. Bunun dışında suçun unsurları ve aranan sâik tamamen soyut, yoruma ve subjektif değerlendirmelere açık mahiyettedi.

Bunların başında “gerçeğe aykırı bilgi” ibaresi gelmektedir. Buradaki belirsizlik iki yönlüdür. Birincisi “gerçek” ibaresi, doğası itibarıyla belirlenmesi zor bir durumu ifade etmektedir. İkincisi “gerçeğe aykırı” olup olmadığı belirlenecek bilginin alanı oldukça geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili olan tüm bilgiler suçun kapsamındadır. Bu kavramların elastiki ve yoruma açık olduğu dikkate alındığında, hemen her türlü bilginin yayılmasının suç kapsamına alındığı anlaşılabacaktır.

Gerçeğe aykırı bir bilginin yayılmasının suç olarak kabul edilmesi için, söz konusu bilginin “kamu barışını bozmaya elverişli şekilde” alenen yayılması gerekmektedir. Kuralda yer alan “elverişli” ibaresinin yoruma açık olduğu ve belirsizlik taşıdığı görülmektedir. Bu belirsizlik

kuralla düzenlenen tehlike suçunun “soyut” veya “somut” olup olmadığı noktasında tartışmalara yol açacak niteliktedir.

Dava konusu kural ise suçun oluşması için somut bir tehlikenin ortaya çıkması şartını aramamaktadır. Başka bir ifadeyle, suçun oluşup oluşmadığı belirlenirken gerçeğe aykırı bilginin yayılması fiili nedeniyle kamu barışını bozmaya yönelik açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinin bulunup bulunmadığına bakılmayacaktır. Bu da öngörülen suçun “soyut tehlike suçu” olduğunu akla getirmektedir. Zira gerçeğe aykırı bir bilginin yayılması sonucunda kamu barışının fiilen bozulmuş olması değil, buna “elverişli” olması yeterlidir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da elverişlilik suçu şeklinde düzenlenen suçlar bakımından elverişliliğin tespitiyle yetinildiği, elverişli hareketin somut bir tehlike meydana getirip getirmediğine ayrıca bakılmadığı anlaşılmaktadır (bkz. Yargıtay 8. C.D., E. 2019/10194, K. 2019/11813, 3/10/2019).

Bunun yanında suçun “Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak” şeklinde ifade edilen saikin de sorunlu olduğu açıktır. Bir bilginin halk arasında “endişe”, “korku” veya “panik” yaratıp yaratmadığı/yaratmayacağı nasıl belirlenecektir? Dahası bazı bilgiler ve görüşlerin açıklanması halk arasında “endişe” veya “korku” yaratabilir. Bu durum esasen ifade özgürlüğünün doğasında vardır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin sıklıkla vurguladıkları üzere “ifade özgürlüğü, sadece kabul gören veya zararsız yahut kayıtsızlık içeren bilgiler ya da fikirler için değil aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir” (Handyside/Birleşik Krallık, B.No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; Bekir Coşkun [GK], B.No: 2014/12151, 4/6/2015, § 36; AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, §109). Benzer şekilde, ifade özgürlüğünün belli ölçüde “abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği”ne dikkat çekilmiştir (Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, § 102).

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü demokrasinin vazgeçilmez unsurudur. Demokratik toplum şiddet içermemek kaydıyla her türlü görüşün savunulabildiği, serbestçe ifade edilebildiği ve başkalarıyla paylaşılabilirdiği bir ortamın varlığını gerektirir. Farklı görüşlerin ifade edilemediği bir toplumda çoğulculuktan, çoğulculuğun olmadığı

bir toplumda da demokrasiden söz edilemez. Birbirinden farklı düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, bu yönde başkalarını ikna etme çabaları ve buna ilişkin çabaların hoşgörüsüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir (AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § 112).

Demokratik toplum düzeni hoş gitmeyen, toplumun bir kesimi için çok ve rahatsız edici sözlerin de ifade özgürlüğü kapsamında korunmasını gerektirmektedir. Dava konusu kural ise hoş gitmeyen ve rahatsız edici bulunan bilgilerin “gerçeğe aykırı” olduğu gerekçesiyle paylaşılmasını engellemeye ve bu konuda caydırıcı bir işlev görmeye oldukça elverişli bir düzenlemedir.

Kural kaçınılmaz olarak “gerçeklik” konusunda bir denetimi, bu kapsamda alenen yayılan suça konu bilginin “gerçek” olup olmadığı tartışmasını beraberinde getirecektir. Unutmamak gerekir ki, tarih boyunca düşünceyi bastıranların en büyük gerekçesi “gerçek” iddiası olmuştur. “Hakikat”ın sihirli küresine sahip olduğunu düşünenler, kendileri gibi düşünmeyenleri “hakikat düşmanı” veya “sapkın” olmakla suçlayabilmişlerdir. Muhtelif zaman ve mekanlarda “gerçek” adına, “yanlış” ve “yanıltıcı” bilgilerin ve görüşlerin savunulması yasaklanabilmiş, bunları yayanlar en ağır şekilde cezalandırılabilmiştir.

Anayasa’nın 13. maddesinde yer verilen “demokratik toplum düzeni” kavramı ise farklı görüş ve düşüncelerin bir arada bulunmasına hizmet eden toplumsal ve siyasal çoğulculuğu gerektirmektedir. Bu çoğulculuğun korunması da her şeyden önce kamu gücüyle desteklenen bir “gerçeklik tekeli”nin bulunmamasına bağlıdır.

Belirtmek gerekir ki, demokratik toplumun temeli olan çoğulcu düşüncenin önündeki en büyük engel tek tipçi yaklaşımdır. Bu yaklaşımın sakıncasını geçen yüzyılın en büyük filozoflarından biri olan Wittgenstein, “Felsefi hastalığın ana nedeni tek yanlı beslenme, yani kişinin düşüncesini tek tip örnekle beslemesidir” sözüyle çok güzel ifade etmiştir (Ludwig Wittgenstein, Philosophical Investigations, trans. G.E.M. Anscombe, Oxford: Basil Blackwell, 1958, §593, s. 155).

Güncel olayların veya haberlerin aktarılması, kamusal faaliyetlerin izlenmesi, yorumlanması ve eleştirilmesi ile bu düşüncelerin özgürce başkalarına iletilip paylaşılması düşünceyi açıklama özgürlüğünün ve

demokratik rejimin en temel unsurlarındandır. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında ifade edildiği üzere Anayasamız çoğulcu demokrasi anlayışını esas almıştır (Diğerleri arasında bkz. AYM, E.2020/60, K.2020/54, 01/10/2020, par. 76; AYM, E.2004/60, K.2005/33, 01/06/2005; AYM Elif Özkan, B. No: 2018/7757, 8/6/2021, par. 19). Bu anlamda toplumdaki farklı ya da azınlıkta kalanların düşüncelerinin sert ve sarsıcı da olsa özgürce ifade edilebilmesi, çoğulcu demokrasinin ayır-dedici ve vazgeçilmez bir unsurudur. Başka deyişle düşüncüyü açıklama özgürlüğü çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmadığında demokratik rejimin temelini oluşturan “demokratik toplumdan” bahsedilemeyecektir.

Basın özgürlüğünün kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi ile bunlara ilişkin bir kanaat oluşturmaları için en iyi araçlardan birini sağladığı açıktır (İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, par. 63). Bu nedenlerle demokratik toplumlar için basın özgürlüğü yaşamsal değerinde kabul edilmektedir (bkz. Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015, par. 36, 37; Abdullah Öcalan, par. 74; Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, par. 65).

Anayasa Mahkemesi; Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşüncüyü açıklama özgürlüğü ile onun özel güvencelere bağlanmış şekli olan ve Anayasa'nın 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu daha önce pek çok kez ifade etmiştir. Bu bağlamda düşüncüyü açıklama özgürlüğü ile basın özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Mehmet Ali Aydın, § 69; Bekir Coşkun, par. 34-36).

AYM çeşitli kararlarında bireylerin kendilerine düşen yükümlülükleri öngörme ve davranışlarını ona göre belirleme imkânını vermeyen normlar hukuk güvenliği ilkesini zedeleyeceğini ve bunun da bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini engellediğini vurgulamıştır. Çünkü hukuksal durumların takdirindeki belirsizlik, temel haklar alanında getirilen güvencelerin işlevsiz hâle gelmesine neden olur (Sara Akgül [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018, par. 108). Ayrıca belirtmek gerekir ki ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da

aynı doğrultuda yükselecektir (Sara Akgül, par. 109; Hayriye Özdemir, par. 58; Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, par. 80).

İptali istenen kural, suçun hem maddi hem manevi unsurunun hem de öngörülen özel kastın, suç ve cezaların belirliliği ilkesine aykırı olacak biçimde tamamen yargı yorumuna muhtaç bırakıldığı görülmektedir. Nitekim gerek “halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saiki” gerekse “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı” hususları ile “gerçeğe aykırı bilgi” ve “kamu barışını bozmaya elverişlilik” ile alenen yayma unsurlarının tamamı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin asgari olarak gerektirdiği kesinlik ve öngörülebilirlikten oldukça uzak ve geniş yorumlanmaya müsait kavramlardır.

İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesi çerçevesinde olması gerekir. Bu nedenle sınırlamaların kanunla yapılması, Anayasa’da öngörülen sınırlama sebeplerine, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması şarttır. Bir temel hakkı sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe yol açmayacak şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler içermesi beklenir. Bu gereklilik ve beklenti aynı zamanda Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi bir zorunluluktur (E: 2012/157, K: 2013/79, 18.06.2013).

Dava konusu kuralın kanunilik ölçütünü ne ölçüde karşıladığına baktığımızda, ortaya çıkan en önemli sorun gerçeğe aykırı bilgi kavramının belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Kuralın yorum ve uygulaması kişiler açısından rahatlıkla öngörülebilir değildir. Kanun koyucu bir fiili suç olarak nitelendirirken bu fiilin tüm bileşenlerini kişiler üzerinde herhangi bir duraksamaya ve onların zihinlerinde tereddüde mahal bırakmayacak şekilde olabildiğince açık ve somut olarak düzenlemelidir. Muğlaklık ve sınırları belirsizlik içeren suç sayılan fiiller geniş yorumlandıklarında temel hakler ve özgürlükler için hiç de iç açıcı olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Burada aranan belirlilik hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkelerindendir.

Bir bilginin gerçeğe aykırı olup olmadığının tespiti bilginin verildiği ilk anda hemen mümkün olmayabilir. Bu durum özellikle basın-yayın organlarının kamuoyu bilgilendirme faaliyetleri için önem taşımaktadır. Gelişen bir olayla ilgili anında kamuoyunu bilgilendirmek isteyen basın-yayın organları ve/veya sosyal medya kullanıcıları olayla ilgili bilgilerin gerçekliğini tam olarak en başta teyit edemeyebilirler. Bu da basın yayın organlarının haber veya bilgiyi aktarmada tereddüt yaşamalarına sebep olabilir. Basın organları doğaları gereği bir haberi aktar ifade ve basın özgürlüğü üzerinde sınırlamayı meşru kılacak zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığından bahsedebilmek için gerçeğe aykırı bilginin kamu barışı üzerindeki etkisinin somut olarak gösterilmesi gerekir. Gerçeğe aykırı bilginin sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle kasten yayılmasının kamu barışı ve güvenliği için somut, açık ve yakın bir tehlikeye neden olduğu ortaya konulmadıkça ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini gerektiren zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olmadığının kabulü gerekir. Bu nedenle, kural gerçeğe aykırı bilginin kamu barışının bozulmasına somut olgulara dayalı olarak bir tehdit veya açık ve yakın bir tehlike oluşturup oluşturmadığına göz önüne alınmaksızın soyut olarak kamu barışını bozmaya elverişli olan her türlü gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının cezalandırılabilmesinin önünü açmaktadır.

İfade, kamu barışını bozmaya elverişli olmasına rağmen somut bir tehlikeye yol açmamışsa ifadeye müdahale edilmesini gerektiren zorlayıcı toplumsal ihtiyacın meydana geldiği söylenemez. Dolayısıyla kurala ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı da görülmektedir.

İfade özgürlüğünün kişilerce herhangi bir endişeye kapılmadan kullanılması bir demokrasinin en ayırt edici özelliklerinden birini oluşturmaktadır. Kuşkusuz ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir ve anayasal çerçeveye aykırı düşmemek şartıyla sınırlandırılabilir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğüne meşru amaçlar doğrultusunda müdahale yapılırken bunun dar yorumlanması, amacı aşacak şekilde geniş yorumlanmaması gereklidir. Aksi halde, ifade özgürlüğünü kullanmak isteyen kişi ve kuruluşlar üzerinde ciddi bir caydırıcı etki ortaya çıkacaktır.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında da vurgulanmakta olduğu üzere bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp

kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir (AYM, E.2023/43, K.2023/141, 26/07/2023, § 13). Anayasa Mahkemesine göre bu bağlamdaki belirlilik ilkesi kanunla getirilen düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını buna göre ayarlayabilir (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 153).

Hukuk devletinönkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 154).

İfade özgürlüğüne yönelik bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması gerekir (Bekir Coşkun, §§ 53-55; Mehmet Ali Aydın, §§ 70-72; AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007).

Görüşlerine işaret etmek de fayda bulunmaktadır.

V. SONUÇ:

18/10/2022 tarihinde yürürlüğe giren “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu”nu cezai müeyyideye bağlayan TCK.m.217A hükmünün geçen zaman içindeki uygulamaları Kanun’un Yasalaşması sürecinde Kamuoyu ve Muhalefet Partilerinin çekincelerini ve muhalefet gerekçelerini haklı çıkarmış ve özellikle son zamanlarda bu madde hükmü basın mensuplarını ve muhalif sesleri susturmaya ve daha da ilerisi herkes için bir oto sansür düşüncesi yaratmaya ve bazen de sağlamaya matuf olmuştur.

Tarafımızın da imzasını taşıyan iptal başvurusu (dava dilekçesi) ile 27. Dönem TBMM CHP Grubu tarafından TCK.m.217A hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi nezdinde dava açılmış ve kuralda düzenlenen suçla ifade özgürlüğüne ağır bir

müdahalede bulunulduğu, gerçeğe aykırı bilgi kavramının belirsizlik taşıdığı, gerçeğin çok boyutlu olmasından dolayı kuralın yorum ve uygulanmasında öngörülemez sonuçların ortaya çıkabileceği, kuralda geçen *iç ve dış güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık* gibi ifadelerle soyut kategorilerin oluşturulduğu, bu nedenle failin kastını tespit etmenin uygulayıcılar açısından kolay olmayacağı, bu anlamda suçun manevi unsurunun da belirsiz olduğu; Yine kuralda yer verilen *kamu barışı* ibaresinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında öngörülen meşru amaçlardan biri olmadığı, Türk hukukunda hem erişim engelleme hem de ceza normu olarak kamu düzenini bozucu nitelikteki yanlış bilgiyle mücadele edebilecek diğer araçların da bulunduğu, suç için öngörülen ceza nedeniyle tutuklama tedbirine başvurulmasının mümkün olduğu, bu durumun düşünce ve ifade özgürlüğünü zedeleyerek kişiler üzerinde caydırıcı etki meydana getireceği, düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına da aykırı olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 25., 26., 28., 38. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise İptal Başvurusunu reddederek TCK.m.217A hükmünün Anayasa'ya uygun olduğuna oy çokluğu ile karar vermiştir (*ANAYASA MAHKEMESİ Esas Sayısı: 2022/129, Karar Sayısı: 2023/189, Karar Tarihi: 8/11/2023, R.G.Tarih-Sayı: 23/2/2024-32469*)

Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde: “... *Ceza hukukunda kişinin bir suç nedeniyle cezalandırılabilmesi için suçun maddi ve manevi unsurlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu kapsamda dava konusu kuralda ilk olarak fail tarafından gerçeğe aykırı olduğu bilinen bir bilginin varlığı gerekmektedir. Yine kurala göre bu bilgi ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili olmalıdır. Kural suçun oluşabilmesi için ayrıca ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili olan ve fail tarafından gerçeğe aykırılığı bilinen bu bilginin kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayılması şartının gerçekleşmesini aramaktadır. Gerçeğe aykırı bilginin kamu barışını bozmaya elverişli olma şartı suçun maddi unsurlarından biri olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan bir eylemin kural kapsamındaki suçu oluşturduğu yargı makamlarınca değerlendirilirken kamu barışını bozmaya elverişliliği delil ve/veya olgularla ortaya konulacaktır. Son olarak suç ancak gerçeğe aykırı olduğu fail tarafından bilinen bir bilginin sırf halk arasında endişe, korku, panik yaratma saikiyle yayılması hâlinde*

oluşacaktır. Bu itibarla anılan şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi durumunda kuralda düzenlenen suçun oluşmayacağı açıktır....” Görüşünü de açıklamışsa da, uygulamada bu şartların hiçbiri olmasa dahi tutuklama tedbirinin sıkça kullanılması olağan hale gelmiştir.

Kuralda düzenlenen suçun oluşabilmesi için:

Gerçeğe aykırı bir bilginin var olması,

Bu bilginin ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgisinin bulunması,

Söz konusu bilginin kamu barışını bozmaya elverişli olması,

Bu bilginin alenen yayılması,

Failin sırf halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla hareket etmesi,

Bunlar için de ortada somut ve geçerli bir delil olması gerekmektedir.

Ancak: TCK.m.21A hükmünün mevcut uygulaması Anayasa Mahkemesi’nin kararında yer alan, kuralın uygulanma koşullarını dahi çiğneyecek; açıkça ifade özgürlüğünü sınırlayacak ve/veya oto sansür baskı unsuru haline getirecek durumdadır.

Uygulamada özellikle Avukat meslektaşlarımızın atılı suça konu fiilde bu unsurların tamamının aynı anda mevcut olup olmadığı üzerinde ısrarla durmalarında; üzerine basa basa bu unsurlardan birinin eksik olması halinde suçun oluşmayacağını savunmalarında yarar bulunduğunu belirtmek isterim.

Bu aşamada izlenmesi gerekli yol: Anayasamız, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Evrensel Hukuk Normlarına aykırı olan TCKm.217A maddesi gereğince ceza alan ve bu cezası kesinleşen bir vatandaşımızın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuru yapması olacaktır.

FİNLANDİYA CEZA SİSTEMİNDE FAİL-MAĞDUR ARABULUCULUĞU

Av. Arb. Dr. Mustafa ŞİMŞEK

GİRİŞ

Anglo-Amerikan/Avrupa hukuk geleneğinde, klasik cezalandırıcı (retributive) sisteme alternatif olarak gelişen onarıcı adalet (restorative justice) modeli, tarafların sürece katılım hakkına ve cezalandırma yerine somut onarıcı çözümlere güçlü bir vurgu yapmaktadır.

2010'lu yıllarda onarıcı adaletin yöntem ve mevzuatı bakımından en gelişmiş ülkeleri İskandinav ülkeleri olmuştur. Finlandiya'da arabuluculuk hizmetlerinin geliştirilmesinde mağdur ve failin eşit şekilde ele alınması temel hareket noktası haline gelmiştir. Buna karşılık diğer bazı Avrupa ülkelerinde arabuluculuk ya fail odaklı ya da mağdur odaklı bir perspektiften geliştirilmiştir. Bu yaklaşımlar arasındaki temel fark, Finlandiya'nın geliştirme sürecinde tarafların ihtiyaçlarının nasıl dikkate alındığına ve arabuluculuk sürecinde nasıl dinlendiklerine odaklanmış olmasıdır.

Finlandiya'da temel onarıcı süreç, fail-mağdur arabuluculuğudur (victim-offender mediation). Onarıcı adaletin özü, ilgili tarafların bir dış arabulucu veya süreci kolaylaştıran üçüncü bir kişi yardımıyla bir araya gelerek suçun doğurduğu sonuçları ve bu sonuçlar karşısında ne yapılması gerektiğini müzakere etmeleridir. Onarıcı adalet, belirli bir usulü ve bu usulü yönlendiren saygılı diyalog gibi temel değerleri ifade eder. Bu yaklaşımın en önemli değer ve nitelikleri arasında, suç nedeniyle meydana gelen zararın bütüncül biçimde giderilmesi, failin sorumluluk bilincini geliştirmesi ve ahlaki öğrenme sürecine katkı sağlanması yer almaktadır.

FINLANDİYA'DA FAIL-MAĞDUR ARABULUCULUĞUN KISA TARİHÇESİ

Ceza uyuşmazlıklarında modern arabuluculuğun kökenleri, arabuluculuk hizmetlerinin ilk kez geliştirilmeye başlandığı 1970'li yılların başlarında Amerika Birleşik Devletleri'ne dayanmaktadır. Bu tarihten itibaren ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuk, birçok Avrupa ülkesinde de yerleşik bir uygulama haline gelmiştir. Avrupa'da arabuluculuk hizmetleri ilk olarak Norveç, Finlandiya, Almanya ve Birleşik Krallık'ta sunulmaya başlanmıştır.¹

Avrupa'da fail-mağdur arabuluculuğunun ilk örnekleri İskandinavya'da uygulanmıştır. 1981 yılında Norveç ve 1983 yılından itibaren de Finlandiya'da uygulanmaya başlanmıştır². Fail-mağdur arabuluculuğunun yasal gelişimi Avrupa'nın geri kalanına kıyasla biraz gecikmeli başlamıştır³.

İlk yıllarda mahalli yönetimlerin mali desteği ile uygulanan uzlaştırma sürecinde ilk uzlaştırma projesi 1983 yılında Vantaa şehrinde, Finlandiya Akademisinin desteği ile uygulanmıştır.⁴ İlk uygulandığı

¹ Finlandiya Hükümeti'nin 2005 tarih ve 1015 sayılı Ceza ve Bazı Sivil Davalarda Uzlaşma Kanununa İlişkin Teklif Metni, s.4; zikreden Jyri **PAASONEN**, "*Mediation in Criminal Cases in Finland*", Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2023, <https://osuva.uwasa.fi/items/9df02401-7140-4965-a0b4-9e88c3209f5d>, erişim tarihi: 08.05.2026, s. 268.

² Henrik **ELONHEIMO**, "*Restorative Justice Theory and the Finnish Mediation Practices*", Academia.edu, https://www.academia.edu/19043952/Restorative_Justice_Theory_And_The_Finnish_Mediation_Practices, erişim tarihi: 08.05.2026, s.2; Ossi **ESKELİNEN**-Juhani **İIVARİ**, "*Victim-Offender Mediation with juvenile offenders in Finland*", Victim-Offender Mediation With Youth Offenders In Europe, An Overview and Comparison of 15 Countries, Edited By Anna **MESTITZ**- Simona **GHETTI**, Dordrecht, 2005, s.116; Tapio **LAPPI-SEPPÄLÄ**, "*Finland*", in Frieder **DÜNKEL** / Joanna **GRZYWA-HOLTEN** / Philip **HORSFIELD** (eds.), Restorative Justice and Mediation in Penal Matters: A Stock-taking of Legal Issues, Implementation Strategies and Outcomes in 36 European Countries, Vol. 1, Forum Verlag Godesberg, 2015, s. 244.

³ **PAASONEN**, s. 287.

⁴ Juhani **İIVARİ**, "*Victim-Offender Mediation*", European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Leuven, 2000, s. 2-3; **ESKELİNEN-İIVARİ**, s. 116; Ekrem **ÇETİNTÜRK**, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s.177; Alev **ÖZEROĞLU**, Türk ve Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2023, s.70.

dönemlerde ve halen dahi uzlaştırma tarafların gönüllüğü esasına dayanmaktadır⁵. Başka bir deyişle Finlandiya’da zorunlu uzlaştırma yoktur⁶.

FAİL-MAĞDUR ARABULUCULUĞUNUN AMAÇLARI VE UYGULAMA ESASLARI

Finlandiya’da ceza politikası bakımından fail-mağdur arabuluculuğunun temel amacı, daha hafif nitelikteki suçların uzlaşmaya yönlendirilmesi suretiyle ceza adalet sisteminin iş yükünü hafifletmek ve böylece gereksiz ağır yargılama süreçlerinden kaçınmaktır. Bu amaca ulaşmanın başlıca araçları; özellikle kovuşturmanın şikayete bağlı olduğu suçlarda uzlaştırma sonucunda dava açma talebinin geri çekilmesi ve uzlaşmanın yaptırım uygulanmamasına gerekçe olarak değerlendirilmesidir.⁷

Uzlaştırmanın uygulanmasında ve zamanla uygulama alanının genişlemesinde özellikle çocukların faili olduğu suçlarda ceza sistemine alternatif çözüm etkili olmuştur. Finlandiya’da 18 yaşından küçük çocuk failler bakımında da arabuluculuğun uygulanması mümkündür. Hatta 15 yaşının altında olup ceza sorumluluğu bulunmayan çocuklar bakımından yürütülen uzlaştırma programları da bulunmaktadır.⁸ 15 yaşın altındaki çocuklar, sosyal bakım kapsamında çocuk koruma mevzuatına göre yönlendirilmektedir⁹.

⁵ Kaijus ERVASTI, “*Past, Present and Future of Mediation in Nordic Countries*”, Nordic Mediation Research, Springer, Anna Nylund-Kaijus Ervasti-Lin Adrian (ed.), Cham, 2018, s.233; ELONHEIMO, s.2; ÇETİNTÜRK, s.180.

⁶ ERVASTI, s.233; Fatih TEMİZ, Onarıcı Adalet Kapsamında Uzlaştırma ve Uzlaştırmacı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2025, s.33.

⁷ PAASONEN, s.283.

⁸ ESKELİNEN-İIVARİ, s. 116-117; ÇETİNTÜRK, s.181; Emrah OĞUZ, Türk Hukukunda Ve Mukayeseli Hukukta Uzlaştırma, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2020, s.47.

⁹ ESKELİNEN-İIVARİ, s. 117. 15–17 yaş arasındaki genç failler “genç kişiler”, 18–20 yaş arasındaki failler ise “genç suçlular” olarak adlandırılmaktadır. Temel ilke, bu iki grubun hem ceza adaleti sistemi hem de sosyal refah sistemi kapsamında eş zamanlı olarak kısmen birlikte değerlendirilmesidir. Bu nedenle genç suçlulara ilişkin mevzuat, ceza hukuku ile sosyal refah hukukunu bir araya getiren “**karma sistem**” niteliği taşımaktadır. Finlandiya’da genç suçlulara ilişkin ayrı bir kanun 1940’lı yıllardan bu yana yürürlüktedir. Bu düzenleme, örneğin kovuşturama ve ceza vermeme usullerini ile gençlere özgü hapis yaptırımlarını öngörmektedir. Bununla birlikte, genç suçlulara yönelik tüm muameleler bu özel kanun kapsamında düzenlenmemektedir. Zaman içinde, gençlere ilişkin yaptırımların ve

Arabuluculuk tüm yaş grupları için mümkündür. Bu nedenle, ceza sorumluluğu yaşının altındaki çocuklar tarafından işlenen suçlarda da uygulanabilir. Uygulanabilir suç türleri açısından, prensip olarak her türlü suç arabuluculuk kapsamında ele alınabilir. Ancak 1015 sayılı Ceza ve Bazı Sivil Davalarda Uzlaşma Kanununu, hangi tür davaların “daha uygun”, hangilerinin ise “daha az uygun” olduğunu belirlemek için genel rehber ilkeler de sunmaktadır. Bu değerlendirmede; suçun niteliği ve işleniş biçimi, şüpheli ile mağdur arasındaki ilişki ve suçla ilgili diğer tüm hususlar birlikte dikkate alınmalıdır. Mağdur 18 yaşından küçükse ve yaşı nedeniyle özel korunma ihtiyacı içindeyse arabuluculuk yasaktır.¹⁰

Finlandiya cezai arabuluculuk sisteminde, 15 yaş altı çocukları içeren vakalarda mağdur–fail arabuluculuğu cezai yaptırımlara yol açmadığı için uygun bir yöntem olarak değerlendirilmektedir. 15 yaşın altındaki kişiler de suç teşkil eden fiillerden doğan zararı tazmin etme bakımından sorumludurlar.¹¹

Arabuluculuğun odak noktası ağırlıklı olarak çocuk ve gençlerin işlediği suçlar olup¹², vakaların büyük çoğunluğu kasten yaralama, mala zarar verme, konut dokunulmazlığının ihlali, hırsızlık ve hakaret ile çocuklar ve gençler tarafından işlenen çeşitli suçlarına ilişkindir. Vakaların yaklaşık yarısında fail, 21 yaşın altındadır.¹³

Kadın örgütlerinin eleştirilerinin ardından, yasa tasarısını onaylayan parlamento, aile içi şiddet vakalarında arabuluculuğun uygulanmasına ek sınırlamalar getirmiştir. Bu tür davalar yalnızca polis veya savcının girişimiyle arabuluculuğa sevk edilebilir. Ayrıca, şiddetin tekrarlanması veya daha önce başarısız arabuluculuk girişimlerinin bulunması halinde arabuluculuk tamamen dışlanır.¹⁴

diğer hukuki sonuçların genel ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku çerçevesinde düzenlenmesine yönelik bir eğilim ortaya çıkmıştır.

¹⁰ LAPPİ-SEPPÄLÄ, s.249-250.

¹¹ ESKELİNEN-İIVARİ, s. 122. Çocuk arabuluculuk sisteminin dayandığı temel gerekçe, bu mekanizmanın başarılı olması halinde tekrar suç işlemeyi (tekerrürü) önleyebileceği ve bireyin suç kariyeri geliştirme sürecini durdurabileceği varsayımıdır.

¹² ELONHEIMO, s.2.

¹³ ERVASTI, s.233.

¹⁴ LAPPİ-SEPPÄLÄ, s.250.

Finlandiya Ceza Kanununun Uygulanması Hakkında Kararnamenin 15/a maddesi, uzlaştırmayı bir ceza hukuku kurumu olarak nitelendirmektedir.¹⁵ Uzlaştırma hem soruşturma ve kovuşturma evresinde hem de infaz aşamasında mümkündür¹⁶. 01 Ekim 2006 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Yazılı Yargılama ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 5a bölümü, ana duruşma yapılmaksızın ceza davasının yazılı yargılama usulüyle sonuçlandırılmasını düzenlemektedir. Bu düzenleme, basit nitelikteki ceza işlerinin yalnızca yazılı belgeler üzerinden bölge mahkemesinde karara bağlanmasına imkan tanımaktadır. Ancak bu usulün uygulanabilmesi için sanığın duruşma yapılmaksızın çözümü kabul etmesi ve ayrıca isnat edilen suçu ikrar etmesi zorunludur. İddianamenin hazırlanması aşamasında savcı, davada ana duruşma yapıp yapılmaması gerektiğini değerlendirir ve bu hususta çağrı talebinde görüş bildirir; ardından bölge mahkemesi, davanın duruşmasız şekilde çözümlenip çözümlenemeyeceğine karar verir.

Finlandiya'da 2003 yılına kadar doğrudan mağdur-fail arabuluculuğu konusunda yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Fakat aynı yıl mağdur-fail arabuluculuğu ile ilgili bir yasa taslağı hazırlandı¹⁷. Hazırlanan tasarının kanunlaşmasıyla nihayet fail-mağdur arabuluculuğunda uzlaştırmaya dair esaslar 2005 tarih ve 1015 sayılı Ceza ve Bazı Sivil Davalarda Uzlaşma Kanunda yer almaktadır.¹⁸ Kanunun ilk maddesine göre ceza arabuluculuğu; *“şüpheli ve mağdurun, tarafsız bir arabulucu vasıtasıyla gizlilik içinde bir araya gelerek, suçun mağdura verdiği manevi ve maddi zararları tartışma ve kendi inisiyatifleriyle bu zararları telafi edecek önlemler üzerinde anlaşmaya çalışma fırsatı buldukları”* hizmettir¹⁹.

¹⁵ TEMİZ, s.33; OĞUZ, s.55; ÇETİNTÜRK, s.177; Huzeyfe KARABAY, Türk Ceza Hukuku Ve Uluslararası Hukuk Sistemleri Açısından Uzlaştırma, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2019, s.56; İİVARİ, s.4-5.

¹⁶ KARABAY, s.57; İİVARİ, s.8.

¹⁷ ELONHEİMO, s.2.

¹⁸ ERVASTI, s.234.

¹⁹ 2005 tarih ve 1015 sayılı Ceza ve Bazı Sivil Davalarda Uzlaşma Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. <https://www.finlex.fi/en/legislation/translations/2005/eng/1015>, erişim tarihi: 08.05.2026.

01 OCAK 2006'da yürürlüğe giren²⁰ 1015 sayılı Kanunun öncesinde Finlandiya'da fail-mağdur arabuluculuğu, 1999 yılında Sosyal Refah ve Sağlık Ulusal Araştırma ve Geliştirme Merkezi tarafından yayımlanan "Rikos- ja riita-asioiden sovittelijan opas" (Ceza ve hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk rehberi) adlı kılavuz çerçevesinde yürütülmekteydi. Bununla birlikte, arabuluculuğa ilişkin yasal düzenlemeler geliştirilmeden önce dahi Finlandiya, ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuğun geliştirilmesi bakımından öncü ülkelerden biri olarak kabul edilmektedir.²¹

Fail-mağdur arabuluculuk sürecinin ceza muhakemesinin bir parçası ve ceza adalet sisteminin bir unsuru olduğu 1 Şubat 1997 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanununun Uygulanmasına Dair Tüzük'te yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme daha sonra 1 Ekim 1997 tarihinde Finlandiya Ceza Muhakemesi Kanununun 1. bölüm 8. maddesine taşınmıştır.²²

2005 tarih ve 1105 sayılı Kanun öncesinde arabuluculuk genellikle polis veya savcı tarafından başlatılmaktaydı ve bu makamlar, arabuluculuğa sevk edilen tüm dosyaların %90'ından fazlasında süreci başlatan taraf konumundaydı. Toplumun tamamı ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuk hizmetine eşit şekilde erişememekteydi. Çünkü tüm belediyeler arabuluculuk hizmeti sunabilecek kapasiteye sahip değildi. Görevlerini yerine getiren gönüllü arabulucuların yaptığı masraflar karşılanmaktaydı. Arabuluculuğa yönlendirilen dosyaların büyük çoğunluğu (%95) ceza dosyalarından oluşmakta olup, bu dosyaların önemli bir kısmı re'sen takibi gereken suçlara ilişkindir. Arabuluculuğa en sık konu olan suç tipleri ise yaralama (%45), mala zarar verme (yaklaşık (%20) ve hırsızlık (yaklaşık (%10) olarak tespit edilmiştir.²³

Fail-mağdur arabuluculuğu ile gerçekleşen uzlaşma, Ceza Kanunu'nun genel ilkelerine ilişkin hükümlerinin yeniden düzenlenmesi bağlamında cezayı hafifleten bir sebep olarak kabul edilmiştir (Ceza Kanunu'nda değişiklik yapan 515/2003 sayılı Kanun). Reformdan önce de,

²⁰ 1015 sayılı Kanunun 26. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamında öngörülen hizmetlerin en geç 1 Haziran 2006 tarihine kadar ülke genelinde organize edilmesi zorunlu kılınmıştır.

²¹ PAASONEN, s. 268.

²² PAASONEN, s.278.

²³ PAASONEN, s. 270.

arabuluculuk kurumu eski Ceza Kanunu kapsamında (466/1976 sayılı Kanun) cezayı azaltıcı bir neden olarak zaten kabul edilmekteydi.

Arabuluculuğun temel amaçları; suçtan zarar gören mağdurun zararının giderilmesi ve failin fiilinden dolayı aktif biçimde sorumluluk üstlenmesinin sağlanmasıdır. 1015 sayılı Kanunu'nun temel amaçları şunlardır: Arabuluculuğa eşit erişimi güvence altına almak, arabuluculuk hizmetleri için yeterli kamu finansmanı sağlamak, ulusal düzeyde yönetim, denetim ve gözetim sistemini düzenlemek, hizmetlerin uzun vadeli değerlendirilmesi ve geliştirilmesi için koşullar oluşturmak, arabuluculuk süreçlerinde uygulama birliğini artırmak, süreçte tarafların hukuki korunmasına daha fazla önem vermek. 1015 sayılı Kanun Finlandiya'da fail-mağdur arabuluculuğunu daha sistematik, erişilebilir ve denetlenebilir bir kamu hizmeti haline getirmeyi hedeflemiştir.²⁴

2005 yılı öncesinde Finlandiya'da arabuluculuk hizmetleri ağırlıklı olarak ceza uyuşmazlıklarında, özellikle de çocuklar ve gençler tarafından işlenen suçlar bakımından uygulanmıştır. Arabuluculuk, gençlerin sorumluluk bilinci geliştirmelerine, tekrar suç işleme riskinin azaltılmasına ve suç döngüsünün erken aşamada kırılmasına önemli katkı sağlamıştır. 2005 yılı öncesinde Finlandiya'da arabuluculuk hizmetleri belirli bölgelerle sınırlı kalmıştır. Başkent bölgesinde yer alan Helsinki, Espoo ve Vantaa şehirlerindeki arabuluculuk büroları, ülkede arabuluculuğa konu edilen tüm dosyaların üçte birinden fazlasını yürütmüştür.²⁵

Arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın tarafların hukuki durumuna etkisi de düzenleme yapılmasını gerekli kılan önemli bir husus olarak değerlendirilmiştir. Süreç sonunda varılan uzlaşma, özellikle savcının kamu davasının açılmasından vazgeçip geçmemesi yönündeki takdirini etkileyebilmektedir. Nitekim kamu davası açılması, örneğin fail ile mağdur arasında sağlanan uzlaşma dikkate alındığında, ceza yargılamasının ve cezanın haksız veya uygun olmayacağı kanaatine varılması halinde savcı tarafından ertelenebilir veya açılmayabilir.²⁶

Uzlaştırma prosedürünün uygulanabilmesi için gereken genel şartlar 1105 sayılı Kanunun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Ceza davaları

²⁴ LAPPİ-SEPPÄLÄ, s.246.

²⁵ PAASONEN, s. 269.

²⁶ PAASONEN, s. 270.

için özel bir arabuluculuk prosedürü vardır. Medeni davalar ve ihtilaflar ise 2005 tarih ve 663 sayılı Mahkemeye Bağlı Arabuluculuk Hakkındaki Kanunda belirtildiği şekilde arabuluculuk yoluyla çözülebilir²⁷.

Ceza arabuluculuğu, uzlaşmaya şahsen ve gönüllü olarak rıza gösteren ve uzlaşmanın önemini ve alınacak kararları anlayabilen taraflar arasında gerçekleştirilebilir. Bir taraf uzlaşmaya rıza göstermeden önce hakları ve süreçteki konumu hakkında bilgilendirilmelidir. Uzlaştırma görüşmelerine rıza göstererek katılan taraf, süreç boyunca herhangi bir zamanda rızasını geri çekme hakkına sahiptir. Küçük yaştaki bir kişinin cezai arabuluculuğa katılabilmesi için bizzat rıza göstermesi gerekmektedir. Ayrıca velisinin veya diğer yasal temsilcisinin de rıza göstermesi gerekir. Akıl sağlığının yerinde olmadığı ilan edilen bir yetişkin, konunun önemini anlıyorsa ve arabuluculuğa şahsen rıza gösteriyorsa cezai arabuluculuğa katılabilir.

1015 sayılı Kanunun 18. Maddesine göre uzlaştırma süreci aleni değildir, gizli yürütülmelidir. Tarafların uzlaştırma sürecine bizzat katılması zorunludur. Uzlaştırma görüşmelerinde, sürecin düzenli ve kesintisiz biçimde yürütülmesini tehlikeye düşürmemek kaydıyla tarafların yardımcı kişi veya destek kişisi bulundurmasına izin verilebilir. Taraflardan birinin çocuk olması halinde, uzlaştırma süreci, ilgili kişinin velisi veya diğer kanuni temsilcisinden destek alabilmesine imkan sağlayacak şekilde düzenlenmelidir. Veli veya diğer kanuni temsilcinin uzlaştırma görüşmelerine katılımı ancak bunun çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olması durumunda sınırlandırılabilir. Bununla birlikte, on beş yaşını doldurmamış tarafların veli veya diğer kanuni temsilcilerinin uzlaştırma görüşmelerine katılması engellenemez.

18 yaşından küçük çocuklar, isterlerse ebeveynlerini/vasilerini toplantılarda yanlarında bulundurabilirler. Ancak 15 yaşını geçmiş çocuklar açısından, eğer ebeveynlerin varlığı çocuğun yararına aykırı görülürse, bu kişiler süreçten dışlanabilir. Buna karşılık 15 yaşından küçük çocukların ebeveynleri her durumda toplantılara katılma hakkına sahiptir.²⁸

²⁷ ELONHEIMO, s.3.

²⁸ LAPPI-SEPPÄLÄ, s.252.

1015 SAYILI KANUNA GÖRE UZLAŞMA SÜRECİNİ SONA ERDİREN NEDENLER

Uzlaştırma Sürecinin sona erme sebepleri 1015 sayılı Kanunun 20. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, taraflardan birinin rızasını geri çekmesi veya verilen rızanın serbest iradeyle açıklanmadığına ilişkin şüphe bulunması halinde, uzlaştırma bürosu uzlaştırma sürecini derhal sonlandırmakla yükümlüdür. Ayrıca, uzlaştırma sürecine katılan taraflardan birinin, uzlaştırmamanın anlam ve mahiyetini yahut süreç kapsamında önerilen çözüm yollarını kavrayabilecek durumda olmadığına ilişkin haklı bir şüphenin bulunması veya uzlaştırma sürecinin devamının çocuk tarafın üstün yararına açıkça aykırı olması halinde de süreç kesilir. Hatta uzlaştırma bürosu, belirtilen bu haller dışında, uzlaştırmamanın başarıyla sonuçlanmasına elverişli bir zeminin bulunmadığının başka etkenlerle anlaşılması durumunda da uzlaştırma sürecini sonlandırabilir.

Cezai arabuluculukta ele alınacak hususlar 1015 sayılı Kanunun 3. maddesinde düzenlenmiştir. 8 Mart 2016 tarih ve 18 sayılı Kanunla değiştirilen maddeye göre olayın polis, savcılık veya mahkeme tarafından ele alınması ve çözüme kavuşturulması, uzlaştırma prosedürüne engel teşkil etmez. Cezai arabuluculuk, suçun niteliği ve işlenme şekli, şüpheli ile mağdur arasındaki ilişki ve suçla ilgili diğer koşullar dikkate alınarak, uzlaştırmaya uygun olduğu değerlendirilen tüm suçların çözümünde kullanılabilir. Bir suçun uzlaşma yoluyla çözülmesi, şüphelinin olayın temel gerçeklerini doğrulaması ve mağdurun menfaatine olması şartını gerektirir. Mağdurun reşit olmaması ve özel korunma ihtiyacı içinde olduğunun kabul edilmesi halinde cezai arabuluculuk uygulamasına izin verilmemektedir. Uyuşmazlık uzlaşma yoluyla çözülemiyorsa, suçun yol açtığı zararın tazmini konusu da kapsam dışında tutulur.

19.12.2024 tarih ve 966 sayılı Kanunla 1105 sayılı Kanuna “**Yakın akrabaya karşı işlenen bir suçun cezai arabuluculuğuna ilişkin kısıtlamalar**” başlıklı 3a maddesi eklenmiştir. Maddeye göre yakın akrabaya karşı işlenen kasıtlı eylem; şiddet içeren bir suç ise veya cinsel saldırı niyetiyle işlenmişse, yaşam ve sağlığa karşı kasıtlı suçsa ya da hürriyetten yoksun bırakma suçu işlenmişse, nitelikli insan ticareti suçu veya Ceza Kanunu Bölüm 7'de belirtilen hukuka aykırı tehdit, Bölüm 7a'da belirtilen zulüm veya Bölüm 8'de belirtilen zorlama, 31.Bölümün

1. maddesinde belirtilen soygun veya 2. maddede belirtilen nitelikli soygun eylemlerinden biriye cezai arabuluculuğa tabi değildir.²⁹

SON DEĞİŞİKLİKLERLE UZLAŞTIRMA SÜRECİNİN İŞLEYİŞİ VE SONUÇLARI

1015 sayılı Kanun öncesinde arabuluculuk hizmetleri şehirler, belediyeler ve sivil toplum kuruluşları tarafından sağlanmakta, mağdur-fail arabuluculuğu uygulamaları çeşitlilik göstermekte ve Devlet yetkilileri tarafından çok az rehberlik ve denetim sağlanmaktaydı.

Halen yürürlükte olan 1015 sayılı Kanunda yapılan en son değişiklik 2026 tarih ve 315 sayılı Kanunla yapılmıştır ve Ulusal Sağlık ve Refah Enstitüsü'nün arabuluculukla ilgili konulardaki hak ve yükümlülüklerine son verilmiştir. 1105 sayılı Kanunun 5. Bölümü hükümlerine göre cezai arabuluculuk faaliyetlerinin genel yönetimi, yönlendirilmesi ve denetimi artık Sosyal İşler ve Sağlık Bakanlığı'nın sorumluluğundadır³⁰. Ülke genelinde toplam 24 arabuluculuk bölgesi oluşturulmuştur. Eski bölgelerde ek kaynaklarla faaliyetler hızlı şekilde başlatılmıştır. Ulusal Sağlık ve Refah Enstitüsü, 315 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki faaliyetlerinden doğan tüm yükümlülüklerden sorumlu olmaya devam edecektir.³¹

²⁹ 1015 sayılı Kanunun 15. maddesi uyarınca, uzlaştırma bürosuna ceza uyuşmazlıklarında uzlaştırmamanın uygun olup olmadığını somut olayın özelliklerine göre takdir etme yetkisi tanınmıştır. Bu değerlendirme yapılırken her bir olayın kendine özgü özellikleri ve olayın bütün koşulları dikkate alınmalıdır. Ayrıca suçun niteliği de bu değerlendirmede önem taşımaktadır. Örneğin, çocuklara karşı işlenen cinsel suçların kural olarak uzlaştırmaya konu edilmemesi gerektiği kabul edilmekte, aile içi şiddet içeren suçlarda ise uzlaştırmaya başvurma konusunda daha ihtiyatlı davranılması gerektiği belirtilmektedir.

³⁰ İdarenin merkezleştirilmesine ilişkin 680/2015 sayılı Değişiklik Kanununa dair hazırlık çalışmalarında, 1015 sayılı Kanunun idari bakımdan Finlandiya Adalet Bakanlığı bünyesine alınması ihtimali de değerlendirilmiş ancak uzlaştırmamanın sosyal boyutu ve toplumsal bir uyuşmazlık çözüm aracı niteliği dikkate alındığında bu seçenek uygun görülmemiştir. Fail-mağdur arabuluculuğunun ceza adalet sistemiyle doğrudan bağlantılı hale getirilmesinin onun sosyal niteliğini zayıflatacağı değerlendirilmiştir. Ayrıca Finlandiya Adalet Bakanlığı bünyesine alınması halinde, ceza adalet sisteminin cezalandırıcı ve resmi yapısının uzlaştırma üzerinde baskın hale gelerek, hizmetin önceliklerinin riskli bulunduğu ifade edilmiştir.

³¹ ERVASTI, s.234.

1105 sayılı Kanunun 6. Bölümünde Ceza Davalarında Arabuluculuk Danışma Kurulu'na yer verilmiştir. Ulusal düzeyde arabuluculuk faaliyetlerinin yönlendirilmesi, izlenmesi ve geliştirilmesi amacıyla, Hükümet tarafından üç yıllık bir süre için kurulan Ceza İşlerinde Arabuluculuk Danışma Kurulu, Sosyal İşler ve Sağlık Bakanlığı ile bağlantılı olarak faaliyet göstermektedir. Danışma Kurulunun görevleri ve bileşimine dair ayrıntılar Hükümet Kararnamesi ile düzenlenecektir.³²

2026 tarih ve 315 sayılı Kanunun 15. maddesine göre Arabuluculuk Bürosu, gizlilik hükümlerine bakılmaksızın, arabuluculuğu başlatan polis ve savcılık makamlarından ve arabuluculuğu başlatan diğer makamlardan, arabuluculuk koşullarını değerlendirmek için gerekli bilgileri edinme hakkına sahiptir. Bilgi edinme hakkı, arabuluculuk koşullarını değerlendirmek için gerekli olan şüpheli suç faaliyetlerine ilişkin bilgileri de kapsar. Arabuluculuk bürosu sürece başlamadan önce bu koşulların mevcut olup olmadığını değerlendirmekle yükümlüdür.³³

2005 tarih ve 1015 sayılı Kanunda uzlaştırmaya gönderilecek suçlar liste halinde yazılmadığından uyuşmazlığa fail-mağdur arabuluculuğunun uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki değerlendirme polis veya savcılık tarafından yapılmaktadır³⁴. İhbar yoluyla veya bizzat suç işlendiğini öğrenen Polis gerekli işlemleri yaptıktan sonra dosyayı savcılık makamına gönderir. Uzlaştırma sürecine başlama kapsamında savcı, dosyayı aldıktan sonra, tarafların kendi aralarında sorunu çözmek için belli bir süre verebilir veya bizzat taraflar polis aşamasında, polisin önerisiyle veya kendi girişimleriyle uzlaştırma kurumuyla temasa geçebilirler. Mahkemede ise hakim bir uzlaştırma bürosuyla temasa geçebilir.³⁵

Tarafların uzlaştırmaya yönlendirilmesinde polis ve savcılık etken konumdadır. Uzlaştırma dosyaları tarafların müracaatı ile de işleme alınabilmektedir. Süreçle ilgili işlemler ise ceza adalet sistemi dışındaki kurumlar tarafından yürütülmektedir.³⁶ Finlandiya ceza sisteminde suçlar, hafif nitelikte ve takibi şikayete bağlı suçlar ile re'sen takip edilen suçlar

³² ELONHEIMO, s.3.

³³ ERVASTI, s.234.

³⁴ ERVASTI, s.233; ÖZEROĞLU, s.70.

³⁵ ÇETİNTÜRK, s.181; İİVARİ, s.8.

³⁶ TEMİZ, s. 33; Olgun DEĞİRMENCİ, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 112-113; KARBAY, s.56.

olarak ikiye ayrılır³⁷. Uzlaştırma daha çok takibi şikayete bağlı suçlarda söz konusu olmakta ve polis, savcı veya taraflar birbirlerini direkt uzlaştırmaya yönlendirerek ceza takibatının başlamasını önleyebilmektedir³⁸.

Savcılık, uzlaştırmaya yönlendirme yapsa da uzlaştırma müzakere-leri esnasında pasif bir konumda olup, sürece dahil olmaz. Savcılık, süreç sonunda tarafların uzlaşamaması halinde veya uzlaşma anlaşmasının ih- lal edilmesi durumunda aktif olarak müdahil olurlar. Bu son durumda sadece savcılık değil, polis veya mahkeme de uzlaştırma işlemlerinde aktif rol almaktadır.³⁹

1015 sayılı Kanunu'nun 16. maddesi, arabuluculuk bürosunun her bir arabuluculuk dosyasında yerine getirmekle yükümlü olduğu temel görevleri düzenlemektedir. Buna göre arabuluculuk bürosu, bir dosyayı arabuluculuk uygulaması yönünde kabul ettiğinde; arabuluculuk sürecini yürütecek kişiyi, onun deneyimi ve kişisel niteliklerini dikkate alarak gö-reve en uygun şekilde belirlemek ve ayrıca söz konusu kişinin 2003 tarih ve 434 sayılı İdari Usul Kanunu'nda düzenlenen anlamda yasaklı (gö- revden el çektilirilmesi gerektiren) bir durumda olmamasını sağlamak, ilgili tarafların rızasıyla, arabuluculuk için gerekli belgeleri polis, savcı-lık, mahkemeler veya diğer ilgili kişilerden temin etmek, taraflardan bi- rinin arabuluculukta kullanılacak dili yeterince bilmemesi ya da işitme, konuşma engeli veya benzeri bir nedenle görüşmeleri anlamakta ya da kendisini ifade etmekte güçlük çekmesi halinde, tercüman veya çevir- men hizmeti sağlamak, arabuluculuk süreci tamamlandıktan sonra, giz- lilik hükümlerine bakılmaksızın, arabuluculuğun seyri ve sonucu hak- kında polis veya savcılık makamını bilgilendirmekle yükümlüdür.⁴⁰

Gönüllülük esasına dayalı uzlaştırmada, uzlaştırmacılar gönüllü gö- rev yapmakta, herhangi bir ücret talep etmemektedir. Uzlaştırmacının se- çimi, eğitimi, süreçteki görevleri gibi tüm işlemler Ulusal Uzlaştırma Birliği tarafından belirlenmekte ve denetlenmektedir. Uzlaştırmacı ola- bilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak gerekmemekte ancak 18

³⁷ ÇETİNTÜRK, s.180.

³⁸ KARABAY, s.56-57; D. MİERS - J. WILLEMSSENS, Mapping Restorative Jus- tice: Developments in 25 European Countries, Leuven, 2004, s. 55.

³⁹ TEMİZ, s. 33; DEĞİRMENCİ, s. 112-113; KARABAY, s.56-57; ÖZE- ROĞLU, s.70.

⁴⁰ PAASONEN, s.273.

yaşından büyük olmak ve en az otuz saatlik temel bir eğitimi başarı ile tamamlamak gerekmektedir.⁴¹

Uzlaştırma hizmetlerinde görev alacak kişilere ilişkin yeterlilik şartları, 1015 sayılı Kanunun 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre arabuluculuk hizmetlerinden sorumlu kişiler ve arabuluculuk danışmanları uygun bir akademik dereceye sahip olmalıdır. Özel bir durumun varlığı halinde, arabuluculuk hizmetleri ve bunların planlanması ile denetimi konusunda yeterli bilgiye sahip diğer kişiler de bu görevler için kabul edilebilir.⁴²

Arabulucu olarak görev yapabilmek için arabuluculuk alanında temel eğitimlerin tamamlanmış olması ve görevin gerektirdiği bilgi, beceri ve deneyime sahip olunması gerekmektedir. Arabulucunun bağımsızlığı, arabuluculuk kurumunun en temel ilkelerinden biri olduğundan, arabulucunun görevlendirilmesi arabuluculuk bürosunun sorumluluğundadır. Her bir somut arabuluculuk görevi bakımından arabulucunun uygunluğu; deneyimi ve kişisel özellikleri dikkate alınarak değerlendirilir. Bu kapsamda, arabuluculuk görevi ne kadar karmaşık ve ağır nitelikteyse, arabulucudan beklenen niteliklerin de o ölçüde yüksek olması gerektiği kabul edilmektedir.⁴³

Özel nedenlerden dolayı, arabuluculuk faaliyetleri ve bunların planlanması ve denetimi konusunda yetkin başka bir kişi de bu göreve atanabilir. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetlerine giriş niteliğinde bir eğitim kursunu tamamlamış ve görevin doğru şekilde yerine getirilmesi için gerekli eğitim, beceri ve deneyime sahip olan ve göreve uygun olan bir kişi olabilir. Arabuluculuk hizmetinin yürütülmesi sırasında arabulucunun görevi, taraflar arasında uzlaştırıcı bir rol üstlenmektir. Arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığı bizzat çözmez; bunun yerine tarafların kendi aralarında çözüm üretmelerine yardımcı olur. Ayrıca arabuluculuk sürecinde kusur veya suçluluk meselesi de karara bağlanmaz. Arabuluculuğa konu olan ve resen soruşturulan suçlarda ise kusur ve suçluluk değerlendirilmesi, yalnızca kamu davasının açılması aşamasında veya yargılama sürecinde mahkeme tarafından belirlenir.

⁴¹ ÇETİNTÜRK, s.182.

⁴² PAASONEN, s.273.

⁴³ PAASONEN, s.273.

Uzlaştırmacılar, görevlerini yaparken kamu görevlisi olarak görev yapmamaktadırlar. Süreçteki tüm işlemler gizli olarak yürütülmekte olup⁴⁴, tarafların onayı alınmadan başka bir kimse uzlaştırmaya katılamamaktadır.⁴⁵ 1105 sayılı Kanunu'nun 20. maddesine göre, uzlaştırmacıların veya uzlaştırma bürolarının elinde bulunan belgelerin aleniyeti ile uzlaştırma bürosu personelinin ve bu sürece katılan diğer kişilerin gizlilik yükümlülüğü bakımından, 1999 tarih ve 621 sayılı Kamu Faaliyetlerinin Açıklığı Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Ayrıca gizlilik yükümlülüğüne tabi kişiler, 621 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca belirlenmektedir. Buna göre gizlilik yükümlülüğü; uzlaştırma hizmetlerinden sorumlu kişiler, danışmanlar ve büro personeli ile gönüllü uzlaştırmacılar dahil olmak üzere uzlaştırma sürecinde görev alan tüm personeli kapsamaktadır.⁴⁶

1105 sayılı Kanunun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre, uzlaştırma sürecinin ilerleyen aşamalarında, taraflardan biri, karşı tarafın rızası bulunmaksızın, uzlaşmaya ulaşmak amacıyla süreç sırasında ileri sürdüğü beyanlara daha sonra soruşturma veya davada dayanamaz. Bu yasak; süreçte sunulan teklif ve karşı teklifleri kapsadığı gibi başarısızlıkla sonuçlanan bir süreçte suç şüphelisi tarafından yapılan ikrar niteliğindeki beyanları da kapsamaktadır.⁴⁷

Ceza arabuluculuğu sonucunda taraflar arasında varılan anlaşma, ceza yargılamasının sonucu veya savcının vereceği karar ya da fail hakkında uygulanacak ceza yaptırımlarından bağımsız olarak taraflar bakımından bağlayıcı nitelikte özel hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte uzlaştırma süreci yoluyla varılan anlaşmaların icrasına ilişkin özel bir cebri icra mekanizması öngörülmemektedir.

Fail-mağdur arabuluculuğu kapsamında uygulanan uzlaştırma sürecinin en önemli özellikleri gönüllü olması, gizli olarak yürütülmesi ve ücretsiz olmasıdır⁴⁸. Finlandiya'da uzlaştırma kurumunun idaresiyle

⁴⁴ ELONHEIMO, s.2; LAPPİ-SEPPÄLÄ, s.251.

⁴⁵ ÖZEROĞLU, s.70; ÇETİNTÜRK, s.182.

⁴⁶ PAASONEN, s.274.

⁴⁷ PAASONEN, s.280.

⁴⁸ ÇETİNTÜRK, s.182.

ilgili olarak polis, savcı ve hakimler uzlaştırmaya olumlu yaklaşmaktadır⁴⁹.

1015 sayılı Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca uzlaştırmacının görevleri; taraflar arasında arabuluculuk toplantılarını organize etmek, uzlaştırma sürecini tarafsızlık içinde yürütmek ve tüm taraflara saygı göstermek, mağdurun suç nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın giderilmesine yönelik olarak tarafların karşılıklı olarak kabul edebileceği çözümler bulmalarına yardımcı olmak, tarafları mevcut hukuki yardım imkanları ve diğer hizmetler hakkında bilgilendirmek, taraflar arasında varılan anlaşmayı yazılı hale getirerek imza altına almak, uzlaştırma süreci sona erdikten sonra sürece ilişkin raporu arabuluculuk bürosuna sunmak şeklinde düzenlenmiştir.⁵⁰

Uzlaştırma sürecinin kapalı oturum şeklinde yürütülmesi ve tarafların sürece bizzat katılma zorunluluğu, 1015 sayılı Kanun'un 18. maddesinde düzenlenmiştir. Sürecin gizli yürütülmesinin gerekçesi; arabuluculuğun taraf iradesine dayanması ve gönüllülük esasına göre yürütülmesi ile açıklanmaktadır. Bunun yanında, uzlaştırma çoğu durumda idari makamların müdahale alanı dışında gerçekleşmektedir. Bu yönüyle Finlandiya'daki ceza arabuluculuğu, açıkça bir kamu otoritesi işlemi olan mahkeme arabuluculuğundan ayrılmaktadır. Çünkü kamu otoriteleri tarafından yürütülen işlemler kural olarak alenidir ve Finlandiya Anayasası'nın 21. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yargılamanın aleniyetine ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması zorunludur.⁵¹

Uzlaştırma süreci başladıktan sonra taraflardan birinin uzlaştırmayı kabul etmemesi halinde süreç sonlandırılır. Uzlaştırma başarıyla sona erdiğinde soruşturma evresinde savcılık tarafından takipsizlik kararı verilmekte, kovuşturma evresinde ise cezasızlık veya cezada indirim yapılabilmektedir.⁵² Şikayete bağlı suçlarda, başarılı arabuluculuk otomatik olarak polisin soruşturmayı kapatması anlamına gelir. Eğer dosya zaten savcıya intikal etmişse, savcı kovuşturmayla yer olmadığına karar verir⁵³.

⁴⁹ ÇETİNTÜRK, s.185; İİVARİ, s.15.

⁵⁰ PAASONEN, s.274.

⁵¹ PAASONEN, s.274.

⁵² ERVASTI, s.234; OĞUZ, s.56; KARABAY, s.56; İİVARİ, s.4-5; ÇETİNTÜRK, s.178.

⁵³ LAPPİ-SEPPÄLÄ, s.250.

Finlandiya Ceza Kanunu'nun 6. bölüm 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, fail ile mağdur arasındaki uzlaşma, cezanın indirilmesi için kanuni bir sebep teşkil etmektedir. Kanun, yalnızca geçerli bir uzlaşma anlaşmasının varlığını ceza indirimini için zorunlu bir şart olarak aramamaktadır. Ayrıca Finlandiya Ceza Kanunu'nun 6. bölüm 8. maddesinde yer alan hüküm uyarınca arabuluculuk, cezanın alt sınırının indirilmesi veya ceza türünün değiştirilmesi bakımından dikkate alınabilir. Finlandiya Ceza Kanunu'nun 6. bölüm 12. maddesinin 1. fıkrasının (4) bendine göre, özellikle fail ile mağdur arasındaki uzlaşma dikkate alındığında, cezanın adil olmayacağı veya anlamsız kalacağı kanaatine varılması halinde, uzlaşma cezanın ortadan kaldırılmasına (ceza verilmemesine) gerekçe olarak kabul edilebilmektedir. Bu bağlamda, hakkaniyet ve yerindelik gerekçeleriyle cezanın kaldırılması için mutlaka yazılı bir uzlaşma sözleşmesinin bulunması zorunlu değildir.

Uzlaşma her durumda otomatik olarak ceza verilmemesi sonucunu doğurmaz; suçun ağırlığı gibi nedenler bu sonucu engelleyebilir. Esas ölçüt, uzlaşmanın özgür iradeyle ve doğru bilgiye dayanılarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir.

Her ne kadar gerçekleşmiş bir uzlaşma, teklif edilen bir uzlaşmaya göre daha güçlü bir etki doğursa da, hazırlık çalışmalarına göre failin uzlaşma sağlama yönündeki çabası da dikkate alınmalıdır. Mağdurun zararının giderilmesi yönündeki menfaatinin karşılanmasına yönelik girişimler, uzlaşma sağlanamasa dahi değerlendirmeye alınmaktadır. Bu çerçevede, taraflar arasında bir uzlaşma gerçekleşmemiş olsa bile ceza indirimini her zaman doğrudan uzlaşmaya bağlanamaz; ancak failin arabuluculuğa katılma iradesi ve uzlaşma çabası, suçun etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik diğer bir çaba olarak değerlendirilebilmektedir.⁵⁴

Uzlaştırma sürecinin sonunda tarafların vardığı anlaşma, mağdurun zararının giderilmesi, failin özür dilenmesi, cezai eylemin karşılığında iş yaptırılması ve benzeri yaptırım seçenekleri olabilmektedir⁵⁵.

Finlandiya ceza adaleti sisteminde savcının kamu davası açmaktan vazgeçme konusundaki takdir yetkisi oldukça geniştir. Savcı, suç ikra- rına dayalı pazarlık usulünün uygulanmadığı durumlarda dahi sanığın

⁵⁴ PAASONEN, s.278.

⁵⁵ TEMİZ, s.34; ÇETİNTÜRK, s.299; MİERS - WILLEMSSENS, s. 99.

soruşturma sürecinde olayın aydınlatılmasına katkı sağlaması halinde kamu davası açmaktan vazgeçebilir veya daha hafif bir ceza talep edebilir. Finlandiya’da ceza kovuşturması, kural olarak kanunilik ilkesi esasına dayanmaktadır⁵⁶. Bununla birlikte bazı hallerde takdirilik esasına dayalı kovuşturma sistemi de uygulanmaktadır. Suçun ikrarına dayalı pazarlık/müzakere usulleri gibi basitleştirilmiş muhakeme yöntemlerine de yer verilmektedir⁵⁷.

Fail ile mağdur arasındaki arabuluculuk sürecinde varılan uzlaşma nedeniyle savcı kamu davası açmama kararı verebilirse de Ceza Muhakemesi Kanununun 11. maddesine göre davayla ilgili ortaya çıkan yeni bilgiler nedeniyle kararın esasen eksik veya yanlış bilgilere dayandığı tespit edilirse bu kararını geri alabilir.⁵⁸

Ceza Muhakemesi Kanununun Genel Hükümler Kitabının ilk Bölümünün 12. maddesine göre iddianamenin düzenlenmesinden sonra aralarında uzlaşmanın da yer aldığı 7 ve 8. madde hükümleri kapsamında bir durum ortaya çıkarsa, savcı iddianameyi geri çekebilir. Ancak ceza davasında sanık itiraz ederse veya davada zaten hüküm verilmişse bu durumda savcı suçlamayı geri çekemez.⁵⁹

İşlenen bir suçla ilgili kovuşturma talebinde bulunma hakkına sahip olan Savcı, 1997 tarih ve 689 sayılı Finlandiya Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Genel Hükümler Kitabının Yargılanma Hakkı Başlıklı 1. Bölümünün 7. Maddesinde yer alan istisnai hallerde dava açmayabilir. Söz konusu maddeye göre suç için para cezasından daha ağır bir ceza beklenmiyorsa ve suçun yol açtığı zararlılık veya failin suçluluğu göz önüne alındığında, bir bütün olarak değerlendirildiğinde suç önemsiz kabul ediliyorsa veya 18 yaşından küçük birinin işlediği bir suç için, en fazla para cezası veya altı ay hapis cezası öngörüldüğü ve suçun kanunun yasak ve emirlerine karşı kayıtsızlıktan ziyade, anlayışsızlık veya dikkatsizlikten kaynaklandığı düşünüldüğü durumlarda dava açmayabilecektir.⁶⁰

⁵⁶ LAPPI-SEPPÄLÄ, s.248; Riikka LAITINEN, Finland Report, The DRAMP Project: Diversion, Restorative and Mediation Procedures: National Reports, Perugia, Italy, 2022, <https://www.dramp.eu/wp-content/uploads/2022/08/D3-DRAMP-National-reports.pdf>, s.205, erişim tarihi: 08.05.2026.

⁵⁷ LAITINEN, s.205.

⁵⁸ ERVASTI, s.234.

⁵⁹ ERVASTI, s.234.

⁶⁰ ERVASTI, s.234.

Finlandiya ceza adaleti sisteminde savcının dava açmayabileceği diğer bir istisnai durum Ceza Muhakemesi Kanununun Genel Hükümler 1. Bölüm 8. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre savcılık makamı, fail ile mağdur arasında varılan uzlaşma veya failin bizzat kendisinin işlediği suçun etkilerini önlemek veya ortadan kaldırmak için aldığı önlemler, failin kişisel koşulları, suçun kendisine yol açtığı sonuçlar, sosyal ve sağlık hizmetleri önlemleri dikkate alındığında, yargılama ve cezalandırmanın makul olmayan veya anlamsız olduğunun kabul edilebileceği hallerde kovuşturmadan vazgeçebileceği gibi daha önce verilmiş bir cezanın dikkate alınmasına ilişkin hükümler nedeniyle toplam ceza miktarını önemli ölçüde etkilemeyecek hallerde de dava açmayabilir.⁶¹

Savcılığa intikal etmiş ve şikayete bağlı olmayan suçlarda uzlaşmanın sağlanması halinde sürecin devam edip etmeyeceği savcının takdirine bağlıdır. Bu durum, kovuşturmaya yer olmamasına ilişkin gerekçelerle düzenlenmiştir. 1015 sayılı Kanunu göre, başarılı bir uzlaşma nedeniyle kovuşturma **“ya makul olmayan ya da anlamsız”** görünüyorsa ve kovuşturama kararı **“önemli bir kamu veya özel menfaati ihlal etmiyorsa”**, davanın düşürülmesi mümkündür. Bu durumlarda kovuşturama kararı takdire bağlıdır.⁶²

Eğer savcı davayı mahkemeye götürürse, mahkeme de cezai yaptırımlardan vazgeçebilir veya genel ceza verme kurallarına göre cezayı hafifletebilir. Arabuluculuğun ayrıca “hukuki sonuçları” da vardır. Arabuluculuk sürecinde düzenlenen sözleşmeler, tüm medeni hukuk sözleşmeleriyle aynı şekilde bağlayıcıdır. Eğer taraflardan biri yanlış bilgi verilerek aldatıldığını düşünürse, konuyu hukuk mahkemesine taşıması mümkündür.⁶³

Finlandiya’da uzlaştırma süreci doğrudan gerçekleştirilmektedir. Pek çok durumda sadece tek bir toplantı yeterli olmakla birlikte, ihtiyaç olursa daha fazla toplantı yapılabilir.⁶⁴

Uzlaştırma sürecinin azami süresi hakkında mevzuatta bağlayıcı bir hüküm yer almamaktadır. Ancak buna rağmen sürecin süresi her olayın özelliğine bağlı olarak değişiklik gösterebilmektedir. Kovuşturma öncesi

⁶¹ ERVASTI, s.234.

⁶² LAPPİ-SEPPÄLÄ, s.250.

⁶³ LAPPİ-SEPPÄLÄ, s.251.

⁶⁴ ÇETİNTÜRK, s.183.

dönemde savcı, dosyayı arabuluculuğa gönderirken genellikle sürecin ne kadar sürede tamamlanması gerektiğini belirtir. Bu süre kural olarak iki ila üç ay arasındadır⁶⁵. Basit suçlarda uzlaştırma sürecinde olay bir gün içerisinde çözülebilirken, ağır ve karmaşık olaylarda 12-18 ay sürebilmektedir⁶⁶.

Cezai uyuşmazlığın tarafı olan mağdur ve fail, görüşmelerin merkezinde yer alırken, uzlaştırmacılar ve diğer yetkililer sadece destek sağlamak, diyalog için güvenli bir ortam sağlamakta, varılan anlaşmanın içeriğini ve uygulamasını denetlemektedirler. Örneğin bu kapsamda varılan anlaşma ve uzlaşma insan haklarını ihlal etmemeli veya ceza mahkemesi tarafından verilebilecek cezaların ötesine geçmemelidir. Uzlaşma ve mağdur haklarının onarımı sürecinde tüm maddi, manevi ve sosyal zararlar ile suçun yol açtığı sorunlar ele alınmaktadır. Süreç içinde failden, işlediği suçun tüm sorumluluğunu üstlenmesi beklenmektedir. Suç mağduru ise gerekirse destek alabileceği sosyal hizmetlere yönlendirilebilmektedir.⁶⁷

Finlandiya’da fail-mağdur arabuluculuğu konusunda tam bir standardın olduğu söylenemezse de uzlaştırmacılara verilen eğitimlerde uzlaştırmaya dair ilkeler, etik kurallar, taraflara eşit ve tarafsız davranılması gibi hususlar açıkça anlatılmaktadır.⁶⁸ Ceza uyuşmazlıklarında uzlaşma, suçun niteliği ve yöntemi, şüpheli ile mağdur arasındaki ilişki ve suçla ilgili hususlar dikkate alınarak uzlaştırmaya uygun olduğu değerlendirilen tüm suçlar için uygulanabilir. Yaşı veya suçun niteliği nedeniyle mağdurun özel korumaya ihtiyacı varsa, reşit olmayan mağdurların yer aldığı suçlar uzlaştırmaya sevk edilmemelidir.

Cezai arabuluculuk, suçun mağduru veya şüphelisi, polis veya savcı tarafından önerilebilir. 1015 sayılı Kanunun hazırlık çalışmalarında, şiddet içeren ve failin eşine, çocuğuna, ebeveynine veya benzeri yakınlarına karşı işlenen suçlarda arabuluculuk teklif etme yetkisinin yalnızca polis ve savcılık makamlarıyla sınırlandırılmasının gerekli olduğu değerlendirilmiştir.

⁶⁵ LAPPI-SEPPÄLÄ, s.252.

⁶⁶ IIVARİ, s.15.

⁶⁷ ELONHEIMO, s.3.

⁶⁸ ÇETİNTÜRK, s.182.

Arabuluculuğu başlatma kararı arabuluculuk bürosu tarafından alınır fakat mutlaka mağdurun ve şüphelinin rızasını gerektirir. Ön soruşturma sırasında polis, tarafları arabuluculuk olanakları hakkında bilgilendirir. Saldırı, hırsızlık ve mala zarar verme suçları, cezai arabuluculukta uzlaştırmamanın denendiği en yaygın suçlar arasındadır. Ceza soruşturmasında veya kovuşturmada taraflardan herhangi biri arabuluculuğu herhangi bir aşamada durdurabilir. Bu durumda uyuşmazlık soruşturma evresinde polise, savcıya, kovuşturma evresinde ise ceza mahkemesine geri gönderilir.

Küçük suçlar için arabuluculuk, ön soruşturmanın sona ermesine veya suçlamaların düşürülmesine yol açabilir. Ancak bir ceza davası, arabuluculuk yoluyla çözülmüş olsa bile, eylem yine de mahkemede yargılanabilir. Bu nedenle Finlandiya Hukukunda cezai arabuluculuk, mutlaka yargılamaya alternatif değil, paralel bir yoldur.

Uzlaştırma faaliyetlerinin düzenlenmesiyle ilgili masraflar devlet fonlarından karşılanmaktadır. Devlet fonlarından ödenecek toplam tazminat miktarı, arabuluculuk ofislerinin işletilmesi, hizmetlerin uygun şekilde sunulması ve arabuluculuk faaliyetlerine katılan kişilere eğitim verilmesi için ortalama olarak tahmin edilen maliyetlere karşılık gelen bir seviyede yıllık olarak belirlenir.

Finlandiya’da arabuluculuğun yalnızca mağdur ile fail arasında yürütülen bir süreç olmadığını; aynı zamanda bireysel failer ile topluluklar, şirketler ve diğer organizasyonlar arasında da gerçekleştirilebildiğini göstermektedir.

SONUÇ

Finlandiya’da temel onarıcı süreç, fail-mağdur arabuluculuğudur. Fail-mağdur arabuluculuğu Finlandiya’da 1983 yılından itibaren uygulanmaya başlanmıştır. İlk yıllarda mahalli yönetimlerin mali desteği ile uygulanan uzlaştırma sürecinde ilk uzlaştırma projesi 1983 yılında Vantaa şehrinde uygulanmıştır.

2005 yılı öncesinde Finlandiya’da arabuluculuk hizmetleri ağırlıklı olarak ceza uyuşmazlıklarında, özellikle de çocuklar ve gençler tarafından işlenen suçlar bakımından uygulanmıştır. Ancak belirli bölgelerle sınırlı kalmıştır.

Fail-mağdur arabuluculuğa dair kanuni esaslar 2005 tarih ve 1015 sayılı Ceza ve Bazı Sivil Davalarda Uzlaşma Kanununda düzenlenmektedir. Medeni davalar ve ihtilaflar hakkında arabuluculuğa dair kanuni esaslar ise 2005 tarih ve 663 sayılı Mahkemeye Bağlı Arabuluculuk Hakkındaki Kanunda yer almaktadır.

Finlandiya’da arabuluculuk, suçun işlenmesinden cezanın infazına kadar olan süreçte herhangi bir aşamada başlatılabilir ve sürece taraf olan herkes tarafından talep edilebilir. Ceza yargılamasının hangi aşamasında başlatıldığına bağlı olarak arabuluculuk sürecinin işleyişinde herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Dosyaların arabuluculuğa yönlendirilmesi ağırlıklı olarak polis veya savcı tarafından yapılmaktadır. Arabuluculuk süreci başladıktan sonra gerek polis ve savcılık gerekse mahkeme bu sürecin dışında kalmakta ancak sürecin sonunda cezai uyuşmazlığın tarafları arasında varılan anlaşma veya anlaşmamaya göre gerekli muhakeme işlemlerini icra etmektedirler.

Finlandiya’da hali hazırda 18 yaşından küçük çocuk failler bakımında da arabuluculuğun uygulanması mümkündür. Başka bir deyişle arabuluculuk tüm yaş grupları için ve prensip olarak her türlü suç için mümkündür. Uzlaştırma sadece ceza muhakemesi değil aynı zamanda cezayı kaldıran veya indirim sebebi olması nedeniyle maddi ceza hukuku kurumudur.

Uzlaştırma sürecinin ardından doğacak hukuki sonuçlar, büyük ölçüde suçun niteliğine ve ağırlığına bağlıdır. Şikayete bağlı suçlar bakımından, başarılı bir arabuluculuk süreci, soruşturmanın polis tarafından otomatik olarak kapatılması sonucunu doğurur. Eğer dosya halihazırda savcılık makamına intikal etmişse, savcı kovuşturmaya yer olmadığına karar vererek davayı düşürür.

Şikayete bağlı olmayan suçlar bakımından ise, sürecin devam edip etmeyeceği savcının takdir yetkisine bağlıdır. Bu durum, kovuşturmaya yer olmamasına ilişkin genel yasal düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilir.

Eğer savcı davayı mahkemeye taşımışsa mahkeme de ceza vermekten tamamen kaçınabilir veya genel ceza hukuku kuralları çerçevesinde

cezayı hafifletebilir. Bu bağlamda fail-mağdur arabuluculuğu, ceza hukukunda genel bir indirim nedeni olarak kabul edilmektedir.

Ülkede uygulanan arabuluculuğun odak noktası ağırlıklı olarak çocuk ve gençlerin işlediği suçlar olup, vakaların büyük çoğunluğu kasten yaralama, mala zarar verme, konut dokunulmazlığının ihlali, hırsızlık ve hakaret ile çocuklar ve gençler tarafından işlenen çeşitli suçlarına ilişkindir.

Ceza arabuluculuğu, uzlaşmaya şahsen ve gönüllü olarak rıza gösteren ve uzlaşmanın önemini ve alınacak kararları anlayabilen taraflar arasında gerçekleştirilebilir. Bir taraf uzlaşmaya rıza göstermeden önce hakları ve süreçteki konumu hakkında bilgilendirilmelidir.

Uzlaştırma süreci aleni değildir, gizli yürütülmelidir. Tarafların uzlaştırma sürecine bizzat katılması zorunludur. Uzlaştırma görüşmelerinde, sürecin düzenli ve kesintisiz biçimde yürütülmesini tehlikeye düşürmemek kaydıyla tarafların yardımcı kişi veya destek kişisi bulundurmasına izin verilebilir. On beş yaşını doldurmamış tarafların veli veya diğer kanuni temsilcilerinin uzlaştırma görüşmelerine katılması engellenemez.

Uzlaştırma hem soruşturma ve kovuşturma evresinde hem de infaz aşamasında mümkündür. Süreç sonunda varılan uzlaşma, özellikle savcının kamu davasının açılmasından vazgeçip geçmemesi yönündeki takdirini etkileyebilmektedir.

Uzlaştırma sürecinde taraflardan birinin rızasını geri çekmesi veya verilen rızanın serbest iradeyle açıklanmadığına ilişkin şüphe bulunması halinde, uzlaştırma bürosu uzlaştırma sürecini derhal sonlandırmakla yükümlüdür.

2005 tarih ve 1105 sayılı Kanunun 3a maddesi gereğince yakın akrabaya karşı işlenen kasıtlı eylem; şiddet içeren bir suç ise veya cinsel saldırı niyetiyle işlenmişse, yaşam ve sağlığa karşı kasıtlı suçsa ya da hürriyetten yoksun bırakma suçu işlenmişse, nitelikli insan ticareti suçu veya hukuka aykırı tehdit, zulüm veya nitelikli soygun eylemi ise bu suçlar cezai arabuluculuğa tabi değildir.

2026 tarih ve 315 sayılı Kanunla 1015 sayılı Kanunda yapılan en son değişiklikle Ulusal Sağlık ve Refah Enstitüsü'nün arabuluculukla

ilgili konulardaki hak ve yükümlülüklerine son verilmiş, Sosyal İşler ve Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir.

Gönüllülük esasına dayalı uzlaştırmada, uzlaştırmacılar gönüllü görev yapmakta ancak kamu görevlisi sayılmamaktadır. Uzlaştırmacı olabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak gerekmemekte ancak 18 yaşından büyük olmak ve en az otuz saatlik temel bir eğitimi başarı ile tamamlamak gerekmektedir. Uzlaştırma sürecinin gizliliği hem sürece katılan taraflar için hem de süreçte görev yapanlar söz konusudur. Taraflardan biri, karşı tarafın rızası bulunmaksızın, uzlaşmaya ulaşmak amacıyla süreç sırasında ileri sürdüğü beyanlara uzlaştırma sürecinden sonraki soruşturma veya davada dayanamaz.

Avrupa ülkeleri arasında cezai arabuluculuğu uygulayan en eski ülkelerden olan Finlandiya, uygulamanın yapıldığı her dönemde diğer Avrupa ülkelerinden daima önde icra etmiş ve etmektedir. Suç istatistiği bakımından en az kriminal istatistiğe sahip ülkelerden olan Finlandiya, ceza yargı sisteminin dışında fail-mağdur arabuluculuğunu en iyi uygulayan ülkelerdendir.

KAYNAKÇA

ÇETİNTÜRK, Ekrem, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

DEĞİRMENCİ, Olgun, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

ELONHEIMO, Henrik, “*Restorative Justice Theory and the Finnish Mediation Practices*”, https://www.academia.edu/19043952/Restorative_Justice_Theory_And_The_Finnish_Mediation_Practices , erişim tarihi: 08.05.2026.

ERVASTI, Kaijus; “*Past, Present and Future of Mediation in Nordic Countries*”, Nordic Mediation Research, Springer, Anna Nylund-Kaijus Ervasti-Lin Adrian (ed.), Cham, 2018.

ESKELINEN, Ossi – **IIVARI**, Juhani, “*Victim-Offender Mediation with juvenile offenders in Finland*”, Victim-Offender Mediation With Youth Offenders In Europe, An Overview and Comparison of 15 Countries, Edited By Anna **MESTITZ**-Simona **GHETTI**, Dordrecht, 2005.

IIVARI, Juhani, “*Victim-Offender Mediation*”, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, Leuven, 2000.

KARABAY, Huzeyfe, Türk Ceza Hukuku ve Uluslararası Hukuk Sistemleri Açısından Uzlaştırma, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2019.

LAITINEN, Riikka, “**Finland Report**”, The DRAMP Project: Diversion, Restorative and Mediation Procedures: National Reports, Perugia, Italy, 2022, <https://www.dramp.eu/wp-content/uploads/2022/08/D3-DRAMP-National-reports.pdf>, erişim tarihi: 08.05.2026.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio, “*Finland*”, in Frieder **DÜNKEL** / Joanna **GRZYWA-HOLTEN** / Philip **HORSFIELD** (eds.), Restorative Justice and Mediation in Penal Matters: A Stock-taking of Legal Issues, Implementation Strategies and Outcomes in 36 European Countries, Vol. 1, Forum Verlag Godesberg, 2015.

MİERS, D. - **WILLEMSSENS**, J., Mapping Restorative Justice: Developments in 25 European Countries, Leuven, 2004.

OĞUZ, Emrah, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaştırma, Yüksek Lisans Tezi, Çag Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2020.

ÖZEROĞLU, Alev, Türk ve Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2023.

PAASONEN, Jyri, “*Mediation in Criminal Cases in Finland*”, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2023, <https://osuva.uwasa.fi/items/9df02401-7140-4965-a0b4-9e88c3209f5d> , erişim tarihi: 08.05.2026.

TEMİZ, Fatih, Onarıcı Adalet Kapsamında Uzlaştırma ve Uzlaştırmacı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2025.

2005 tarih ve 1015 sayılı Ceza ve Bazı Sivil Davalarda Uzlaşma Kanunu’nun İngilizce metni için bkz. <https://www.finlex.fi/en/legislation/translations/2005/eng/1015>, erişim tarihi: 08.05.2026.

PETROL KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Av. Prof. Dr. Tunay KÖKSAL
Av. Tuğba DÜZLEME

Ülkemizde akaryakıt kaçakçılığı oldukça yaygın bir suç türü olup, bu fiil esas itibarıyla 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında değerlendirilmektedir. Zira kaçakçılık fiillerini ve bu fiillere uygulanacak yaptırımları düzenleyen temel kanun 5607 sayılı Kanun'dur. Bununla birlikte, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ile bu Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik yapan 5576 sayılı Kanun'da da 5607 sayılı Kanun'a açıkça atıf yapılmıştır. 5015 sayılı Kanun'da ise petrol piyasasının işleyişine ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, akaryakıt piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi bakımından önem arz eden bazı kavramlara yer verilmiş; özellikle lisanssız faaliyet, kaçak petrol ve tağşiş gibi fiiller tanımlanmış, bu fiillere bağlanan idari ve cezai yaptırımlar da ayrıca belirlenmiştir. Dolayısıyla, akaryakıt kaçakçılığına ilişkin hukuki değerlendirmelerde 5607 sayılı Kanun'un yanı sıra 5015 sayılı Kanun hükümlerinin de birlikte ele alınması, fiilin niteliğinin doğru tespiti ve uygulanacak yaptırımın belirlenmesi açısından zorunludur.

Kaçakçılık konusu esas olarak 5607 Sayılı Kanun'da düzenlendiğine göre kaçak petrolün 5015 Sayılı Kanun'da yeniden düzenlenmesinin uygulamada önemli sorunlara ve karışıklıklara neden olduğu anlaşıldığından dolayı 6455 sayılı kanunla bu fiillerde 5607 Sayılı Kanunu'nun 3. maddesi içine alınmıştır. Konu ve tanımlar yönünden birçok açıdan kolaylıklar sağlanmıştır. Kaçak petrol, akaryakıt ve benzeri konular üzerinde aşağıda durulacaktır. Tanımların yapılmasından sonra 5607 Sayılı Kanun'a atıfta bulunulması kanun tekniği açısından sağlıklı olacağı şüphe götürmez bir gerçektir.

Kanunların hazırlanmasında kamu bürokrasisi ile kurumlar arasında yeteri kadar eş güdüm sağlanamamaktadır, aksaklıklar da bundan kaynaklanmaktadır. Yine de bu kısımda kaçak petrol ile ulusal marker

konusu ve 5607 Sayılı Kanun’la bağlantılarını ortaya konmaya çalışılacaktır.

Bu çalışma, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu arasında ortaya çıkan normatif çatışmanın, ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesini ve uygulamada birlik sağlayacak yorum yöntemlerinin ortaya konulmasını amaçlamaktadır.

1. 5015 SAYILI PETROL PİYASASI KANUNUNDAKİ DÜZENLEMELER

a. Amaç ve Kapsam

5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu amaç ve kapsamı 1’nci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre kanunun amacı yurt içi ve yurt dışı kaynaklardan temin olunan petrolün doğrudan veya işlenerek güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin şeffaf, eşitlikçi ve istikrarlı biçimde sürdürülmesi için yönlendirme, gözetim ve denetim faaliyetlerinin düzenlenmesini sağlamaktır.

b. 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanununda yer alan bazı kavramlar

Kanunun 2’nci maddesinde tanımlar ve kısaltmalar başlığı altında bazı kavramların tanımları yapılmıştır. Konumuzla ilgisi açısından çok önemli görülen kavramlara burada yer verilecek ve kanuna uygun tanımları açıklanacaktır.

aa) Akaryakıt: Benzin türleri, nafta (ham madde, solvent nafta hariç), gaz yağı, jet yakıtı, motorin türleri, fuel oil türleri ile kurum tarafından belirlenen diğer ürünler.

bb) Akaryakıt istasyonu: Dağıtıcı veya bunlarla tek elden satış sözleşmesi yapmış bayilerce ilgili mevzuata uygun (teknik, kalite ve güvenlik) olarak kurulup, bir veya farklı alt başlıktan birer akaryakıt dağıtıcısının tescilli markası altında faaliyette bulunan ve esas itibarıyla araçların akaryakıt, madeni yağ, otogaz LPG, temizlik ve ihtiyari olarak bakım ile kullanıcıların tüplü LPG hariç diğer asgari ihtiyaçlarını karşılayacak imkânları sunan yerleri,

cc) Akaryakıtla harmanlanan ürünler: Metil Tersiyer Bütül Eter (MTBE), Etanol vb. (yerli tarım ürünlerinden denatüre olarak üretilenler ile bio dizel hariç) akaryakıt ile eşdeğer vergiye tabi olan ve olacak ürünleri,

dd) Bayi: Bayilik faaliyeti için gerekli donanımına sahip gerçek ve tüzel kişileri,

ee) Bayilik: Karşılıklı yükümlülüklerin ekinde fizibilite olan bir sözleşmeye bağlanarak akaryakıt dağıtım şirketleri tarafından gerçek ve tüzel kişilere akaryakıtın kullanıcılara ikmal yetkisi verilmesi işlemini,

ff) Dağıtıcı: Akaryakıt dağıtım yetkisi olan ve lisansına işlenmesi halinde depolama, taşıma, ihrakiye ve madeni yağ üretimi işlemleri yapabilen sermaye şirketini,

gg) Dağıtım: Serbest kullanıcılara akaryakıt toptan satışı ve ikmal dahil bayilere akaryakıt satış ve ikmal faaliyetlerinin bütünü,

hh) İhrakiye: Ülkenin karasuları ve/veya karasuları bitişiğinde deniz vasıtalarına veya hava meydanlarında yerli ve yabancı uçaklara vergili veya vergisiz sağlanan akaryakıtı ve madeni yağı,

ii) İletim: Boru hattı vasıtasıyla petrolün taşınması işlemini (üreticilerin rafineriye veya iletim hattına ulaşan boru hatları ile tesislerin bünyesinde yer alan boru hatları hariç),

jj) İşleme: Petrol ve diğer kimyasal maddelerden madeni yağ üretimi hariç yeni ürünler elde edilmesine ve/veya ürünlerin nitelik veya niceliğinin değiştirilmesine ilişkin işlemleri,

kk) İşlemeci: Lisansı gereği işleme faaliyetini yapma hakkı verilmiş sermaye şirketini,

ll) Katkı maddeleri: Akaryakıt ürünlerinin özelliklerini iyileştirmeye matuf organik ve inorganik maddeleri,

mm) Kullanıcı: Petrol kullanımı yapan gerçek ve tüzel kişileri,

nn) Lisans: Bu Kanuna göre gerçek ve tüzel kişilere piyasada faaliyet gösterebilmeleri için Kurul tarafından izin verildiğini gösterir belgeyi,

oo) Lisanslı depolama: Piyasa faaliyetinde bulunanların stok ve işletme ihtiyaçlarını gidermek üzere başkasının mülkiyetindeki petrolün depolanması işlemini,

öö) Madeni yağ: Baz yağına veya kimyasal sentez yöntemi ile işlenen maddelere, bazı katkıların ilavesi sonucu, hareketli ve temas halinde olan iki yüzey arasındaki sürtünme ve/veya aşınmayı azaltma veya soğutma özelliği- ne sahip mamul haline getirilen doğal veya yapay maddeleri,

pp) Piyasa faaliyeti: Petrolün; ithalini, ihracını, rafinajını, işlenmesini, depolanmasını, iletimini, ihrakiye teslimini, taşınmasını, dağıtımını, bayiliğini,

rr) Rafinaj: Ham petrolden başlayarak yeni ürünler elde edilmesine ilişkin işlemleri,

ss) Rafinerici: Lisansı gereği rafinaj faaliyeti yapma hakkı verilmiş, petrol ticareti yapan sermaye şirketini,

şş) Solvent: Kimya ve sanayi tesislerinde tüketilen ve/veya yeni kimya ve sanayi mamulleri üretiminde kullanılan petrol ürünlerini,

tt) Taşıyıcı: Taşıma faaliyeti yapan gerçek ve tüzel kişileri,

uu) Teknik düzenleme: Petrolün ve madenî yağın, ilgili idarî hükümler de dahil olmak üzere, standartları, ölçüleri, özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olan her türlü düzenlemeyi,

üü) Transit taşıma: Başka bir ülkeden gelen petrolün başka bir ülkeye Türkiye üzerinden kara ve deniz yolu ile taşınmasını,

vv) Üretim: Petrolün çıkarılmasını, ön işlenmesi ile saha dahilinde veya civarında bulunan depolara, iletim hattına veya rafineriye boru hattı ile taşınmasını veya depolanmasını,

yy) Ürün: Fiziksel veya kimyasal işlem, rafinaj veya diğer yöntemlerle ham petrol ve/veya ürünlerinden elde edilen ürün veya ara ürün herhangi bir hidrokarbonu ifade etmektedir.

2. PETROL

Enerji, sanayi, ulaştırma, tarım ve konut alanlarında yoğun olarak petrol kullanılmaktadır. Esasen petrol yer altından çıkarılan ve doğal halde bulunan petrolü ifade etmektedir. Konumuz akaryakıt kaçakçılığı olduğundan dolayı petrol tarihi ve kimyasal niteliğı üzerinde durulmayacaktır.

Petrolün enerji kaynağı olması yanında ülkelerin stratejilerini düzenlemeleri ve ekonomik ve politik güçlerini kullanmaları yönünden de büyük anlam ve önemi vardır. Bugün için en önemli stratejik kaynak olarak kabul görmektedir.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 2/14. maddesinde ham petrol; yeraltından çıkarılan sıvı hâlde doğal hidrokarbonlar olarak tanımlanmıştır. Ham petrol, rafinasyon süreçlerinden geçirilmek suretiyle çeşitli işlemlere tabi tutulmakta ve bu süreçler sonucunda farklı kullanım alanlarına sahip çok sayıda yan ürün elde edilmektedir. Bu çalışmanın konusunu akaryakıt kaçakçılığı oluşturduğundan, petrol türevlerinin tamamı yerine yalnızca konu ile doğrudan bağlantılı kavramlar üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, öncelikle “petrol” ve “akaryakıt” kavramlarının hukuki tanımları ortaya konulacak; akabinde ise “kaçak petrol” kavramı ayrı bir başlık altında değerlendirilerek incelenecektir.

a. Petrol

5015 Sayılı Kanunu'nun 2/33 maddesinde petrolün tanımı yapılmıştır. Buna göre petrol bu maddenin 5, 14 ve 44 numaralı bentlerinde tanımlananları ifade etmektedir. Ham petrol başlı başına petrolü ifade için kullanılmamaktadır. Çünkü ham petrolün rafinaj edilmesi gerekmektedir. Rafinaj işlemi ham petrolden başlayarak yeni ürünler elde edilmesine ilişkin işlemleri ifade için kullanılır. Rafinaj için rafinerici gereklidir. Rafinerici de lisansı gereğı rafinaj faaliyeti yapma hakkı verilmiş petrol ticareti yapan sermaye şirkettir.

Rafinaj faaliyetleri sonucunda petrol elde edilebilmektedir. Bu anlamda elde edilen ürünlerin çeşitliliğı göz önüne alındığında petrol kelimesinin anlam ve önemi daha da büyümektedir.

Hukuki sonuçları itibariyle bu konular çok önemlidir. Gerek kaçakçılık kanunu yönünden ve gerekse petrol piyasası kanunu yönünden elde

edilen ürünün niteliği, cinsi, miktarı, değeri ve bunların ne şekilde piyasaya sürüldüğü son derece önem taşımaktadır.

Piyasaya sunulan petrolün kanunda belirtilen nitelikte olup olmadığı, katkı maddelerinin varlığı, bunların yine kanunlarda belirtilen ölçülere uygun bulunup bulunmadığı hususlarının da teknik olarak bilinmesi zorunludur. Esasen hukuki sonuçları da buna göre şekillenmektedir. Şimdi petrolün ne olduğunu ortaya koymak gerekir.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’nun 2/33. maddesinde, “petrol” kavramının, aynı maddenin 5, 14 ve 44 numaralı bentlerinde tanımlanan unsurları kapsadığı ifade edilmiştir. Bu bentlerin incelenmesi neticesinde; 5. bentte “akaryakıt”, 14. bentte “ham petrol” ve 44. bentte ise “ulusal marker” kavramlarının tanımlandığı görülmektedir. Bu itibarla, kanun koyucunun “petrol” kavramını dar anlamda yalnızca ham petrol ile sınırlı tutmadığı; akaryakıt ve ulusal marker gibi unsurları da kapsayacak şekilde geniş bir çerçevede ele aldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, petrol kavramı, anılan bentlerde yer alan tüm bu unsurları içine alan üst bir kavram niteliğindedir.

Akaryakıt

Akaryakıtın tanımı 5015 Sayılı Kanunu’nun 2/5 maddesinde yapılmıştır. Buna göre akaryakıt benzin türleri, nafta, gaz yağı, jet yakıtı, motorin türleri, fueloil türleri ile kurum tarafından belirlenen diğer ürünleri kapsamaktadır. Akaryakıtın bu niteliği itibarıyla akaryakıt istasyonu, harmanlanan ürünler, akaryakıt bayiliği, akaryakıtın dağıtımı, kullanıcıları, işletmecisi, akaryakıtın katkı maddeleri, akaryakıt depolanması hususları da yine 5015 Sayılı Kanunu’nun 2’nci maddesinin fıkralarında açıklanmış bulunmaktadır. 5607 Sayılı Kanunu’nun 2/c maddesinde de aynı şekilde akaryakıt tanımı yapılmıştır (6455 s.k.)

Ham petrol

5015 sayılı Kanun sistematigi içerisinde ham petrol, “petrol” kavramı kapsamında mütalaa edilmiştir. Bu yaklaşım, doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından isabetli olup, kavram birliğinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Nitekim 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’nun 2/14. maddesinde ham petrol; yeraltından çıkarılan, sıvı hâlde bulunan doğal hidrokarbonlar olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde ham

petrolün, petrol kavramının temel bileşenlerinden biri olduğu açıkça ortaya konulmaktadır.

Ulusal marker

5015 Sayılı Kanunu'nun 2/44 maddesinde ulusal marker akaryakıt rafineri çıkışında veya gümrük girişinde eklenecek katkıyı ifade etmek için kullanılmıştır.

Kanunun 18'nci maddesine göre rafinericiler ve dağıtıcılar yurt içinde pazarlayacakları akaryakıt rafineri çıkışında veya gümrük girişinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun belirleyeceği şart ve özellikle marker eklemek zorundadır.

Ulusal marker kurumca belirlenen usul ve esaslara göre rafinerici ve dağıtıcılarca akaryakıt eklenmek üzere teslim edilmektedir.

Rafinerici lisans almış, bu lisansa dayalı rafinaj yapma hakkı verilmiş petrol ticareti yapan sermaye şirkettir, yani rafinerici ham petrolden başlayarak yeni ürünler elde edilmesine ilişkin işlemleri yaptığı gibi petrolün ticaretini de yapmaktadır.

Dağıtıcılar da akaryakıt dağıtım yetkisi olan ve lisansına işlenmesi halinde depolama, taşıma, ihrakiye ve madeni yağ üretim işlemlerini yapan sermaye şirkettir. Serbest kullanıcılara akaryakıt toptan satışı ve ikmal dahil bayilere akaryakıt satış ve faaliyetlerini de yerine getirmektedir.

b. Kaçak petrol

Tanımı

Kaçak petrolün tanımı 5015 Sayılı Kanunu'nun 2/21'nci maddesinde yapılmıştır. Buna göre kaçak petrol:

- Kurumca belirlenen seviyede ulusal marker içermeyen akaryakıtı,
- Yasal yollarla Türkiye'de serbest dolaşıma girdiği belgelendirilemeyen veya menşei belli olmayan petrolü ve petrol ürünlerini,
- Kurumdan izin alınmadan akaryakıt haricinde kalan solvent, madeni ve baz yağ, asfalt, solvent nafta ve benzeri petrol ürünlerinden elde edilen akaryakıtı, ya da akaryakıtı dönüştürmek maksadıyla kullanılan veya bulun- durulan akaryakıt haricinde

kalan solvent, madeni ve baz yağ, asfalt, solvent nafta ve benzeri petrol ürünlerini,

- Kaçakçılıkla mücadele kanununa göre kaçak olan petrolü ve petrol ürünlerini,
- Sıvı veya gaz halindeki hidrokarbonlarla, hidrokarbon türevi olan yakıtları nakleden boru hatlarından veya bunların depolarından veya kuyulardan yasalara aykırı şekilde alınan petrolü ve petrol ürünlerini ifade etmektedir.

Her ne kadar bu Kanun'da, yasal yollarla Türkiye'de serbest dolaşıma girdiği belgelendirilmeyen veya menşei belli olmayan petrol ve petrol ürünleri de kaçak petrol olarak tanımlanmış ise de, esasen bu durumda bulunan eşya veya malın kaçak niteliğinde olduğu Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda da hükme bağlanmıştır. Belirtilen hususların hemen hepsi kaçakçılığın kanuni unsurlarıdır. Menşei belli olmayan bir malın Türkiye'de bulunması durumunda, usulüne göre el konularak menşei araştırması yapılmaktadır. Menşei araştırması tamamen belgeye dayalı olmak zorundadır. Yabancı menşeli bir malın Türkiye'ye gümrük kapılarından getirildiğinin belirtilmesi halinde, buna ilişkin araştırma yapılmakta ve tüm belgeler getirilmektedir. Bu belgeler, ithalata ilişkin olabileceği gibi, ithalat gerçekleştirildikten sonra malın satın alınmış veya nakledilmiş olması hallerinde de bu işlemlere ilişkin faturaların, irsaliyelerin, defter kayıtlarının ve sair belgelerin bulunması zorunludur. Zira eşyanın menşei de ancak bu şekilde tayin ve tespit edilebilmektedir.

Öte yandan, eşyanın belirlenen gümrük kapıları dışından da Türkiye'ye getirilmiş olması mümkündür, bu halde de yine kaçakçılık söz konusu olacaktır.

Petrol ile ilgili lisansların usul ve esasları

5015 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesinde petrol ile ilgili olarak lisansların tabi olacağı usul ve esaslar tespit edilmiştir. Petrol faaliyetinin yapılabilmesi için kanunun belirttiği şekilde lisans alınması gerekir. Petrol ile ilgili olarak rafinaj, işleme, madeni yağ üretimi, depolama, iletim, serbest kullanıcı ve ihrakiye faaliyetlerinin yapılması ve bu amaçla tesis kurularak işletilmesi ve akaryakıt dağıtımı, taşınması ve bayilik faaliyetlerinin yapılması için mutlaka lisans alınmalıdır. Lisanslar gerçek veya

tüzel kişiler adına verilmelidir. Bunlar Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olacak şekilde faaliyette bulunmaktadır.

Petrol ile ilgili lisans alan kişi ya da kuruluşların 4, 5, 6, 7, 8 ve 9'ncü maddeye göre hak ve yükümlülükleri mevcuttur. Yeri geldiğinde bunlar üze- rinde ayrı ayrı durulacaktır.

Lisans sahiplerinin temel hak ve yükümlülükleri 5015 Sayılı Kanunu'nun 4'ncü maddesinde tespit edilmiş olup, lisansın sahibine lisansta yer alan faaliyetin yapılmasıyla bu konularda taahhütlere girişilmesi haklarını verdiği hükme bağlanmıştır. Lisans ile tanınan haklar kanunun ve lisansta yer alan kayıtlı hususların yerine getirilmesi koşulu ile kullanmaktadır. Piyasa faaliyetinde bulunanlar kötü niyet ve tehlikeli eylem sonucunu doğuracak her türlü işlemde özenle kaçınmak zorundadır.

Taşıma, işleme, depolama, iletim, madeni yağ üretimi, serbest kullanıcı ve ihrakiye bayii konularının 5015 Sayılı Kanunu'nun 6'ncı maddesindeki atıflara göre anılan kanunun 2'nci maddesinin 16, 18, 19, 28, 29, 36 ve 38 numaralı bentlerinde tanımlanan lisanslara uygulanacak değerlendirme kriterleri ve lisansın verilmesini gerektirecek teknik ve mali şartların araştırılması sonucu kurumca belirleneceği tespit edilmiştir.

Ayrıca dağıtıma ilişkin esaslar 7'nci maddede hüküm altına alınmıştır. Buna göre, dağıtıcı lisansı sahipleri akaryakıt olarak tanımlanan ürünlerinin dağıtım hakkına sahip olurlar. Dağıtıcı lisansı sahipleri kendi mülkiyetlerin- deki veya sözleşmelerle oluşturacakları bayilerinin istasyonlarına akaryakıt dağıtımının yanı sıra serbest kullanıcılara akaryakıt toptan satışı ve depolama tesislerinin yakınındaki tesislere boru hatları ile taşıma faaliyetinde bulunabilirler. Dağıtıcılar başka akaryakıt dağıtıcılarının bayilerine dağıtım yapamazlar.

Dağıtıcı lisansı sahipleri kurum tarafından belirlenen esaslara uygun olarak bayilerinde kaçak petrol satışının yapılmasını önleyen teknolojik yöntemleri de içeren bir denetim sistemi kurmak ve uygulamakla yükümlüdürler.

Akaryakıt haricinde kalan petrol ürünleri (solvent, madeni ve baz yağ, solvent nafta ve benzeri) ile ilgili ithalat ve ihracat dahil faaliyetler kurumun hazırlayacağı düzenlemelere göre yapılır.

Akaryakıtların 4'ncü maddenin 4'ncü fıkrasının (1) bendinde belirtildiği üzere belirlenen teknik düzenlemelere uygun olmayanları

faaliyete konu edilemez. 4'ncü maddenin (1) fıkrasında belirtildiği üzere piyasa faaliyetlerinde kurumun belirlediği teknik düzenlemelere uygun akaryakıt sağlamak lisans sahiplerinin yükümlülükleri arasındadır.

Fabrika, şantiye, nakliye filosu işletmeleri ve benzeri kendi ihtiyaçları için depolama imkânı ve kendi araçlarına akaryakıt ikmal kapasitesi olan yerler hariç araçlara yapılacak akaryakıt ikmali, bayilik lisansı ve yeterli donanımı olan akaryakıt istasyonu dışında yapılamaz.

Rafinericiler evsafına uygun ürün teslim etmek ile yükümlü oldukları gibi dağıtıcı ve bayiler de akaryakıtların kullanım amacını, niteliğini, niceliğini değiştirmemekle yükümlü bulunmaktadırlar.

Kaçak petrolün tespiti ve el konulması

5015 Sayılı Kanunu'nun Ek 3 maddesinde kaçak petrolün tespit ve tasfiyesine ilişkin 5576 Sayılı Kanun'la yeni hükümler getirilmiştir. Buna göre kaçak petrolün bu kanun hükümleri dışında satışa arz edilmesi, satılması, bulundurulması ve bu özelliğini bilerek ticari amaçla satın alınması, taşınması veya saklanması yasaktır.

Kaçak petrol yakalandığında derhal el konulur ve yakalandığı ildeki İl Özel İdaresine cins ve özellikleri ile miktarını gösteren bir tutanakla tespit edilir.

Kaçak petrole 5271 Sayılı CMK'nın 127'nci maddesi hükmüne göre Hâkim kararı ile veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, ona ulaşamadığı durumlarda kolluk amirlerinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından el koyma işlemi gerçekleştirilebilir.

Kaçak petrolün soruşturulması kapsamında kaçak zanıyla el konulan ve yapılan araştırmalar sonucunda da kaçak petrol olduğu kanaat ve sonucuna varılan ürün suç delilleri ve şüphelilerin suç ortakları ile birlikte kaçak petrol tespit tutanağı ile bir düzenleme yapılır. Bu tutanakta başından sonuna kadar kaçak petrole el koyma sürecindeki gelişmeler, olayın ortaya çıkarılması, istihbarat çalışmaları tamamen ayrıntılı bir şekilde kaydedilir. Kaçak petrol tespit ve el koyma tutanağında elde edilen somut deliller karşısında kaçakçılık suçunun hukuki, maddi ve manevi unsurları açık ve net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Ayrıca bu tutanakta aramaya ilişkin hakim kararı, hakim kararının bulunmaması halinde mülki amirin veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin tarih ve sayısı,

olayın ne olduğu ve kanıtları, şüphelilerin açık kimlikleri ve adresleri, kaçak petrolün cinsi, nevi, nitelik ve niceliklerine ilişkin sayım ve tespit bilgileri, nakil aracının markası, plakası, şase numarası ile yüküne ilişkin TIR karnesi, konişmento ve yük beyannamelerinin tarih ve sayıları, araçların özel tertibatlı gizli bölümlerinin bulunup bulunmadığı tek tek yazı-lararak tutanağa geçirilmesi gerekmektedir.

Kaçak petrolün sahipli olması halinde bu tutanağın mutlaka sahibi-nin huzurunda yapılması zorunludur.

Kaçak petrolle ilgili sayım ve tespitin olay mahallinde yapılmasının mümkün bulunmadığı durumlarda ürün mühür altına alınarak tespitleri de merkezde yapılmak üzere sahibiyile birlikte ilgili merkeze getirilir.

Burada yukarıda belirtildiği şekilde gerekli tutanak tutularak her sayfası ilgililerce imza altına alınır.

Güvenlik güçlerince düzenlenen kaçak petrol tespit ve el koyma tu-tanağı, tutanağın lisans sahibi kişiler hakkında düzenlenmiş olması ha-linde ivedi olarak, lisans sahibi olmayan kişiler hakkında düzenlenmiş olması halinde ise 5015 Sayılı Kanunu'nun Ek 5'nci maddesinin 1'nci fıkrası uyarınca yapı-lan yargılamanın kesinleşmesi sonucunda kuruma gönderilir.

Kaçak petrolün muhafazası ve tasfiyesi

5015 Sayılı Kanunu'nun Ek 3 maddesinde ayrıca kaçak petrolün tasfiyesi de hüküm altına alınmıştır. Kaçak petrol hakkında tasfiye kararı soruşturma evresinde Hâkim tarafından verilmektedir. Bu karar kaçak petrole el konulduğu tarihten itibaren 15 gün içinde eşya dan numune alınmasının mümkün olduğu durumlarda numune alınarak, mümkün ol-maması halinde ise gerekli tespitler yaptırılarak verilir.

Kaçak petrolün ilgili İl Özel İdaresine teslim edilmesinden sonra İl Özel İdaresi tarafından kanun hükümlerine uygun olarak tasfiyesi yapı-lır. Teknik düzenlemelere uygun olan kaçak petrol kurum tarafından be-lirlenen usul ve esaslara göre İl Özel İdaresi tarafından bir ay içinde açık arttırma ile satışı yapılarak tasfiye edilir.

Yargılamanın tasfiye edilen kaçak petrolün sahiplerinin lehine so-nuçlanması halinde toplam satış bedelinden vergiler düşüldükten sonra kalan tutar satış tarihinden kararın kesinleştiği tarihe kadar geçen süre

için kanuni gecikme faizi oranında hesaplanan faiz ilave edilmek suretiyle hak sahibine ödeme yapılır.

Kaçak petrole ilişkin mahkûmiyet hükmü veya müsadere kararı kesinleşenler kurum tarafından varsa lisansları iptal edilerek kamuoyuna ilan edilir, yeniden bu kişilere lisans verilmez.

Ek 3 maddeye göre bu madde kapsamında teminatla iade hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Kaçak petrole ilişkin olarak bu kanunda yer almayan hususlarda 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümlerinin uygulanacağı yine Ek 3'ncü maddede hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Görülüyor ki, kaçak petrolün muhafaza ve tasfiyesi teferruatlı bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Kaçak zannıyla ele geçirilen petrol ürünleri yukarıda değinildiği gibi düzenlenen kaçak petrol tespit ve el koyma tutanağı ile birlikte uygun şartlarda korunmak üzere İl Özel İdaresine teslim edilmektedir.

Taşıtlarda ele geçirilen kaçak petrolün sabit yerlerde muhafaza imkânı bulunmaması durumunda gerekli güvenlik tedbirleri alınarak ele geçirilen taşıtın deposunda mühürlenmek suretiyle bırakılabilir, ancak taşıtların bu şekilde kullanılmasından doğacak ve güvenlik, bakım dahil her türlü masrafları İl Özel İdaresince karşılanmalıdır.

İl Özel İdareleri tarafından muhafaza edilen kaçak petrol ürünlerinin muhafaza koşulları alınan numunelerin test ve analizlerine ilişkin laboratuvar sonuçlarına göre yeniden belirlenmektedir.

Seyyar kontrol cihazı ile yapılan ulusal marker sonuçlarına itiraz edilmiş ve laboratuvar raporunda ulusal marker seviyesinin yeterli görüldüğü belirtilmiş ise bu numunenin alındığı ürün sahibine teslim edilmek üzere ayrı şartlarda muhafaza edilir. Esasen ürün sahibi bu ürünü teslim almadan önce numune alma ve analiz yapma hakkına da sahip bulunmaktadır.

Ulusal marker seviyesi yeterli bulunmayan akaryakıt ürünlerinde laboratuvar sonuçlarına göre teknik düzenlemelere uygun olduğu belirlenenler tasfiye kararı verilinceye kadar ayrı koşullarda saklanmaya devam edilir. Tasfiye kararı alındıktan sonra müstakil muhafaza imkânı bulunmayan söz konusu ürünlerden nevi ve nitelikleri aynı olanların teknik

özellikleri bozulmayacak, ekonomik olarak piyasaya düşmeyecek ve alıcılar tarafından kabul edilmelerine engel olmayacak şekilde birleştirilmek suretiyle saklanması yoluna gidilebilir.

Teknik düzenlemelere uygun olmadığına dair analiz raporu verilen ürünler de tasfiye kararı verilinceye kadar ayrı koşullarda saklanır. Tasfiye kararı verildikten sonra yine yukarıdaki şartlara göre saklanmasına devam edilebilir.

Kaçak petrol naklinde kullanılan taşıtlar

Kaçak petrolün naklinde kullanılan taşıtlar hakkında 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun hükümleri uygulanır.

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 10'ncu maddesi kaçak eşya naklinde kullanılan taşıta el koyma konusunu düzenlemiştir. Buna göre bu kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara CMK'nın 128'nci maddesinin 4'ncü fıkrası hükmüne göre el konulmaktadır.

Maddenin 2'nci fıkrasına göre 5607 Sayılı Kanunu'nun 13/1-a bendi kapsamına girmesi halinde aracın Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde el konulan araç alıkonulur. Sahibinin aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren 30 gün içinde gümrük idaresi- ne teslim etmesi halinde araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye edilir.

5607 Sayılı Kanunu'nun 13'ncü maddesinde kaçak eşya taşınmasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiği tespit edilmiştir. Buna göre kaçak eşyanın suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması gerekmektedir.

İkinci olarak kaçak eşyanın taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin bu aracın kullanılmasını gerekli kılması zorunludur. Öte yandan, taşıma aracındaki kaçak eşyanın Türkiye'ye girmesi veya

Türkiye’den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması gerekmektedir.

Bu genel açıklamalar ışığında akaryakıt kaçakçılığının ne şekilde yapıldığını ve unsurlarını ele almak gerekmiştir.

5015 Sayılı Kanun’da petrolün, kaçak petrolün ve akaryakıtın ayrı ayrı tanımları yapılmış bulunmaktadır. Kanunun 2/21 maddesinde kaçak petrol ifadesi kullanılmış, ayrı ayrı sıklar halinde hangi konuları kapsadığı açıklanmıştır. Kaçak petrol ve akaryakıt ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde akar- yakıt kaçakçılığının konusu ortaya çıkmaktadır.

5015 Sayılı Kanunu’nun 2/21’nci maddesine göre kurumca belirlenen seviyede ulusal marker içermeyen akaryakıt kaçak petrol niteliğindedir. Kanuna göre akaryakıt ulusal markerin katılması mecburidir. Ulusal markerin katılmadığı akaryakıtın bulundurulması, depolanması, satılması, taşınması ve bilerek satın alınması ve kullanılması 5607 Sayılı Kanun’daki genel esaslar doğrultusunda değerlendirildiğinde akaryakıt kaçakçılığı suçunu oluşturmaktadır.

Burada kanunun amir hükmüne aykırı davranılmış, ulusal marker kullanılmamıştır. Suçun kanuni unsuru bu şekilde gerçekleşmiş olmaktadır. Bu durumda akaryakıtın bulundurulması, satılması ve taşınması kanun gereği yasaktır.

Başka bir akaryakıt kaçakçılığı şekli de ulusal markerin öngörülen seviyede olmamasıdır. Kanun ilgili kurumu yetkili kıldığından dolayı akaryakıt katılacak marker oranını da kurum belirlemektedir. Bu hususa uyulmaması da suç olmaktadır. TÜBİTAK dışında marker alınması yasaklanmıştır.

Menşei belli olmayan akaryakıt bulundurulması, taşınması ve satılması da akaryakıt kaçakçılığıdır. Akaryakıt ithal edilmiş ise yasal yollarla Türkiye’ye getirilmiş olmalıdır. Burada yine birkaç durumdan söz etmek mümkündür.

Akaryakıt ithalinde gümrük işlemleri yapılmamıştır. Dikkat edildiği takdirde bu genel hüküm 5607 Sayılı Kanun’da yer almaktadır. Dolayısıyla eylem akaryakıt kaçakçılığı suçunu oluşturmaktadır.

Akaryakıtın sahte belge kullanılması suretiyle ithaline teşebbüs edilmesi veya ithal edilmesi durumunda yine eylem gerçekleşmektedir.

Bu konu da 5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesinde yer almış bulunmaktadır.

Diğer bir konu akaryakıtın gümrük dışı yollardan ülkeye getirilmiş olmasıdır. Bu durumda yine menşei tespiti mümkün değildir.

Lisans sahibi olmadan akaryakıt üretimi, depolanması, taşınması ve dağıtımı ile bayiliğinin yapılması durumlarında aynı eylem ortaya çıkar. Kanunun belirlediği usul ve esaslar dahilinde belli konularda lisans alınmaktadır, lisans alınmadan faaliyette bulunulması yasaktır. Ayrıca hangi konuda lisans sahibi olunmuş ise o konuda faaliyette bulunulmalıdır.

Akaryakıtın içerisine başka maddelerin katılmış olması halinde eylem suç oluşturmaktadır. Kanunun belirlediği akaryakıtın niteliği bu suretle değiştirilmiş olduğundan haksız kazanç elde edildiği gibi vergi kaçakçılığı da söz konusu olmaktadır.

5015 Sayılı Kanunu'nun 2/21 maddesinde kaçakçılık kanununa atıfta bulunulmuştur. Buna göre Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa göre kaçak olan petrol ve petrol ürünleri kaçak petrol hükmündedir. Yukarıda belirtilen durumlarda her iki kanun eylemler açısından adeta iç içe geçmiştir. Menşei belli olmayan eşya zaten kaçakçılık kanununa göre suçtur. 5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesinde hangi eylemlerin suç oluşturacağı birinci kısımda açıklanmış olduğundan dolayı ayrıca üzerinde durulmamıştır.

Akaryakıt kaçakçılığının 5607 Sayılı Kanunu'nun 4'ncü maddesinde belirtilen şekillerde işlenmesi halinde nitelikli kaçakçılıktan bahsedilir. Akaryakıtın ekonomik değeri ölçüldüğünde genel olarak toplu ya da örgütlü olarak taşındığı ve satıldığı görülmektedir. 4'ncü maddedeki hallerde cezanın arttırılacağı hükme bağlanmıştır.

Yine akaryakıt kaçakçılığının tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde güvenlik tedbiri uygulanmaktadır.

Devletin ekonomik güvenliğini ilgilendirecek derecede akaryakıt kaçakçılığı da söz konusu olabilmektedir. Bu gibi hallerde 5607 Sayılı Kanunu'nun 4/7 maddesinde ağır müeyyideler getirilmiştir.

Ulusal markerin akaryakıt katılması ve akaryakıt kaçakçılığı ile ilgili olarak özellikle bir konuda çok dikkatli olunmalıdır. 5015 Sayılı Kanunu'nun 2/21-a maddesinde ulusal marker içermeyen akaryakıt ele

alınmıştır. Buradaki eylem kaçakçılık olup, müeyyidesi 5607 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer almıştır.

Ulusal markerin temini, kullanılması ve sair konular ise 5015 Sayılı Kanunu'nun 18'nci maddesinde açıklanmıştır. Burada kaçakçılık eylemi söz konusu değildir. Müeyyidesi de 5015 Sayılı Kanunu'nun Ek 5/2 maddesinde ele alınmıştır.

Eylemlerin bir kısmının 5015 Sayılı Kanun'da açıklanması ayrıca kaçakçılık kanununa atıfta bulunulması uygulamada tereddütlere neden olacaktır. Ceza maddelerinin fiili tanımlaması, unsurlarını belirtmesi, ceza hukukunun temel ilkesidir. Özellikle menşei belli olmayan akaryakıt, eşya ya da malın söz konusu olması hallerinde hangi kanunun uygulanacağı tereddüde sebebiyet verebilecektir. Bu eylem 5015 Sayılı Kanunu'nun 2/21-b maddesi kapsamında düşünülebileceği gibi 5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesi kapsamında da değerlendirilebilmektedir. Aynı konuyu düzenleyen adeta iki kanun mevcuttur. 5607 Sayılı Kanun genel anlamda kaçakçılık mevzuatını düzenlemiştir. Bunun yanında kaçakçılığa konu olan kaçak petrol 5015 Sayılı özel bir kanunda ele alınmıştır.

Bütün bunların ötesinde 4458 Sayılı Gümrük Kanunundaki hükümler de unutulmamalıdır.

Yargıtay 7'nci ceza dairesinde henüz bu konu ile ilgili net bir içtihat oluşmamıştır. Uygulamada kaçak akaryakıt olarak nitelenen olaylarda yapılan yargılama sonucunda verilen kararlar farklılıklar göstermektedir. Konunun kaçak akaryakıt olması veya eylemin akaryakıt kaçakçılığı olarak nitelendirilmesi sonucunda hangi kanunun uygulanacağı haklı tereddütlere yol açmaktadır. Aynı eylem 5607 Sayılı Kanun'da düzenlendiği gibi 5015 Sayılı Kanun'da da düzenlenmişti. Kaldı ki her iki kanunda tespit edilen müeyyideler de farklı idi. 5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesindeki fiillerde genel olarak hapis cezası 1-5 yıl olarak tespit edilmiştir. 5015 Sayılı Kanun'da ise kaçak petrolün cezası 5'nci maddesinde 2-5 yıl hapis cezası şeklinde düzenlenmişti.

Bu itibarla öncelikle Yargıtay 7'nci ceza dairesinin uygulamaya yol gösterecek şekilde konuyu içtihadı bağlaması gerekmektedir. Daha da önemlisi yasal düzenleme yapılarak çelişkinin bir an önce giderilmesi zorunlu görülmektedir.

Akaryakıtın yurtdışından getirilmesi halinde 5607 Sayılı Kanunu'nun uygulanması diğer hallerde 5015 sayılı Kanuna tabi tutulması gibi bir görüş de öne sürülebilir. Bu da adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı olur. Fiil ile ceza arasında bir denge kurulması ceza adaletine önemli sonuçlarından birisidir. Kaçakçılık suçunu oluşturan bir fiilden dolayı 2 ayrı uygulama yapılmasının kabul edilebilir veya hukuken savunulabilir bir yanı olamayacağı cihetle 6455 sayılı kanunla 5015 Sayılı Kanunu'nun ek 5. maddesi kaldırılmıştır.

Bu noktada, 5015 sayılı Kanun ile 5607 sayılı Kanun arasında ortaya çıkan normatif kesişim, ceza hukukunun kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından özel bir önem taşımaktadır. Aynı fiilin iki ayrı kanunda düzenlenmiş olması, uygulamada hangi hükmün uygulanacağı hususunda tereddütlere yol açmaktadır. Her ne kadar genel kanun-özel kanun ilişkisi çerçevesinde bir çözüm mümkün görünse de, her iki kanunun da belirli yönlerden özel nitelik taşıması bu ayrımı güçleştirmektedir. Kanaatimizce bu tür durumlarda fiilin ağırlık merkezi esas alınmalı; eylemin esas itibarıyla kaçakçılık suçu mu yoksa piyasa düzenine aykırılık mı oluşturduğu belirlenmelidir. Bununla birlikte, tereddüt halinde ceza hukukunun temel ilkelerinden olan lehe kanunun uygulanması ilkesi gözetilmelidir. Aksi yöndeki uygulamalar, aynı fiil nedeniyle farklı yaptırımlar uygulanmasına yol açarak hukuk güvenliğini zedeleyebilecektir.

3. ULUSAL MARKER

a. Tanımı

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu 20.12.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ulusal Marker kavramı da bu kanunla mevzuata kazandırılmıştır.

Benzin, motorin ve bunların türleri ile biyodizele bugün için yüksek teknoloji ürünü olarak kabul edilen, çıplak gözle görülmesi mümkün olma- yan, taklit edilemeyen ve gizil formülü olan kimyasal bir madde katılmaktadır. İşte bu maddeye marker denilmektedir.

Ülkemizde ulusal marker uygulaması 01.01.2007 tarihinde başlamıştır. 5015 Sayılı Kanunu'nun 2/44 maddesinde kısaca, ulusal marker akar- yakıtta rafineri çıkışında veya gümrük girişinde eklenecek katkıyı ifade ettiği belirtilmiştir.

Yine 5015 Sayılı Kanunu'nun 18'nci maddesinde ulusal markerin nasıl ekleneceği ve nasıl kullanılacağı tespit edilmiş bulunmaktadır. Buna göre:

- Yurt içinde pazarlanacak akaryakıt rafineri çıkışında enjekte edilmektedir. Zaten akaryakıt genel olarak rafinerilerden alınmakta, depolanmakta ve piyasaya sürülmektedir, o nedenle daha piyasaya sürülmeden rafineri çıkışında ulusal marker eklenmesi zorunludur.
- Yurt dışından getirilen akaryakıt gümrük girişinde marker katılmaktadır, öyle ki akaryakıtın gümrük işlemleri yapılmış ve girişi serbest bir hale gelmiştir. Buradan çıkışta doğrudan doğruya piyasaya sürülebilecektir. Dolayısıyla bu aşamada markerin katılması zorunlu görülmüştür.
- Sanayide yan ürün olarak veya diğer şekillerde üretilen akaryakıt ise henüz ticari faaliyete konu olmadan önce lisans sahibi tüzel kişilerce ulusal marker eklenmelidir.

Ulusal marker bir çeşit renklendirici olup akaryakıtın rengini etkilememekte, kimyasal bileşimini değiştirmemektedir.

Ulusal marker TÜBİTAK tarafından üretilmektedir.

b. Amacı

Ulusal marker ile akaryakıtın kanun dışı yollardan satışının engellenmesi amaçlanmıştır.

Türkiye'de akaryakıt kaçakçılığı yaygın bir şekilde görülmektedir. Ekonomik açıdan akaryakıtın üstün ve yüksek bir değer ifade etmesi sebebiyle getirisi çok fazladır. Akaryakıt piyasasında doğal olarak devlete ödenmesi gereken vergiler de söz konusudur. Kaçakçılık halinde bu vergilerin ödenmesi mümkün olmadığından vergi kaybı olmaktadır. Ayrıca eylemin suç teşkil etmesi sebebiyle ulusal markerin temel bir amacı da kaçakçılığı ve vergi kaybını önlemektir.

Yukarıda belirtildiği üzere ulusal marker halen benzin, motorin ve biyodizel ve türlerinde kullanılmaktadır.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu akaryakıt kaçakçılığını ve kalitesiz akaryakıt dağıtımını önlemek amacıyla marker üretimini

TÜBİTAK'a vermiştir. EPDK tarafından belirlenen şartlar ve özellikler doğrultusunda ürünlere eklenmektedir. Görüldüğü üzere ulusal markerin 3 temel amacı bulunmaktadır. Birincisi kanun dışı yollardan akaryakıt satışını engellemektir, yani kaçakçılığa mani olmaktır, her şeyden önce bu husus çok önemli olup suç işlenmesini önlemeye matuf bir amaç olarak görülmektedir. İkincisi vergi kaybını önlemektir. Akaryakıt piyasasının denetlenmesi kolay değildir. Ülke genelinde her alanda kullanılmakta olan ülkenin her yanına dağılmış akaryakıt pazarı oldukça geniştir. Kullanım alanı çok fazladır, doğrudan ekonomi ile ilgili olduğu için vergi yönünden büyük önem arz etmektedir.

Üçüncü amaç kalitesiz akaryakıtın dağıtımını ve kullanılmasını önlemektir. Ulusal markerin kullanılmadığı, denetimin yapılmadığı durumlarda kötü niyetli kişiler tarafından piyasaya kalitesiz akaryakıt verilmesi mümkündür. Bunun da hem teknik ve hem de ekonomik açıdan birçok sakıncaları mevcuttur. Ayrıca güvenlik açısından da büyük önemi vardır.

c. Ulusal markerin kullanım şekli, usul ve esasları

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ulusal markerin ve kontrol cihazlarının kurum adına temini ve akaryakıtı eklenmek üzere ilgili lisans sahibi tüzel kişilere teslimi ile ilgili ulusal marker uygulama faaliyetlerini düzenlemekle yükümlüdür. Ulusal markerin yurt içinde ekleneceği ürünler ve nerelerde ekleneceği yukarıda açıklanmış bulunmaktadır.

Ulusal marker yurt içindeki akaryakıt rafineri çıkışında, gümrük girişinde ilgili lisans sahibi tüzel kişiler tarafından kurumca belirlenecek şart ve özellikte ve bağımsız gözetim firması nezaretinde eklenmektedir. İlgili lisans sahibi tüzel kişiler kurumu bilgilendirmek, ilgili ve diğer mevzuata uygun olmak koşuluyla akaryakıtı kendi markerlerini ekleyebilirler. Ancak bu tür markerin ulusal marker ile etkileşime girmeyecek özellikte olması zorunlu- dur.

Öte yandan, ilgili lisans sahibi tüzel kişilerin ulusal marker ile yükümlülükleri söz konusudur. Teslim edilen ulusal markerin çalınmasına, kaybolmasına veya ziyan olmasına karşı gerekli tedbirleri almaları te- siste kurulacak enjeksiyon donanımlarını kriterlere uygun bir şekilde doğru, hassas ve izle- nebilir ölçüm sonucu alınabilecek bir biçimde teknik özelliklere sahip otoma- tik dozaj kontrolü, enjeksiyon donanımlarını

temin ve tesis etmek ve işletme emniyetini sağlamak, ulusal markerin akaryakıtta eklenmesi sırasında gerekli güvenliği almak ile yükümlüdür.

Akaryakıt ithalatı yapılan depolama tesisi lisans sahipleri ile biyodizel üretimi yapan işleme lisansı sahipleri de bu yükümlülükleri yerine getirmek mecburiyetindedirler.

Ulusal markerin kontrolü kurum tarafından yapılmaktadır. İlgili lisans sahibi tüzel kişiler tarafından ulusal marker eklenmiş akaryakıt içerisinde yeterli şart ve seviyede ulusal marker olup olmadığının kontrolü kurum personeli veya kurum adına yetkilendirilen kişilerce yapılabilir.

d. Ulusal markere aykırı davranmanın müeyyidesi

6455 sayılı kanunla 5607 Sayılı Kanunu'nun 3. maddesi kapsamına alınan müeyyide daha önce 5015 Sayılı Kanunu'nun Ek 5. maddesinde yer almaktaydı. Bu ek madde 6455 sayılı kanunla kaldırılmıştır.

e. İdari para cezaları

5015 Sayılı Kanunu'nun 18/son maddesinde numunelerde yapılacak testlerde ulusal markerin gerektiği şart ve seviyede bulunmadığı ve alınan numunelerin laboratuvar analizi ile teknik düzenlemelere uymadığı tespit edildiğinde 19'ncü madde hükümleri uygulanır denilmektedir.

18'nci maddede ulusal markerin akaryakıtta eklenmesi konusu düzenlenmiştir. Bunlara uyulmadığı takdirde 19'ncü maddede yazılı idari para cezası uygulanacaktır.

5015 Sayılı Kanunu'nun 19'ncü maddesinde, kanunun çeşitli maddelerinde yazılı hususlara uyulmaması durumunda her birine ayrı ayrı idari para cezası getirilmiş bulunmaktadır. İdari para cezalarına itiraz yolu genel hükümlere tabidir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR, MAKALELER VE RAPORLAR

AKIN, Hakan: Yeni İşim Dış Ticaret, 6. Basım, Elma Yayınevi, Ankara, Kasım 2006.

AKÇİN, R. ve YUNAR, M.: Avrupa Birliği Mevzuatında Gümrük Rejimleri ve Gümrük Rejimleri Beyanları, Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı Gümrük Kontrolörleri Yayını, İstanbul, 1994.

AKÇİN, R. ve KELEŞ, Ş.: Gerekçeli Gümrük Kanunu, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını (No:23), Ankara: İstanbul Matbaacılık, 1999.

AKÇİN, R. ve NURAL, A.: Ekonomik Etkili Gümrük Rejimleri, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını no:7 İstanbul, 1996.

AKÇİN, Remzi: Yeni Gümrük Kanunu'nun getirdikleri, Gümrük Dün- yası Dergisi, (No:24), Ankara, 2000.

AKIN, Hakan: Dış Ticarete Alternatif Para Kazanma Yolları, 5. Basım, Elma Yayınevi, Ankara, Haziran 2007.

AKKOYUNLU, WIGLEY A.: Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Anlaşmalarının Etkilerini Ölçen Ampirik Çalışmaların Genel Değerlendirilmesi, Hacettepe Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Ankara, 2000.

AKLAN, Ali ve ŞAHİN, Murat: Gümrük Tarife Mevzuatı ve Tarife So ru Bankası, Otorite Yayınları, Ankara, 2018.

ARI, Selçuk: Gümrük İdarelerinin Modernizasyonu Projesi, Finansal Forum Dergisi, Haziran 1998

ARSAVA, Fusun: Amsterdam Antlaşmasının Avrupa Birliği Hukukuna Katkıları, AÜSBF Yayını, Ankara, 2000.

ARTAN, Tuğrul: Gümrük Birliği Çerçevesinde Köprü Mevzuat Üzeri- ne Düşünceler, Gümrük Dergisi, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayını, Sayı 19, Aralık, 1996

ARZOVA, Burak: İhracat Hakkında Her Şey, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2006.

ATAN, Turhan: Türkiye – AT Gümrük Birliği ve Gümrük Mevzuatı, Form Yayınları, İstanbul, 1995

AYKASIM, Y. ve ŞAHİN, A.: İhracatın Desteklenmesi Mevzuatı, Atak Yayınevi, İstanbul, 1996

BAGRIAÇIK, A. ve YILMAZER, M.: Dış Ticarete Tek İdari Belge Kullanım Klavuzu ve AB Gümrük Mevzuatı, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 1995

BAGRIAÇIK, Atila: Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri, 8. Bası, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 2004.

BAGRIAÇIK, Atila: Kambiyo Mevzuatı, AÖF Yayını, Eskişehir, Ekim 2004.

BALIKÇIOĞLU, F. ve YILDIRIM, Ş.: İhracatta Pratik Bilgiler, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1990

BALKIR, C. ve DEMİRCİ, M.: Uluslararası Ekonomik Bütünleşmeler ve Avrupa Topluluğu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

- BARLIN, Asım: Gümrük Mevzuatı, 15. Basım, Solmaz Gümrük Müşavirliği A.Ş.
- BEDESTENCİ, Çetin ve CANITEZ, Murat (Editörler): Dış Ticaret – İşlemler ve Uygulamalar, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007.
- BİRER SAÇLI, Merve: Türk Ceza Kanunu’nda Göçmen Kaçakçılığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BULUTOĞLU, Kenan: Kamu Ekonomisine Giriş, Yapı Kredi Yayınları, No: 1816, İstanbul 2003
- BÜYÜKTAŞKIN, Şener: Dünya Ticaret Sistemi (GATT, Dünya Ticaret Örgütü ve Türkiye), ESBANK, Ankara, 1997.
- CANITEZ, Murat: Uygulamalı Gümrük Mevzuatı, Gazi Kitabevi, Ankara, Ağustos 2008.
- CARR, Indira & KIDNER, Richard: Statutes & Conventions on International Trade Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, UK, 1995.
- CENGİZ, Emrah ve Diğerleri: Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejileri, 2. Baskı, Beta, İstanbul, Mart 2007.
- CHARLERY, Janette: International Trade Law, The M&E Handbook Series, Longman Group, UK, 1993.
- CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Ticari Müzakereler Kılavuzu, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.
- CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Pazarlama, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.
- CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Ekonomi (Uluslararası Pazarın Dinamikleri), Kontent Kitap, İstanbul, 2002.
- ÇAKAR, Fehmi: Gümrük Birliği ile Gümrük Mevzuatında Yapılan Değişiklikler, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını, Araştırma:3, Ankara, Ocak 1997
- ÇINAR, Hakan: Örneklerle Yatırım ve İhracat Teşvikleri, ARC, İstanbul.
- ÇILDIR, Şentürk ve KORKMAZ, Oğuz: Kaçakçılık Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÇİMEN Ahmet: GB ve AT-Türkiye İlişkileri, Merkez Bankası Yayınları, Ankara, 1996.
- DANIŞMAN, Mustafa: Açıklamalı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Kaçak Petrol ve Ulusal Marker, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- DAYINLARLI, Kemal (Çeviren): UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma, 2004), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.
- DEMİR, Musa: İhracat ve İhracat Teşvikleri, Detay Yayıncılık, Ankara, 2003.
- DİRİKKAN, Hanife: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 1996.
- DÖLEK, Ali: İhracat Bilgileri, Genişletilmiş 2. Basım, Beta, İstanbul, Ağustos 1999.
- DÖLEK, Ali: Uygulamalı İthalat İşlemleri ve Örnekler, Beta, İstanbul, Ağustos 2000.

DÖLEK, Ali: Uluslararası Ticaret ve Türkiye Uygulaması, Arıkan, İstanbul, Temmuz 2006.

DÖLEK, Ali: Gümrük İşlemleri ve Kaçakçılık, Beta, İstanbul, Temmuz 2004.

DÖLEK, Ali: Mevzuat Işığında Dış Ticaret İşlemleri ve Piyasa Uygulamaları, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999

DURUKAN, Nihayet: Dış Ticaret Dünyası, Beta, İstanbul, Kasım 2006.

EKŞİ, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, Arıkan, İstanbul, Nisan 2006.

ERCAN, Tayfun: Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ERGİN, Yusuf: 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, Seçkin, Ankara, 2020.

ERÜREten, Bahir M.: Dış Ticaret Hukuku-İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı, Beta, İstanbul, 1991.

ERYÜREK, Şenay: Uluslararası Bankacılık İçin İlk Tanımlar ve INCOTERMS, Anadolu Bankası Yayını, İstanbul, 1987.

ERYÜREK, Şenay: Uluslararası Ticarete Ödeme Şekilleri ve Vesaik, Anadolu Bankası Yayını, İstanbul, 1987.

GEDİK, Doğan: Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

GERNİ, Cevat: Dış Ticaretin Finansmanı, TOBB Yayını, Ankara, 1990.

GÖĞER, Erdoğan: Akreditif Muamelesi ve Hukuki Mahiyeti, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1980.

GÖKÇELİK, Cahit: Gümrük Bilgisi-1- Gümrük Rejimleri, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2005.

GÜLTEKİN, Raşit: Gümrük Kabahatleri, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019. GÜN, Nuri: Dış Ticaret, Kambiyo ve Yabancı Yatırımcıları Teşvik Mevzuatı, Vergi Denetmenleri Derneği, İstanbul, 2004.

GÜNUĞUR, HALUK: Avrupa Bütünleşmesinin Tarihsel Gelişimi (Dünü, Bugünü, Yarını), Avrupa Birliği El Kitabı, T.C. Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995.

GÜRsoy, Yaser: Dış Ticaret İşlemleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005. HINKELMAN, Edward G.: Uluslararası Ödemeler, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

İŞİK, İ. Ve ÇABUK, M.: Serbest Bölgeler, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Kullanılan Uluslararası Belgeler, Ankara, 2008.

İGEME: İhracat Prosedürlerini Biliyor musunuz? Ankara, 2007. İGEME: Marka- laşma Kararı İle Yurtdışı Pazarlara Açılım, Ankara, 2005.

İGEME: Dış Ticarete Güvenli Bir Kontrol Aracı- Uluslararası Gözetim Şirketleri, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Ödeme Şekilleri, Ankara, 2006.

İGEME: İhracatta Alternatif Finansman Teknikleri, Ankara, 2008. İGEME: İhracatta Teslim Şekilleri ve Nakliyat, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Dağıtım Kanallarının Seçimi ve Kurulması, Ankara, Kasım 2006.

İGEME: Dış Ticarette Sözleşmeler ve Müzakereler, Ankara, 2007. İGEME: Dış Pazarlarda Karşılaşılan Ticari Engeller, Ankara, 1997. İGEME: Elektronik Ticaret ve Pazarlama, Ankara, Ekim 2007.

İGEME: İhracat Pazar Araştırması Desteği, Ankara, Ağustos 2004. İGEME: İhracat Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: İthalat Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: Dış Ticarette Standardizasyon Mevzuatı, Ankara, 2009. İGEME: Serbest Bölgeler Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: 100 Soruda Dış Ticaret, Ankara, Ekim 2006.

KARAKAŞ, Birsen: 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu- Uygulamalı ve İhtihatlı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KARLUK, Rıdvan: Avrupa Birliği ve Türkiye, İstanbul: İMKB Yayınları 1996.

KARLUK, Rıdvan: Uluslararası İktisat, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1998

KAYA, Salih: Her Yönüyle Dış Ticaret, Ce-Ka Yayınları, Ankara, 2007.

KAYMAKÇI, O.; AVCI, N. ve ŞEN, R.: Uluslararası Ticarete Giriş, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Şubat 2007.

KEMER, Osman Barbaros: Dış Ticaret Teknikleri, Alfa Aktüel, İstanbul, Ekim 2005.

KIZIL, A. ve ŞOĞUR, M.: İhracat - İthalat İşlemleri ve Muhasebe Uygulaması, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 1997.

KOBAN, E. ve YILDIRIR KESER, H.: Dış Ticarette Lojistik, Ekin, Bursa, 2007.

KOZLU, Cem: Uluslararası Pazarlama, 5. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, Eylül 1995.

KÖKEN, Enes: Silah Kavramı ve Silah Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

KÖKSAL, Tunay: Uluslararası Ticaret Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

KÖKSAL, Tunay; ÖZCAN, Bora ve PARLATAN, Akif: İhracat Teşvikleri: Dahilde İşleme Rejimi ve Diğer Teşvik Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

KÖKSAL, Tunay ve ÖZCAN, Bora: Dış Ticaret Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

KÖKSAL, Tunay ve ÖZKARA, Yalın: Uluslararası Lojistik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

KÖKSAL, Tunay: Uluslararası Ticarette Pratik Bilgiler ve Yaygın Kullanılan Belgeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

KÖKSAL, Tunay / DANIŞMAN, Mustafa: Gümrük Hukuku Kapsamında Kaçakçılık Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2021.

- KUTLU, Erol: Gümrükleme, AÖF Yayını, Eskişehir, Aralık 2003.
- KUTLU, Erol: İthalat ve İhracat Uygulamaları, AÖF Yayını, Eskişehir, Eylül 2004.
- MACLEAN, Robert M.(Editor): Law of International Trade, HLT Publications, Great Britain, 1994.
- MELEMEN, Mehmet: Uygulamalı Uluslararası Ticaret İşlemleri, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2008.
- MITCHELL, Charles: Uluslararası İş Kültürü, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.
- MORGİL, Orhan: Ekonomik Açından Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri ve Gümrük Birliğinin İşleyişi, İşveren Dergisi, 15 Ocak 2003
- NICOLAIDES, Phedon (Editor): The Trade Policy of the European Community, EIPA, The Netherlands, 1993.
- OKTAY, Nüvit: Dış Ticarete Giriş, AÖF Yayını, Eskişehir, Haziran 2005.
- ONURSAL, Erkut: Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulamaları, Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Yayını, Ankara, 1996
- ONURSAL, Erkut: Dünden Bugüne Gümrük Mevzuatı, Ankara Basımevi, Ankara, 1976
- ONURSAL, Erkut: İhracat El Kitabı (1), Ankara Basımevi, Ankara, 1972
- ÖZALP, Abdurrahman: UCP 600'ın Kullanılması ve Akreditif, 2. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2007.
- ÖZALP, İnan (Editör): Uluslararası İşletmecilik, AÖF Yayını, Eskişehir, Ekim 2008.
- ÖZTÜRK, Nazım: Dış Ticaret, Roma Yayınları, Ankara, Mayıs 2005. SAYI-NER, İsmet: Belgelerle Uygulamalı Gümrük İşlemleri ve Dış Ticaret, Sistem Yayınevi, İstanbul, 1995
- SCMHMITHOFF, Clive M.: The Law & Practice of International Trade, Ninth Edition, Stevens&Sons, London, 1990.
- SELEN, Ufuk: Gümrük İşlemleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007. SELLMAN, Pamela (Editor): Law of International Trade Textbook, 5th Edition, HLT Publications, Great Britain, 1994.
- SEYİDOĞLU, Halil: Uluslararası İktisat, Gizem Yayınları, İstanbul, 2001
- SHIPPEY, Karla C.: Uluslararası Sözleşmeler (Uluslararası Ticari Sözleşme Taslakları), Kontent Kitap, İstanbul, 2002.
- SOYSAL, H. Cahit: Lojistik Hukuku, Uysen Yayınları, İstanbul, Eylül 2007.
- ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005.
- ŞENTÜRK, Çıldır ve KORKMAZ, Oğuz: Kaçakçılık Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- TELLİ, Serap: Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991.

TENEKECİOĞLU, Birol: Uluslararası Pazarlama, AÖF Yayını, Eski- şehir, Ekim 2004.

TOMANBAY, Mehmet: Dış Ticaret Rejimi ve İhracatın Finansmanı, 4.Baskı, Hatiboğlu, Ankara, 2003.

TOPRAK, Vamık, Gümrük Mevzuatı ve Tatbikatı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967

TOROSLU, Vefa: Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri ve Muhasebe, 2.Bası, Beta, İstanbul, Mayıs 1999.

TOROSLU, Vefa: Serbest Bölgeler, Beta, İstanbul, Temmuz 2000. TUNCER, Selahattin: Gümrükler ve Gümrük Vergileri (Teori-Uygulama), Yaklaşım Yayınları, İstanbul, 2001

UÇARMAK, Sezai: Gümrük ve Dış Ticaret Mevzuatındaki Son Değişikliklere İlişkin Düşünceler, Gümrük Dergisi, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayını, sayı 16, Mart 1996

UTKULU, U. ve AYDEMİR, İ. (Editörler): Türkiye’de Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulaması, Gazi Kitabevi, Ankara, Mayıs 2008.

UYSAL, CEREN: Türkiye-AB İlişkilerinin Tarihsel Süreci ve Son Gelişmeler, Akdeniz İİBF Dergisi, Sayı:1, 2001.

YERCI, Cahit: Gümrük Hukuku ve Davaları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

YURTCAN, Erdener: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

İNTERNET SİTELERİ

www.bilirkisilik.adalet.gov.tr

www.wto.org www.iccwbo.org www.oecd.org www.dtm.gov.tr
www.igeme.org.tr www.abgs.gov.tr www.musavirlikler.gov.tr www.tcmb.gov.tr
www.gumruk.gov.tr www.avrupa.info.tr www.wtcankara.org.tr www.turkticaret.net
www.atonet.org.tr www.kobinet.org.tr www.kobifinans.com.tr www.ostim.org.tr
www.eceurope.com www.orgtr.org www.ecplaza.net www.verginet.net

www.kayserito.com.tr www.uttegae.com www.ram.com.tr www.stadusa.gov
www.intracen.org www.wand.com www.brittrade.com www.asiatrade.com www.offer21.com www.alibaba.com www.tradezone.com www.e-trader.com

www.thomasregister.com www.kompass.com www.europages.com
www.fas.usda.gov www.itaiep.doc.gov www.aslannet.com www.orgtr.org
www.imf.org www.un.org www.wto.org www.ikv.org.tr www.euturkey.org.tr
www.mfa.gov.tr www.abhaber.com www.abigem.org www.abinfoturk.net www.europa.eu.int www.oecd.org www.unctad.org www.ccc-ccs.org www.worldbank.org
www.icao.int www.fiata.org www.iru.org www.ebrd.com www.eib.org www.adb.org

**DENİZ YOLUYLA ULUSLARARASI
PETROL TAŞIMACILIĞINDAN
DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA
SORUMLULUK VE BİR
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU
OLARAK TAHKİM**

Av. İsmail KARADANA

ÖZ

Deniz yolu, insanoğlunun eşya taşımacılığında eskiden beri tercih ettiği bir yoldur. Nitekim günümüzde de önemini koruyan bu yol, dünya ticaret hacminin büyük bir payını oluşturmaktadır. Bu bağlamda 19. yüzyıldan günümüze artan enerji ihtiyacı bağlamında önemi büyüyen bir ticaret maddesi olan petrol açısından da deniz yolu sıklıkla tercih edilmektedir. Çünkü deniz yolu, büyük ölçekteki petrolün diğer ulaşım yollarına kıyasen daha düşük maliyetlerle taşınmasına imkân vermektedir.

Petrol taşıma işlemi, petrol sahiplerinin bizzat sahip olduğu gemilerle yapılabileceği gibi, gemi kiralama sözleşmesi kapsamında kirala- nan gemilerle ya da taşıma sözleşmeleri aracılığı ile de yapılabilir. Bu çalışma kapsamında ilk olarak petrol taşımacılığının deniz ticaret hukuku bağlamında hangi sözleşmelerle yapılabileceği açıklanmaktadır. Ayrıca petrol taşıma işleminde kullanılan sözleşmelerin unsurlarına, hukuki niteliğine ve uygun gördüğümüz önemli noktalarına değinmekteyiz.

İkinci aşamada ise deniz yolu ile eşya taşıma sözleşmeleri kapsamında “taşıyan” terimine ve taşıyanın ulusal mevzuattan ve uluslararası sözleşmelerden doğan sorumluluğu anlatılmaktadır.

Son olarak taşıyanın sorumluluğu kapsamında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla nasıl çözümlenebileceği açıklanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Taşıyan, Navlun Sözleşmesi, Gemi Kira Sözleşmesi, Petrol Kirliliği, Tahkim

ABSTRACT

The maritime route has been a preferred way for mankind to transport goods. As a matter of fact, this road, which is still important today, constitutes a large share of the world trade volume. In this context, the sea route is frequently preferred in terms of oil, which is a trade item whose importance has increased in the context of the increasing energy need since the 19th century. Because the maritime route allows the transportation of large-scale oil at lower costs compared to other transportation routes.

Oil transportation can be carried out with ships owned by the oil owners themselves or with ships rented under the chartering agreement or through transportation agreements. In this study, it is firstly explained which contracts can be made in the context of maritime trade law. In addition, we mention the elements, legal nature and important points of the contracts used in oil transportation.

In the second stage, the term “carrier” within the scope of sea transport agreements and the responsibility of the carrier arising from national legislation and international conventions are explained.

Finally, it is explained how disputes that may arise within the scope of the responsibility of the carrier can be resolved through arbitration.

KEY WORDS

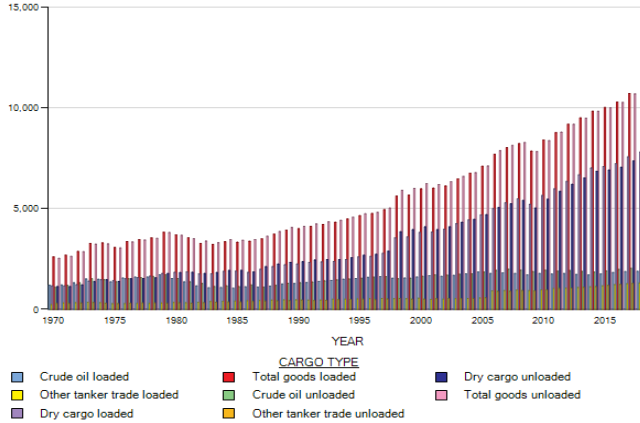
Carrier, Freight Contract, Ship Rental Agreement, Oil Pollution, Arbitration

GİRİŞ

Günümüzde pek çok ürün, deniz yoluyla bir noktadan bir noktaya taşınmaktadır. Bu taşıma işlemine konu olan ürünlerden bazıları yapıları itibarıyla hem kıymetli hem de tehlikelidir. Bu kategoriye giren ürünlerden biri de petroldür. Bu değerlendirme kapsamında petrol, hem insanların pek çok alanda ihtiyaç duyduğu kıymetli bir ürün iken hem de yanıcı bir yapıda olması ve doğaya verdiği zarar kapsamında tehlikeli¹ bir üründür.

¹ Tehlikeli madde (*dangerous goods*) kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Meltem Deniz Güner Özbek, **The Carriage of Dangerous Goods by Sea**, Springer,

Petrolün taşınması çeşitli yollarla mümkün olmasına rağmen bu yollar içinde ürünün daha az maliyetlerle taşındığı deniz yolu taşımacılığı daha çok tercih edilmektedir. Özellikle kıtalar arası taşımacılıkta deniz yolu taşımacılığı göz ardı edilemez öneme sahiptir. Bu bağlamda deniz yoluyla petrol taşımacılığının önemini belirtmek açısından bir örnek vermemiz gerekirse 2017 verilerine göre Türk deniz ticaret filosunun %17'sini ham petrol taşımacılığında kullanılan tankerler oluşturmaktadır². Yine T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Denizcilik Müdürlüğü'nün 2020 yılı için düzenlemiş olduğu istatistiğe göre bu oran DWT (Deadweight Tonnage)³ cinsinden yapılan hesaplamalarla %35'tir⁴. Şekil – I 'deki tabloda da göreceğiniz üzere Türkiye örneğinde olduğu gibi Dünya genelinde de deniz yoluyla yapılan petrol taşımacılığı büyük bir öneme sahiptir.



Şekil I: 1970 – 2018 Yılları Arasında Yük Türlerine Göre Deniz Ticaretinde Yüklenen ve Boşaltılan Mallar⁵

1. Ed., Berlin, 2008, p. 48 – 87; Buğra Kaan Kum, **Taşıyıcının Tehlikeli Madde Taşımacılığından Doğan Sorumluluğu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 19 - 31.

² Hüseyin Çınar, *“Türk Deniz Ticaret Filosu ve Ulaşım Altyapısı”*, **Türk Deniz Gücünün 21. Yüzyıl Boyutu**, 1. Baskı, Rahmi M. Koç Müzesi Yayınları, 2017, s. 57.

³ Bir geminin taşıyabileceği en çok ağırlık olup, ham yükün, yakıtın, suyun, kumanyanın, yolcu ve gemi adamlarının kendilerinin ve eşyalarının ağırlıklarının toplamını ifade eder.

⁴ Denizcilik Genel Müdürlüğü 2020 Deniz Ticareti İstatistikleri, s. 14, url: <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/yayinlar/deniz-ticaret-istatistikleri-2020-61bc3b7e3c012.pdf>, e.t. 15.10.2022.

⁵ **Tablodaki İngilizce Terimlerin Cevirisi:** Crude Oil Loaded: Yüklenen Ham Petrol, Other Tanker Trade Loaded: Yüklenen Diğer Tanker Ticareti (LPG, Jet yakıtı

I. DENİZ YOLU İLE PETROL TAŞIMACILIĞI

Deniz yoluyla petrol taşıma işlemi petrol sahibinin (fiili taşıyan⁶ olarak) kendi ticari filosu aracılığı ile mümkün olabildiği gibi çeşitli sözleşmeler kapsamında da mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda taşıma işleminin gerçekleşmesini arzulayan kişi (gemisi olmayan kişi), bu işlemi gemi kira sözleşmeleri yoluyla bizzat gerçekleştirebileceği gibi, navlun sözleşmeleri aracılığı ile taşıma işlemini ücret karşılığında bir başkası tarafından da yapılmasını tercih edebilir.

A. GEMİ KIRA SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA PETROL TAŞIMACILIĞI

Gemi kira sözleşmesinin tanımı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁷ (TTK) m. 1119 hükmünde yapılmıştır. Buna göre, “*gemi kira sözleşmesi, kiraya verenin belirli bir süre için geminin kullanılmasını, kira bedeli karşılığında kiracıya bırakmayı üstlendiği bir sözleşmedir*”. TTK m.

gibi ürünler kastediliyor), Dry Cargo Loaded: Yüklenen Kuru Yük, Total Goods Loaded: Yüklenen Toplam Ürün, Crude Oil Unloaded: Boşaltılan Ham Petrol, Other Tanker Trade Unloaded: Boşaltılan Diğer Tanker Ticareti, Dry Cargo Unloaded: Boşaltılan Kuru Yük, Total Goods Unloaded: Boşaltılan Toplam Ürün. **Kaynak:** UNCTADSTAT (United Nations Conference on Trade and Development Statistics), url: <https://unctadstat.unctad.org/wds/TableViewer/chartView.aspx>, e.t. 09.01.2019.

⁶ Fiili taşıyan kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Bülent Sözer, **Deniz Ticaret Hukuku – I**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 425 – 425; Cüneyt Süzel, **Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 62 – 95; Nil Kula Değirmenci, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 5. Kitap Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluğu ve Akdedeceği Sorumsuzluk Anlaşmaları**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 65 -70; Şafak Türken, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Eşyanın Zıya, Hasarı ya da Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu**, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019, s. 32; Şaban Kayıhan, **Deniz Ticaret Hukuku**, 2. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2021, s. 157 – 158; Fevzi Topsoy, **Deniz Ticareti Hukuku I**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 311; Gülay Vasfiye Zorlu, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Fiili Taşıyan/Taşıyıcı”, **İBD**, C. 91, S. 1., 2017, s. 142 – 144; Burak Adıgüzel, “Yeni Türk Ticaret Kanunda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu”, **İÜHF**, C. 71, S. 2, 2013, s. 4 – 8; Rayegan Kender, Ergon Çetingil ve Emine Yazıcıoğlu, **Deniz Ticaret Hukuku Temel Bilgiler**, C. 1, 14. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 232; İbrahim Ağsakal, “Deniz Yolu ile Yapılan Taşımalarda Yükün Zıya ve Hasarı ile Teslimdeki Gecikmenin Bildirimi”, **MÜHFD**, S. 2, 2012, s. 259 -261.

⁷ RG K.T.: 13/1/2011, Y.T.: 14/2/2011, S. 27846.

1119 hükmünün yaptığı tanıma göre, gemi kira sözleşmesi ile gemi maliki, gemisinin kullanım hakkını ve zilyetliğini ücret karşılığı gemi işletme müteahhidine devretmektedir.

Gemi kira sözleşmelerinin iki şekilde yapılması mümkündür. İlki çıplak gemi kira sözleşmesi olarak da bilinen “*bareboat charter*”dir. Bu tür gemi kira sözleşmelerinde gemi işletme müteahhidi, geminin zilyetliğini elde etmekle beraber gemi maliki ile hizmet sözleşmesi bulunan gemi personeli istihdam etmez⁸.

Gemi kira sözleşmelerinin ikinci şekli ise donatılmış gemi kira sözleşmesi ya da “*demise charter*” olarak bilinir. Bu sözleşmelerde geminin zilyetliğini devreden gemi maliki, gemi işletme müteahhidinin adına hareket ederek gemiye mürettebat sağlama ve geminin bakım ve onarım görevlerini de üstlenmektedir⁹.

Gemi kira sözleşmesi ile kişiler, üçüncü kişiler ile taşıma işlemleri yapma imkanına kavuşabileceği gibi, taşıtanın bizzat kendisinin de gemi kira sözleşmesi ile taşıma işlemini gerçekleştirmesi mümkündür.

Petrolün deniz yoluyla taşınmasına ilişkin olarak petrol sahibinin, maddesel içeriği itibarı ile tehlikeli bir madde¹⁰ olan petrolün, deneyim

⁸ Salih Önder, “*Gemi Kira Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması*”, **UMD**, 2016, s. 764; Salih Önder, **Gemi Kira Sözleşmesi**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s. 22; Salih Önder, “*TTK Kapsamında Gemi Kira Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği*”, **GÜHFD**, C. 20, S. 1, 2016, s. 163 – 165; Sözer, s. 360 – 361; Topsoy, s. 279 – 280; Kayıhan, s. 142; M. Fehmi Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri – I, 2. Baskı*, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 5; Araz İsmayilov, *Çıplak Gemi Kira Sözleşmesi*, **Yüksek Lisans Tezi**, Konya, 2017, s. 6.

⁹ Önder, *Gemi Kira Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması*, s. 764; Önder, *Gemi Kira Sözleşmesi*, s. 22; Önder, *TTK Kapsamında Gemi Kira Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği*, s. 165 – 166; Ülgener, s. 22, Sözer, s. 361; Topsoy, s. 280.

¹⁰ Çeşitli kanun ve sözleşmeler açısından tehlikeli madde kavramına ilişkin detaylı bilgi edinmek için bkz. Güner, s. 48 – 87; Kum, s. 32 – 43; Natig Asgarov, “*Gönderenin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Tehlikeli Eşya Hakkında Beyanda Bulunma Yükümlülüğü*”, **BATİDER**, C. 28, S. 2, 2012, s. 301 – 304; Gülfer Kuyucu Meriç, “*Deniz Yoluyla Taşınan Tehlikeli ve Zararlı Maddelerden Kaynaklanan Zararın Sorumluluğu Hakkında Milletlerarası Sözleşme*”, **İKÜHFD**, C. 16, S. 2 – 2, 2017, s. 237 – 238; İsmail Demir, “*1996 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme’de 2010 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler*”, **BATİDER**, C. 27, S. 3, 2011, s. 204 – 206.

ve bilgi gerektiren bir yolculuk türü olan deniz yolculuğu ile taşınması sürecinde bizzat taşıma işini üstleneceği gemi kira sözleşmesini yapması pratik anlamda sorumluluğunu arttıran bir tercih olsa da başka stratejik gereklilikler göz önünde bulundurularak yapılmaktadır. Bu kapsamda petrol sahibinin, petrolü taşımak için gemi kira sözleşmesi yapmasının stratejik açıdan önemli olduğu nokta, maliyet ve bayraktır¹¹. Çünkü gemi kira sözleşmesi ile geminin bayrağı değiştirilebilir ve istihdam alanı artırılabilir. Bu bağlamda değiştirilen bayrak ile bayrağın ait olduğu ülke yasaları kapsamında petrol taşıma hakkı sadece bu bayrağı çeken gemilere tanınmış olabilir, vergilerde indirim yahut gümrük işlemlerinde birtakım kolaylıklar söz konusu olabilir¹². Bayrağın yanı sıra gemi kira sözleşmelerinin uzun vadeli yapılması ile taşıma maliyetlerinin de düşürülmesi amaçlanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, gemi kira sözleşmesinin petrol taşımacılığı açısından önemli olduğu bir diğer nokta sözleşmenin gemi işletme müteahhidine istediği gemiyi seçebilme özgürlüğünü yaratmasıdır. Zira petrol taşımacılığı özellikle uzun vadeli ya da büyük tonajlı taşıma işlerinde alelaide bir geminin kullanılmasına müsait değildir. Bu bağlamda petrol taşımacılığı açısından gemi kira sözleşmesinin konusunu oluşturan gemiler, tanker olarak isimlendirilen petrol, doğalgaz ve kimyasalların taşınmasında kullanılan özel nitelikte gemilerdir.

B. PETROL TAŞIMACILIĞINDA KULLANILABİLECEK NAVLUN SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

1. Tanımı ve Türleri

Navlun sözleşmesi, bir tarafın belirlenen eşyanın bakım ve koruma sorumluluğunu üstlenerek bir gemi aracılığı ile denizde taşımayı taahhüt

¹¹ İsmayılov, s. 72 -73; Ülgener, s.5.

¹² Bu hususa ilişkin bir örnek için bkz. 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun m. 1/1, "*Türkiye sahillerinin bir noktasından diğerine emtia ve yolcu olup nakletmek ve sahillerde limanlar dahilinde veya beyinde cer ve kılavuzluk ve herhangi mahiyette olursa olsun bilcümle liman hidematını ifa etmek yalnız Türkiye sancağını hamil sefain ve merakibe münhasırdır.*" Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. Cüneyt Süzel, "*815 Sayılı Kabotaj Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Uyarınca Değerlendirilmesi*", BAÜHFD, C. 10, S. 135 – 136, 2015, s. 33 – 37.

ettiği, diğer tarafın ise bu taşıma işine karşılık bir ücret (*navlun*) vadettiği sözleşmedir¹³.

Navlun sözleşmesi, taşınacak olan eşyaya, gemiye ve başka şartlara göre farklı şekillerde kurulabilir. Bu kapsamda kırkambar sözleşmesi ve charter sözleşmesi navlun sözleşmesinin alt türlerini oluşturmaktadır. Biz bu çalışma kapsamında petrol taşımacılığında genellikle tercih edilen navlun sözleşmelerinden kısaca bahsedeceğiz.

a) Zaman Çarteri

Zaman charteri sözleşmesi büyük hacimdeki petrol ve petrol ürünlerinin taşınması hususunda önemli bir yere sahiptir¹⁴. Zaman charteri sözleşmesinde, sözleşme konusu gemi, navlun karşılığında belirli bir süre için tutulur. Bu sözleşmede kapsamında navlun, sözleşmede kararlaştırılan süre esas alınarak belirlenir.

Zaman charteri sözleşmesi TTK sistematigi kapsamında navlun sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenmektedir. Ancak öğretide kabul edildiği üzere zaman charteri sözleşmesi, navlun sözleşmesinin bir alt türünü oluşturan taşıma sözleşmesidir¹⁵. Ayrıca TTK’ da yapılan tanımda taraflardan tahsis eden ve tahsis olunan şeklinde bahsedilmektedir. Biz bu çalışma kapsamında, navlun sözleşmelerinde kabul edildiği şekliye, taraflardan taşıyan ve taşıtan olarak bahsedeceğiz.

Zaman charteri sözleşmesinde belirtilen süre içerisinde, taşıtan, istediği eşyayı, istediği limanda yükletip yine istediği limanda boşaltabilme yetkisine sahiptir. Bu durum taşıtana, sınırlıda olsa kaptana talimat verme yetkisini tanımaktadır.

TTK m. 1131 hükmünde tanımlanan zaman charteri sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin öğretide farklı görüş bulunmaktadır¹⁶. Bu

¹³ Tahir Çağa ve Rayegan Kender, **Deniz Ticaret Hukuku II**, 10. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.1; Rayegan Kender ve Ergon Çetingil, **Deniz Ticaret Hukuku Temel Bilgiler**, 12. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 106; Nil Merve Çelikbaş, “Navlun Sözleşmesi ile Konşimento Arasındaki İlişki”, **TAAD**, C.1, S. 8, 2012, s. 188; Sözer, s. 317; Hakan Muran, Zaman Çarteri Sözleşmesinde Çartererin Yükümlülükleri, **Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2008, s.8.

¹⁴ Muran, s. 27.

¹⁵ Türken, s. 54.

¹⁶ Zaman charterine ilişkin görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ülgener, s. 20 vd.; Sözer, s. 341 – 343; Muran, s. 77 – 107.

görüşlerden ilki, zaman charteri sözleşmesinin nitelik itibari ile bir gemi kira sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşü savunanlar, zaman charteri sözleşmesinde geminin bir ücret karşılığında belirli bir süre için tutulmasına ve gemi kira sözleşmesi tanımına dayanmaktadırlar. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü gemi kira sözleşmesinden farklı olarak zaman charteri sözleşmesinde geminin zilyetliğinin el değiştirmesi söz konusu değildir¹⁷. Bu sözleşmede esas olan geminin kiralanması değil bir taşıma taahhüdünün bulunmasıdır.

Bizim de katıldığımız çoğunluk görüşe göre zaman charteri tipik bir navlun sözleşmesidir. Çünkü zaman charteri sözleşmesi kapsamında taşıyan, belirli bir süre içinde bir sonucu yerine getirme yani taşıma taahhüdünde bulunmaktadır. Bu konuda bir de karma görüş mevcuttur. Bu görüşü savunan yazarlar, yapılan zaman charteri sözleşmesinin hem gemi kira sözleşmesinin hem de navlun sözleşmesinin unsurlarını taşıdığını belirtmektedir.

b) Sefer Charteri

TTK' da yolculuk charteri olarak ifade edilen sefer charteri sözleşmesinde sözleşme konusu gemi taşıtana belli bir veya birkaç sefer için tahsis edilir. Bu sözleşmelerde navlunun belirlenmesinde önemli olan husus, zaman charteri sözleşmesinden farklı olarak eşya ve yapılacak olan sefer sayısıdır.

Yine zaman charteri sözleşmesinden farklı olarak sefer charteri sözleşmesinde, taşıtanın, kaptana emir verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁸. Bu sözleşme kapsamında kaptan belirlenen limanda eşyayı gemiye yükler ve yine belirlenen limanda boşaltır.

c) Mürekkep Yolculuk Sözleşmesi

Mürekkep yolculuk sözleşmesi, sefer charteri sözleşmesinin bir alt türünü oluşturmaktadır¹⁹. Bu sözleşme birden fazla seferin yapıldığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Hemen belirtelim ki TTK' da mürekkep yolculuk ya da mürekkep yolculuk sözleşmesi için ayrı bir başlık bulunmamaktadır. Bu sözleşme türü, petrol şirketlerinin son yıllarda

¹⁷ Sözer, s. 341 – 342; Türken, s. 53.

¹⁸ Sözer, s. 351 – 352; Türken, s. 51; Muran, s. 26.

¹⁹ Ülgener, s. 58 – 59.

gelişen ihtiyaçlarına çözüm bulmak amacıyla çıkardıkları tip sözleşmelerdendir²⁰.

d) COA – Miktar Sözleşmesi

Contract of Affreightment (COA) ya da miktar sözleşmesi olarak bilinen bu sözleşme türü, son yıllarda deniz ticaretinde ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap vermek adına düzenlenmiştir. Miktar sözleşmeleri, mürekkep yolculuk sözleşmeleri gibi sefer charteri sözleşmelerinin bir alt türü niteliğindedir.

Miktar sözleşmeleri, belirli bir hacimdeki eşyanın bir navlun karşılığında ve birden fazla gemi ile belirlenen süre içerisinde bir noktadan, bir noktaya taşınması taahhüdünü içermektedir. Bu sözleşmelerin önemli bir özelliği uzun süreler için yapılabilir nitelikte olmasıdır²¹. Bu durumun doğal sonucu da sözleşmede tahsis edilen gemilerin art arda sefer yapma zorunluluğunun bulunmamasıdır.

Miktar sözleşmesi özellikle ham petrol taşımacılığında kullanılabilecek bir sözleşmedir²². Bu kapsamda taşıtan ile taşıyan arasında bir petrol rafinerisinin ihtiyacını karşılayacak yüksek miktardaki ham petrolün belirli bir sürede taşınması mümkün hale gelmektedir.

e) Trip Charter – Süreye Tabi Yolculuk Sözleşmesi

Trip charter ya da süreye tabi yolculuk sözleşmesi olarak bilinen navlun sözleşmesi TTK’da belirtilen navlun sözleşmesi türlerinden değildir. Bu sözleşmelerde sözleşme konusu eşyanın, belirlenen süre ve yolculukla istenilen noktaya taşınması taahhüdü mevcuttur. Ancak diğer navlun sözleşmelerinden farklı olarak bu sözleşmelerde amaç, gecikmeye bağlı olumsuzlukların donatan lehine yumuşatılmasıdır.

II. PETROL TAŞIMACILIĞINDA TAŞIYANIN SORUMLULUK HALLERİ

A. DONATANIN SORUMLULUĞU

TTK ‘da genel hatlarıyla düzenlenmeyen donatanın sorumluluğu donatanın gemi adamlarının kusurundan kaynaklı sorumluluğu olarak

²⁰ Sözer, s. 354.

²¹ Sözer, s. 355; Ülgener, s. 67.

²² Ülgener, s. 67.

özel şekilde düzenlenmiştir²³. Ancak donatanın sorumluluğu gemi adamlarının kusurundan kaynaklı ortaya çıkan zararlarla kısıtlı değildir. Donatan yani gemi malikinin sorumluluğunun gündeme gelmesi sözleşmeye ya da haksız fiile dayalı bir sebeple ortaya çıkabilir.

Navlun sözleşmeleri kapsamında taşıyan, taşıma işlemini kendi ait bir gemi ile gerçekleştirebileceği gibi üçüncü bir kişiye ait gemiyi de kullanabilir. İlk ihtimalde taşıyan ve donatan sıfatları tek kişide birleşmektedir. Bu bağlamda kişi navlun sözleşmesi kapsamında hem donatan hem taşıyan olarak değil yalnızca taşıyan olarak sorumlu olacaktır. İkinci ihtimalde ise zarar gören kişiler, olayın özelliklerini dikkate alarak donatanın sorumluluğuna da başvurabilecektir. Bu ihtimal bağlamında zarar gören taşıtan, navlun sözleşmesi kapsamında taşıyanın sorumluluğuna başvurabileceken, yükün (bu çalışma kapsamında taşınan petrolün) zarara uğraması durumunda TTK m. 1062 hükmüne göre donatanın sorumluluğuna gidebilecektir. TTK m. 1062 hükmüne göre donatan, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olacaktır.

İlk ihtimal kapsamında donatanın aynı zaman taşıyan olması, taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde sorumlu olması ve çalışmanın ilerleyen bölümünde taşıyanın sorumluluğundan bahsetmemiz sebebiyle bu kısımda ikinci ihtimal kapsamındaki sorumluluk durumu açıklanacaktır.

İkinci ihtimal kapsamında donatanın sorumluluğunun gündeme gelmesi iki durumda söz konusu olacaktır. İlk durum gemi adamlarının, zorunlu ya da isteğe bağlı kılavuzlarının görevlerini yerine getirirken üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan kaynaklı sorumluluk halidir. İkinci durum ise taşıtana ait yükün zarar görmesi halinde ortaya çıkan sorumluluk halidir. Bu bağlamında zarar gören taşıtan, navlun sözleşmesi kapsamında taşıyanın sorumluluğuna başvurabileceken, yükün yani taşınan petrolün zarara uğraması durumunda TTK m. 1062 hükmüne göre donatanın sorumluluğuna gidebilecektir. TTK m. 1062 hükmüne göre donatan, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olacaktır.

²³ TTK m. 1061/I, “Donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi malikine denir.” Donatan tanımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kender ve Çetingil, s. 77; Çağa ve Kender, s. 133 – 135.

İlk durum kapsamında donatanın sorumlu olabilmesi için gemi adamının, zorunlu ya da isteğe bağlı görevini yerine getirirken yapmış olduğu kusurlu eylemden üçüncü kişinin zarar görmesi gerekmektedir²⁴. Bu bağlamda donatanın gemi adamlarının sorumluluğu bağlamında sorumluluğunun gündeme gelmesi için mevcut olması gereken şartlar şunlardır;

- Zarar veren bir gemi adamı olmalıdır. Bu bağlamda kimlerin gemi adamı olduğu sorusu gündeme gelecektir. Bu hususa ilişkin olarak TTK m. 1062 hükmüne göre, kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalışan diğer kişiler gemi adamıdır. Hemen belirtelim ki Deniz İş Kanunu m. 2 hükmü de TTK hükmünü destekler niteliktedir. Bu maddeye göre, *“bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere “gemiadamı” denir.”*

Gemi adamları kapsamında bulunan kılavuzların, TTK m. 1062 hükmü uyarınca sorumluluğunun değerlendirilmesi, bağlılık ve emir alma hususları bağlamında diğer gemi adamlarına göre farklılık arz etmektedir. Kılavuz yerel mevzuat hükümlerince gemiye alınması kaptanın takdir ve tercihinin bırakılıp bırakılmamasına göre ihtiyari kılavuz ya da mecburi kılavuz olarak isimlendirilmektedir. Kılavuz hususunda önemli olan husus mecburi kılavuzlarda ortaya çıkmaktadır. Çünkü mevzuat hükümlerine göre bu kılavuz olarak görev yapan kişiler, geminin bizzat sevk ve idaresinden sorumlu sevk ve idare kılavuzu olabileceği gibi gemi kaptanına sadece gerekli bilgiyi aktaran müşavir kılavuz da olabilir. Mecburi sevk ve idare kılavuzunun gemiyi bizzat yönetmesi sebebiyle bu süreçte doğan zarardan donatan değil kılavuz kaptan ve onu istihdam eden kuruluş sorumlu olacaktır. Ancak müşavir kılavuzlara ilişkin durumda geminin sevk ve idaresinin donatanın sorumluluğunda olmasından dolayı donatanın sorumluluğu gündeme gelecektir.

- Gemi adamı zararı görevini yerine getirdiği süreçte vermelidir. Burada anlaşılması gereken görev ifadesi, kaptan ya da donatanın verdiği bir talimata bağlı olarak gemi ile ilgili sürekli ya da somut bir işin yerine getirilmesidir. Bu husus donatanın sorumluluğunun gündeme gelebilmesi bağlamında zararın sebep olduğu fiil ile hizmet arasında organik bir bağın kurulması açısından önemlidir.

²⁴ Zorlu, s. 147.

- Üçüncü bir kişi gemi adamının gerçekleştirdiği fiil sonucunda zarar görmüş olmalıdır.
- Son olarak zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

B. GEMİ İŞLETME MÜTEAHHİDİNİN SORUMLULUĞU

Gemi işletme müteahhidi, ekonomik değeri yüksek olan gemilerin işletilmesi hususunda geminin mülkiyetini elinde bulundurmamakla birlikte gemi üzerinde bazı tasarruf yetkilerinin kullanılmasına dayanak sağlayan bir kavramdır. Genellikle gemi kira sözleşmeleri kapsamında anılan gemi işletme müteahhidinin hukuki niteliği konusunda TTK m. 1061/II hükmü yol gösterici niteliktedir. Buna göre, *“Kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır.”*²⁵

Petrol taşımacılığı kapsamında gemi işletme müteahhidinin sorumluluğunun ne şekillerde gündeme geleceğini değerlendirecek olursak gemi işletme müteahhidi bizzat navlun sözleşmesinin tarafı olarak taşıyan gibi sorumlu olabileceği gibi, taşıyan adına yükü taşıyarak üçüncü kişilere verilen zararlarda donatan gibi de sorumu olabilir.

C. TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Taşıyanın, deniz yolu ile taşıma işlemi kapsamında sorumluluğu hem bir kusur sorumluluğu hem de navlun sözleşmesinden kaynaklı sözleşmesel bir sorumluluktur²⁶. Bu bağlamda TTK m. 1179 hükmü kapsamında taşıyan sadece kendisinin kastından ya da ihmalinden doğan zararlardan sorumludur. Bununla birlikte taşıyan ile taşıtan arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunması, taşıyana sözleşmeden doğan borçlarını tam ve gereği gibi ifa etme yükümlüğünü yüklemektedir.

TTK, taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlediği durumlardan bazıları şunlardır;

²⁵ Gemi işletme müteahhidi tanımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Çağa ve Kender, s. 135 – 136; Kender ve Çetingil, s. 77 – 78.

²⁶ İlknur Uluğ, *“Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”*, AHBVÜHFD, C. 6, S. 2, 2002, s. 84.

- Geminin denize, yola ve yüke elverişli bir şekilde bulunmasını sağlama yükümlülüğü (TTK m. 1141)

- Yüğü, taşıtanın muvafakatini almadan, sözleşmede belirlenen gemiden farklı bir gemiyle taşınması ya da yükün farklı bir gemiye aktarılması sebebiyle doğan zararlardan sorumluluk (TTK m. 1150)

- Taşıyanın, yükü güverte de taşınmasından doğan sorumluluk (TTK m. 1151)

- Taşıyanın yüke gerekli özeni göstermemesi sebebiyle doğan zararlardan sorumluluğu (Yükün zıyaı, hasarı veya geç tesliminden doğan zararlardan sorumluluk) (TTK m. 1178/II)

- Yolculuk sırasında rotadan ayrılma halinde doğan zararlardan sorumluluk (TTK m. 1113, 1220)

Taşıyanın TTK 'da sayılan durumlar dışında doğan bir zarardan sorumlu olması ancak genel hükümler kapsamında mümkündür. Bu bağlamda TBK 'nın genel hükümleri ve eser sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

1. Geminin Denize Yola ve Yüke Elverişli Bulunmamasından Doğan Sorumluluk

Taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke dolayısıyla sefere hazır bulundurma yükümlülüğü TTK m. 1141 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre, taşıyan, gemiyi denize, yola ve yüke tedbirli bir taşıyanın göstermek zorunda olduğu özen çerçevesinde hazırlamakla yükümlüdür. Gerekli özeni göstermeyen ya da gerekli özeni göstermekle birlikte sefere çıkmadan önce bir eksikliğin tespit edilip de tedbir alınmaması hallerinde ortaya çıkan zarardan taşıyan bizzat sorumludur. Ancak bu hüküm kapsamında denize, yola ve yüke elverişlilik ifadelerinden ne anlaşılması gerekir?

Denize elverişlilik ifadesinden sözleşme kapsamında kullanılacak olan geminin, kullanılacağı ortamın ortaya çıkarabileceği muhtemel zorluklara karşı koyabilecek nitelikte olması anlaşılmalıdır. Yola elverişlilik kavramından ise geminin teknik ekip ve teçhizatının, tüketim malzemelerinin ve personelinin izlenecek güzergâh kapsamında ortaya çıkabilecek tehlikelerle baş edebilecek yeterlilikte olması olarak anlaşılmalıdır.

Son olarak yüke elverişlilik kavramı ise geminin, sözleşme kapsamında taşıyacağı yükü zarar görmeden istenilen noktaya taşıyabilecek nitelikte olması gerekliliğini ifade etmektedir.

2. Yükün Farklı Bir Gemi ile Taşınmasından Doğan Sorumluluk

Yükün sözleşmede belirlenen gemiden farklı bir gemi ile taşınması haline ilişkin sorumluluk TTK m. 1150 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükme göre taşıyan, taşıtanın iznini almadan yükü başka gemiye yükleyemez. Taşıyan, taşıtanın iznini almaksızın yükü başka bir gemiye yüklemesi ve buna bağlı olarak ortaya bir zarar çıkması halinde, bu zarardan sorumlu olacaktır. Bu hükme göre taşıyanın sorumluluktan kurtulabilmesinin tek istisnası, yükün sözleşmede kararlaştırılan gemi ile taşınması ihtimalinde de aynı zararın ortaya çıkmasının kesin olması durumudur. Hemen belirtelim ki TTK hükmü kapsamında taşıyanın, sözleşmeye aykırı olarak yükü yolda başka bir gemiye aktarması halinde ortaya çıkan zararlarda da sorumluluğu gündeme gelecektir.

3. Yükün Güvertede Taşınmasından Doğan Sorumluluk

Navlun sözleşmesi kapsamında, sözleşme konusu yükün güvertede taşınması hali TTK m. 1151/II hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre taşıyan, sözleşme konusu yükü, yükleten ile yapmış olduğu anlaşmada yükün güvertede taşınmasının kararlaştırılması, ticari teamüle uygun olması ya da mevzuat gereği yükün güvertede taşınması zorunlu an yüklerden olan yüklerden olması halinde gemi güvertesinde taşıyabilir.

Petrol taşımacılığı, taşınan maddenin doğal yapısı gereği bu iş için özel olarak üretilmiş tanker gemileri aracılığı ile taşınmaktadır. Bu sebeple petrol taşımacılığında taşıyanın, yükü güvertede taşınması pek mümkün olmayacağından taşıyanın, yükü güvertede taşınması sebebiyle doğan zararlardan dolayı sorumluluğuna gidilmesi de olağan değildir. Ancak bir ihtimal petrolün konteyner gemileri aracılığı ile taşınması durumunda, taşıyanın, yükü güvertede taşınmasından doğan sorumluluk hali gündeme gelebilir.

Yukarıda belirtilen son ihtimal çerçevesinde taşıyanın sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için taşıyanın TTK m. 1151/II kapsamında

sayılan durumların aksine bir davranış sergileyerek petrolü güvertede taşıması ve bundan dolayı bir zararın doğmuş olması gerekir.

4. Yüke Özen Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluk

Taşıyanın, taşıma sözleşmeleri kapsamında asli yükümlülüğü sözleşme konusu yükün zarar görmeden istenilen yere taşınmasıdır. Bu kapsamda kanun koyucu TTK m. 1178 hükmü ile taşıyanın bu asli yükümlülüğünü belirtmektedir. Bu hükme göre; *“Taşıyan, navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür.”*

Yukarıda anılan hükme göre, taşıyan, eşyanın gemiye yüklenmesi ile boşaltılması arasında geçen sürede ya da başka bir ifade ile yükün kendi hakimiyeti altında bulunduğu süreçte, yükün zıyaından, zararından ve gecikmesinden sorumlu olacaktır.

TTK m. 1178/II hükmünde belirtilen yükün zıyaı, hasarı ya da geç teslimine doğacak olan sorumluluk hali aslında taşıyanın, yüke özen gösterme borcuna aykırı davranışları sebebiyle meydana gelmektedir. Bu bağlamda taşıyanın yükü başka bir gemiye aktarması ya da gemiyi denize, yola veya yüke elverişli halde bulundurmaması özen yükümlülüğüne aykırı davranışlara verilebilecek örneklerden bazılarıdır.

Yükün zıyaı, zayi olması ya da kayıp olması kavramından anlaşılması gereken, navlun sözleşmesinin konusunu oluşturan yükün varma limanındaki gönderene teslim edilememesi halidir. Bu durum, çalışmamızın konusunu oluşturan petrolün tamamen yok olması anlamını taşıyabileceği gibi petrolün fizikken yok olmamakla birlikte ekonomik değerini tamamen kaybetmesi anlamını da taşıyabilir. Hemen belirtelim ki yük tamamen ya da kısmen zayi olabilir.²⁷

Yükün hasara uğraması kavramı sözleşme konusu yükün ekonomik değerinde meydana gelen azalmayı ifade etmek için kullanılır²⁸. Yükün geç teslimi kavramı ise adından da anlaşılacağı üzere sözleşmede kararlaştırılan zamandan geç bir zamanda yükün teslim edilmesi ya da mevcut durumun şartlarına göre yükün gönderilen tarafından teslim alınmaya

²⁷ Sözer, s. 441; Türken, s. 62 – 63.

²⁸ Sözer, s. 442; Türken, s. 65 – 66.

hazır halde bulundurulmamasını belirtmek için kullanılır²⁹. Bu bağlamda taşıyanın yükün geç tesliminden doğan sorumluluğu TTK m. 1178/II' de düzenlenmiştir.

Şu hususu belirtmek gerekir ki, taşıyanın eşyanın gecikmesinden sorumlu tutulabilmesi için sözleşme konusu eşyanın, gecikmeye sebep olan durumdan etkilenerek zıya olmaması ya da hasara uğramaması gerekir. Yükün zıyı ya da hasara uğraması hallerinde, zıya veya hasara ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.³⁰

Taşıyan eşyanın zıyı, hasrı ya da geç tesliminden doğan zararlardan sorumlu olabilmesinin şartı, zararın, eşyanın taşıyanın hakimiyet alanında bulunduğu sırada meydana gelmiş olmasıdır³¹. Ayrıca taşıyanın zarardan sorumlu olabilmesi için TTK m. 1179/I hükmünün karşıt anlamından anlaşılabacağı üzere zarara sebep olan olayın taşıyan ya da adamların kasıtlı veya ihmali davranıştan kaynaklanması gerekir. Bu hususta taşıyan kusurun kendine ya da adamlarına yüklenemeyeceğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulur.

5. Rotadan Ayrılma Sebebiyle Doğan Sorumluluk

TTK m. 1220 hükmüne göre, kaptanın denizde can veya eşya kurtarmak amacıyla ya da başka bir haklı sebebe dayanarak rotadan sapması halinde ortaya çıkan zarardan taşıyan sorumlu tutulamaz. Bu hükmün karşıt anlamından, haklı bir sebebin olmaması halinde rotadan sapmaya bağlı zararlardan taşıyanın sorumlu olacağı sonucuna varabiliriz³².

²⁹ Sözer, s. 442 - 443; Türken, s. 67 - 69; Kender, Çetingil ve Yazıcıoğlu, s. 224.

³⁰ İlknur Uluğ Cicim ve Elif Çağla Çelik, "Deniz Yolu ile Eşya Taşımacılığında Taşıyanın Gecikme Zararından Sorumluluğu ve Sorumluluğun Sınırlandırılması", *AÜHFD*, C. 7, S. 2, 2017, s. 84; Türken, s. 73; Sözer, s. 444.

³¹ Türken, s. 77 - 78; Kender, Çetingil ve Yazıcıoğlu, s. 211.

³² "Dava haksız tedbir nedeni ile uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; karar davacı ve davalılardan C tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, kimya ürünleri ithalatı yaptığını, Adana Yumurtalık Serbest Bölgesi'nde bulunan tesislerine İngiltere merkezli şirketten ithal ettiği Çin menşeli asidik asit ürününün davalı şirketin patent hakkının ihlal edildiği iddiası ile Gümrük Müdürlüğü'nden talep ettiği tedbir uyarınca serbest bölgeden çıkartılması işlemlerinin durdurulduğunu, bu sırada Ukrayna'dan ithal ettiği ve Adana Yumurtalık Serbest Bölgesi'ne getirilmekte olan ürününün tankerlerin boşaltılamamış olması nedeni ile rotasının değiştirilerek şirketin Marmara Ereğlisi'ndeki tesislerine getirtildiğini, rota değişimi nedeni ile ek ücret ödenmek zorunda kalındığını, bu arada

müşterilerine teslim etmeyi taahhüt ettikleri asidik asit ürününün Marmara Ereğlisi'ndeki tesislerden gönderilmek zorunda kalındığını, bunun da fazladan nakliye ücreti ödenmesine neden olduğunu, bu maddi zararları yanında ticari itibarının sarsılması nedeni ile de manevi zarara uğradığını iddia ederek uğradığı maddi ve manevi zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı C, Rodyum İnorganik İyodid Katalizör Sisteminin patentine sahibi olduğunu, bu patent ile üretilmiş tüm asidik asit ürünleri üzerinde hak sahibi olduğunu, bu nedenle serbest bölgede bulunan asidik asit ürünün patent hakkını ihlal edip etmediğinin incelenmesi için tedbir talebinde bulunduklarını, durdurma kararının idari bir karar olduğunu, durdurma kararı verilirse dahi davacının tankerlerinde bir miktar ürün kalacağını bu nedenle Ukrayna'dan ithal ettiği ürünün tanka boşaltılması için tankın boş olmasının gerekmediğini gösterdiğini, Ukrayna'dan ithal edilen ürünün daha yakında bir tesis varken neden Yumurtalık'a getirildiğinin de anlaşılmadığını, sonuç olarak davacının maddi ve manevi zarara uğramadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporu uyarınca davacının defterlerinin incelenmesi sonucu Marmara Ereğlisi'nden yapılan sevkiyatların Yumurtalık Serbest Bölgesi'nden yapılması halinde Hadımköy-İkitelli-Çorlu-Gölcük-İzmit bölgelerine taşıma için ödenecek 12 adet nakliye ücretinin Adana-Kayseri-Kahramanmaraş'a yapılacak 9 adet nakliye ücretinden daha fazla olması nedeni ile taşıma ücretinin davacıya ait olması halinde dahi davacının zararının olmadığı, Ukrayna'dan yapılan ithalatın Odesa-Tekirdağ arası İskenderun'a göre daha kısa mesafe olduğundan deniz yolu navlun ücretinin daha düşük olacağı, dosya kapsamından geminin rota değişimi ile ilgili olduğu öne sürülen masrafin müstenidinin bulunmadığı tespit edildiğinden davacının maddi zarara uğramadığı, manevi tazminat isteminin de yerinde olmadığı sonucuna varılarak davanın tümünden reddine karar verilmiştir.

Dosya arasındaki tüm bilgi ve belgelerden, davacıya ait Adana/Yumurtalık Serbest Bölgesi'nde bulunan tankerlerindeki 120.000 kg asidik asit ürününün davalının talep ettiği tedbir istemi uyarınca serbest bölgeden çıkartılmasının durdurulduğu anlaşılmaktadır. Durdurma kararının uygulandığı sırada davacı serbest bölgedeki malını çıkartamadığı için Ukrayna'dan ithal ettiği asidik asit ürününün rotasını değiştirmek zorunda kalmış ve Marmara Ereğlisi'ndeki tesislerine getirtmiştir. Her ne kadar Ukrayna Odesa Limanı ile Tekirdağ arası mesafenin daha kısa olması nedeni ile bilirkişiler davacının uğradığını iddia ettiği maddi zararın müstenidi olmadığını düşünmüşler ise de; davacı ithal ettiği ürünün taşınması konusunda imzaladığı sözleşme ile bağlıdır. Davacı, ürünün Yumurtalık Serbest Bölgesi'ne taşınması konusunda sözleşmesi bulunduğu, serbest bölgedeki tankerlerin ürünün yurt içine sokulamaması nedeni ile boşaltılamamasından dolayı Ukrayna'dan gelen ürünü depolayacağı yer bulunmadığından sözleşmesini değiştirmek ve ürünün Marmara Ereğlisi'ne getirilmesini istemek zorunda kaldığından 5.788 \$ fark ücret ödediğini iddia ederek fatura ibraz ettiğine göre davacının söz konusu fark ücreti ödemesine neden olan sözleşmesinin incelenmesi, fark ücretin rotadan sapma olması nedeni ile ödenip ödenmediğinin değerlendirilmesi ile varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken varsayımsal değerlendirmeye dayalı bilirkişi görüşünün kabulü ile bu kalem isteğin reddi doğru olmamış açıklanan nedenle kararın bozulması gerekmiştir.”, **Yargıtay 4. HD, E. 2013/15239, K. 2014/15505.**

III. PETROL KİRLİLİĞİNDEN DOĞAN SORUMLULUK HALLERİ

Taşıma işlemini gerçekleştiren kişilerin navlun sözleşmesi bağlamında ve TTK kapsamında sorumluluğunun bulunduğu bazı halleri yukarıda açıklamaya çalıştık. Ancak deniz yolu ile petrol taşımacılığı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hususta olası bir çatma ya da sızıntı halinde oluşan petrol kirliliğinden dolayı ortaya çıkan zarardan sorumluluktur. Bu ihtimal dahilinde ortaya çıkan zararın tazmininden taşıma işlemini gerçekleştiren kişilerin yükümlü olup olmayacağının ulusal mevzuat ve uluslararası belgeler açısından incelemek gerekir.

A. TAŞIYANIN PETROL KİRLİLİĞİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN ULUSAL HUKUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

1. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre

6102 sayılı TTK, eski TTK 'dan farklı olarak petrol kirliliğine ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu husus “1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme” ve “1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme” ye paralel olarak TTK m. 1336 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir.

Petrol kirliliğinden doğan zararlara ilişkin TTK'nın ilgili hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesinin ilk şartı ortada bir kirlenme zararı bulunmasıdır. Kirlenme zararı “1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme” ninin 1. maddesinde tanımlamaktadır. Buna göre kirlenme zararı, “*Gemiden nereden olursa olsun sızan veya bırakılan hidrokarbonların sebep olduğu kirlenmeden, hidrokarbonu taşıyan gemi dışında meydana gelen bütün ziyan veya zararları ifade eder, bu bozulmadan kaynaklanan kar kaybının dışındaki çevre bozulması için tazminatın, fiilen yapılan veya yapılacak olan eski haline döndürme ile ilgili makul tedbirlerin sınırlandırılması şartıyla, korunma tedbirlerinin masrafları ve bu tedbirlerin sebep olduğu ziyan veya zararlar*” olarak tanımlanmıştır.

TTK kapsamında petrol kirliliğinden doğan zararlara ilişkin bu hususun uygulanmasının ikinci şartı TTK m. 1347 hükmünde de belirtildiği üzere söz konusu uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşımamasıdır.

Yukarıda sayılan şartların gerçekleşmesi halinde zarar görenin zararı “1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme” si kapsamında kurulan fondan karşılanacaktır. Zarar gören, fonun zararının tamamını karşılamaması halinde donatandan ya da donatanın anlaşmalı olduğu sigorta şirketinden sözleşmeden belirtilen tonaj esaslı oranında zararının tazminini talep edebilecektir.

2. 2872 Sayılı Çevre Kanunu’na Göre

Petrol kirliliği sebebiyle sorumluluğun gündeme gelebileceği kanunlardan biri de 2872 sayılı Çevre Kanunu³³ (ÇK)’dur. Bu kanunun 28. maddesi kirletenin sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre, “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar.”

Yukarıda anılan hüküm kapsamında çevreyi kirletenlerin, ortaya çıkan zarar bağlamın sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir³⁴³⁵. Bu

³³ RG K.T.: 9/8/1983, Y.T.: 11/8/1983, S. 18132.

³⁴ Gülfer Meriç, Donatanın Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması, **Doktora Tezi**, İstanbul, 2014, s. 40 – 41.

³⁵ “Davacı vekili, ... Bayraklı “...” isimli geminin 06.10.2002 tarihinde türe yüklü halde seyir etmekte iken... İskeleye çattığını, çatma sebebiyle iskelede ve geminin bordrosunda hasar meydana geldiğini, çatmanın etkisi ile geminin yakıt tanklarındaki yakıtın denize boşaldığını, geminin kazadan sonra hiçbir tedbir alınmadan tanklarındaki yakıtın...’na kadar gelerek yakıtın... ve...’ya kadar yayıldığını, çevre kirliliği sebebiyle kazanın olduğu yere yakın yerlerde bulunan tekne, kayık, deniz araçları ile ortamda bulunan tüm canlıların zarar gördüğünü, kaza sebebiyle denizsel ortamın fiziksel, kimyasal ve biyolojik yaşamında ekolojik hasar meydana geldiğini ve çevre kirliliğinin oluştuğunu ileri sürerek, fazlaya dair haklar saklı kalmak kaydıyla 2.500.000, 00 USD ’nin olay tarihinden itibaren hesaplanacak dövizle uygulanan en yüksek reeskont faizi ile birlikte ödeme günündeki efektif satış değeri karşılığının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre; davalıların davalı... Bayraklı “...” gemisi donatanı... Ltd. Şti. aleyhine açtığı davanın kısmen kabulüyle 462.279.00 TL’nin olay tarihi 06.10.2002 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte işbu davalıdan tahsiline, davalı gemi kaptanı... aleyhine açtığı davanın, davalının Çevre Kanunu gereğince kirleten olmadığı, bu sebeple davaya konu zarardan işbu davalının sorumlu olmadığı gerekçesiyle, husumet yönünden reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili ve katılma yoluyla davalı şirket vekili temyiz etmiştir.

1-)Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön

kapsamda çevreyi kirleten bir kişinin meydana gelen zarardan sorumlu olabilmesi için hukuka aykırı bir fiil bulunmalıdır, bu fiil bir zarar meydana getirmelidir ve zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Hemen belirtelim ki, petrol kirliliği açısından hukuka aykırı fiil, ÇK m. 13 hükmünde belirtilen tehlikeli kimyasallar ve atıklara ilişkin çıkarılan yönetmeliğe aykırı davranıştan ibarettir.

ÇK m. 28 hükmü, zarar gören kişilerin genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğunu ifade etmekle birlikte ÇK m. 28 kapsamında ilgili kişilerin sorumluluğuna gidilebilmesine ilişkin 5 yıllık zamanaşımı süresini öngörmektedir.

Bizim düşüncemize göre ÇK 'nın pratikte iki önemi vardır. Birinci önemi TTK kapsamında petrol kirliliğinden doğan zararların tazmin edilemediği hallerde ÇK m. 28 hükmüne başvurulabilme imkanındır. İkinci önemi ise ÇK, TTK ve Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun'da olduğu gibi doğrudan bir sorumluyu işaret etmemektedir ve kusursuz bir sorumluluk halini düzenlemektedir. Bu da

bulunmamasına göre, katılma yoluyla davalı şirket vekilinin tüm, davacı vekilinin ise aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-)Dava, "... " adlı geminin iskeleye çarpması sonucu denize dökülen yakıt sebebiyle ortaya çıkan çevre zararının tahsili istemine ilişkindir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, 06.10.2002 tarihinde, davalı donatana ait, diğer davalı gemi kaptanının sevk ve idaresinde ilerleyen... Bayraklı "... " isimli kuru yük gemisinin İstanbul Boğazı'ndan geçişi sırasında... İskeleye'ne çarpması sonucu, gemide oluşan yarıktan gemideki yakıtın denize akması sebebiyle çevre zararı oluştuğu anlaşılmaktadır.

Davacı, söz konusu zararın tahsili için gemi donatanı ile gemi kaptanı hakkında işbu davayı açmış ise de mahkemece davalı gemi kaptanı hakkında, gemide iş sözleşmesi ile çalışan bir gemi adamı olduğu ve Çevre Kanunu anlamında bir faaliyeti olmadığından kirleten olmadığı, bu sebeple davada taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle pasif dava ehliyeti yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir.

Gerek hükme esas alınan bilirkişi raporunda gerekse 01.10.2013 tarihli bilirkişi ek raporunda isabetli olarak, Çevre Kanunu'nun 2. maddesi gereğince davalı gemi kaptanının da kirleten sıfatına sahip olduğu ve aynı Kanun'un 28. maddesi hükmü gereğince çevre zararından sorumlu olduğu, hatta sorumluluk için kusur şartının gerçekleşmesinin gerekmediği, davalı kaptanın pasif dava ehliyetinin bulunduğu belirtilmiştir.

Somut olayda, Çevre Kanunu'nun 2 ve 28. maddeleri gereğince davalı gemi kaptanının da kirleten olarak kabulüyle işbu davada pasif dava ehliyetinin bulunduğu kabulü gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davalı gemi kaptanı hakkında pasif dava ehliyeti bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi hatalı olup, hüküm bozmayı gerektirmiştir.", Yargıtay 11. HD., E. 2015/7089, K. 2016/6225

taşıyan ve donatanın farklı kişiler olması halinde zarar görenin zararının tazmini için taşıyan ve donatanın birlikte sorumluluğuna gidebilmesinin önünü açmaktadır.

3. 5312 Sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun’a Göre

5312 Sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun³⁶ (*Acil Durumlara Müdahale Kanunu*) dünyada özellikle deniz kazalarından kaynaklı olarak meydana gelen kirlenmeler ve bu amaçla deniz kirliliğinin önlenmesi ve bu hususa ilişkin doğan zararların tazminine ilişkin yapılan uluslararası sözleşmeler ile 2872 sayılı Çevre Kanunu’nu gözetilerek deniz kirliliğinin önlenmesi ve zararların tazmini konusunda ortaya çıkmış özel bir kanundur.

Bu kanunun amacı;

- Acil durumlarda gemilerden ve kıyı tesislerindeki faaliyetlerden kaynaklanan kirlenme tehlikesini ortadan kaldırmak veya kirlenmeyi azaltmak, sınırlamak ve gidermek üzere uygulanacak müdahale ve hazırlıklı olma esaslarını belirlemek.

- Olay sonucu ortaya çıkan zararların tespitini ve tazmini sağlamak.

- Uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak.

- Kanun kapsamına giren kişilerle kurum, kuruluş, gemi ve tesislerin Kanunda belirtilen ilgililerinin yetki, görev ve sorumluluklarını belirlemektir.

Bizim konumuz açısından zarardan sorumluluğun kime ait olacağı ve zararın tazminine ilişkin esaslar, Kanun’un “*Zararların Tazmini*” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmektedir³⁷. Buna göre gemi ya da kıyı tesislerinden kaynaklanan kirlenme olaylarına ilişkin olarak kirlenmenin tarafları, kirlenme yüzünden oluşan zarardan müteselsilen sorumlu olacaktır.

³⁶ RG K.T.: 3/3/2005, Y.T.: 11/3/2005, S. 25752.

³⁷ 5312 sayılı Kanun kapsamında doğan zararların tazminine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hacı Kara, “5312 Sayılı Kanun’a Göre Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Zararların Tazmini”, *YBHD*, C. 4, S. 1, 2019, s. 339 – 345.

Kanun zararların tazmininden kirlenmeye sebep olan tarafların müteselsilen sorumlu olacağını ifade etmekle birlikte bu taraflar ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıkça belirtmemiştir. Ancak kanun uygulanması ilişkin olarak 26326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 42/V maddesinde denizcilik müsteşarlığınca taraflara yapılacak ödeme taleplerinin içeriğinde yer alması gereken unsurlardan bahsedilmektedir. Bu unsurlardan biri de geminin kimliğidir. Bu bağlamda ortaya çıkan zarara ilişkin olayda zarar görenlerce geminin kimliğine dolayısıyla donatana ulaşmak, taşıyana ulaşmaktan daha kolay olacağından kanun kapsamında ve TTK düzenlemesine paralel olarak donatanın sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Bu kapsamda zarar görenler müsteşarlığa başvuracak ve bu duruma bağlı olarak müsteşarlık zararlarla ilişkin tazminatın ödenmesini donatan ve donatanın bağlı olduğu sigorta şirketinden talep edecektir.

B. TAŞIYANIN PETROL KİRLİLİĞİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

20. yüzyılın ilk yarısından günümüze kadar gelişen teknolojik gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan petrol ihtiyacını karşılamak üzere deniz yolu ile petrol taşıma işlemi de artış göstermiştir. Bu taşıma işlemindeki artış beraberinde gemi kazaları, insan hataları, doğa olayları, savaş ve birçok başka sebebe bağlı olarak deniz kirliliğinin oluşması riskini de dramatik olarak arttırmıştır. Bu bağlamda dünyada deniz kirliliğine sebep olan sorunlara ilişkin ve deniz kirliliğini önlemeye yönelik gerek evrensel gerekse bölgesel bazda pek çok uluslararası sözleşme hazırlanmıştır. Bu sözleşmelerden bazıları şunlardır;

- 1924 tarihli Gemi Sahiplerinin Sorumluluklarının Sınırlanmasında İlişkin Sözleşme
- 1954 tarihli Denizin Petrol ve Türevleri ile Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Sözleşme
- 1957 tarihli Deniz Gemi Sahiplerinin Sorumluluklarının Sınırlanmasına Hakkında Uluslararası Brüksel Sözleşmesi
- 1969 tarihli Petrol ile Kirlenmeden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluğa Dair Uluslararası Sözleşme

- 1973 tarihli Gemilerin Neden Olduğu Kirlenmenin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme (MARPOL - The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships)
- 1976 tarihli Akdeniz'in Kirliliğe Karşı Korunmasına İlişkin Sözleşme
- 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
- 1984 tarihli Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi Protokolü
- 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme (CLC - International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage)
- 1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Sözleşme (FC- International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage)
- Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği ile İlgili Uluslararası Sözleşme
- Karadeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi
- Uluslararası Petrol Kirliliği Tazminat Fonu Kurulması Hakkında Protokol
- 2001 tarihli Gemi Yakıtlarından Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararının Hukuki Sorumluluğu Hakkında Uluslararası Sözleşme (BUNKERS)
- Denizde Mali Sorumluluk Sözleşmelerinin Devamı Olan Ek Fon Protokolü 2003 (Supplementary Fund Protocol 2003)
- 2010 tarihli Deniz Yoluyla Taşınan Tehlikeli ve Zararlı Maddelerden Kaynaklanan Zararın Tazmini ve Sorumluluğu Hakkında Milletlerarası Sözleşme (HNS)

Yukarıdaki sözleşmelerden “1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme”ye ve “1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Sözleşme”ye TTK düzenlemesinde atıf yapılması sebebiyle bu çalışma kapsamında incelemeyi uygun gördük.

1. 1992 Tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme

Tarihte denizde petrol taşımacılığı sırasında meydana gelen “Torrey Canyon”³⁸, “Amoco Cadiz”³⁹, “Independenta”⁴⁰ gibi bazı önemli

³⁸ “18 Mart 1967 tarihinde, 117 bin ton ham petrolü taşımakta olan Torrey Canyon isimli Liberya bandıralı gemi, İngiltere’nin Carnwall kıyılarındaki Seven Stones bölgesinde büyük bir orandaki petrolün deniz sularına boşalmasıyla İngiltere ve Fransa kıyılarında önemli bir kirliliğin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Kazanın meydana gelmesinden sonraki iki gün içerisinde 30 bin ton ham petrol deniz sularına karışmıştır. Kalan petrolün denize karışmasının önlenmesi amacıyla gemi sahibi gemiyi kayalık alanın dışına çıkarmak için bir yardım ve kurtarma şirketiyle anlaşsa da gemi 3 parçaya ayrılarak 30 bin ton ham petrol daha deniz sularına yayılmıştır. İngiltere hükümeti geminin hava kuvvetleri tarafından bombalanarak kalan petrolün yanarak yok olmasını sağlamıştır.

Torrey Canyon kazası sonrası, büyük miktarda gaz ve petrol tüketimi yapan Amerika Birleşik Devletleri, tükettiği bu gaz ve petrolerin büyük bir kısmını tankerler ve mavralar aracılığıyla temin ettiği için alarma geçmiştir. O zamana kadar ki en büyük deniz kirliliğine neden olan Torrey Canyon kazası ile MARPOL’ün kabul edilmesine giden süreç başlamıştır.”, Birce Kahraman, Ticaret Gemilerinden Kaynaklanan Petrol Kirliliğinin Hukuki Sonuçları, **Yüksek Lisans Tezi**, 2018, s. 14; Jihong Chen, Weipan Zhang, Zheng Wan, Sifan Li, Tiancun Huang, Yijie Fei, “Oil Spills From Global Tankers: Status Review and Future Governance”, **Journal of Cleaner Production**, S. 227, 2019, s. 26; Hasan Basri Özkan, P&I (Protect & Indemnity) Kulüp Sigortaları Kapsamında Petrol Taşımacılığında Doğan Kirlenme Zararları, **Yüksek Lisans Tezi**, Mersin, 2015, s. 7.

³⁹ “223 bin ton ham petrol taşıyan Amoco Cadiz isimli gemi Manş denizine girdiği sırada bir dümen arızası oluşmuş ve 16 Mart 1978 tarihinde Fransa açıklarında karaya oturmuş ve Torrey Canyon kazasının iki katı büyüklüğünde bir kirliliğe sebep olmuştur. Olay sonucu gemide ki tüm petrol denize dökülmüş ve tarihin en büyük deniz kasası olaylarından biri meydana gelmiştir.

Amoco Cadiz kazası sonrası Fransa Hükümeti, Fransız yönetim yetkilileri, birçok belediye, vatandaşlar, ticari işletmeler ve şirketler tarafından kirlilik zararının temini ve temizlik masrafları için Amoco şirketlerine karşı ABD’de dava açılmıştır. Bu davaların çok önemli iki sonucu bulunmaktadır. Bu sonuçlardan ilki mahkemenin Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi hükümlerinden yararlanmış olması, bir diğer önemli sonucu ise kusurun ispatlanması halinde mahkemenin, sorumluların Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi’nde (HSS) bulunan sorumluluk sınırının da üzerinde sorumlu olabileceklerine hükmetmiş olmasıdır. Ayrıca bu dava, HSS’ye taraf olan bir ülkede meydana gelen kirlilik sonucu için, HSS’ye taraf olmayan Amerika gibi bir ülkede dava açılabilmesi ve dava açılan ülkenin kendi yargı sistemini uygulamada yeterli dayanağı olması halinde HSS hükümlerini uygulamayabileceği sonucunu da ortaya koymuştur.”, Kahraman, s. 15 – 16; Chen, Zhang, Wan, Li, Huang ve Fei, s. 26.

⁴⁰ “İstanbul boğazı seyir güvenliği açısından dünyada ki en tehlikeli geçiş noktalarından birisidir. Günümüze kadar bu sularda irili ufaklı birçok kaza meydana gelmiştir. M/V Evriali isimli Yunan Bandıralı gemi ile Romen bandıralı Independenta

kazaların sonucunda Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Sözleşme (CLC) günümüzdeki şeklini almış ve 2016 yılına kadar 135 ülke sözleşmeye taraf olmuştur⁴¹. Bu taraf olan ülkelerden biri de Türkiye’dir. Nitekim 6102 sayılı TTK aracılığı ile bu sözleşmeye ilişkin hükümler iç hukuku etkilemiştir.

Bu sözleşmenin uygulama alanının sınırları 2. maddesinde belirtilmektedir. Buna göre sözleşmeye taraf devletlerden birinin karasuları da dahil olmak üzere ülkesinde, münhasır ekonomik bölgelerinde, münhasır ekonomik bölgesi yok ise karasularının bittiği noktadan itibaren 200 deniz mili açığına kadar uzanan bölgede meydana gelen kirlenme zararından ve nerede olursa olsun bu zararları önlemeye ya da en aza indirmeye yönelik önleyici tedbirlerin alınmasında bu sözleşme uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşme ’ye göre sözleşme kapsamında meydana gelen zararlardan donatan sorumlu olacaktır. Ancak donatanın bu sorumluluktan kısmen ya da tamamen kurtulabilmesi sözleşmede sayılan bazı durumlar karşısında mümkündür. Bu durumlar şunlardır;

- Zararın bir savaş, düşmanlık, iç savaş, ayaklanma ya da bu durumların önlenmesi halinde ortaya çıkması halinde,
- Zararın kaçınılması mümkün olmayan bir doğa olayından kaynaklanması halinde,
- Zararın üçüncü bir kişinin özellikle zarar verme kastıyla hareket etmesi ya da ihmali sonucunda ortaya çıkması durumunda,

isimli tanker Haydarpaşa açıkları civarında çarpışarak büyük bir kazaya sebebiyet vermiştir. Bu kaza dünyada ki en büyük 10 tanker kazasından biri olarak nitelendirilmektedir. Gemide meydana gelen patlamalar sonucu birçok ev ve dükkân zarara uğramıştır. 15 Kasım 1979 tarihli bu kazada, Independenta gemisinin mürettebatından 43 kişinin yaşamını yitirdiği gemi 14 Aralık’a kadar yanmaya devam etmiştir. 30 bin ton petrol yanmış 64 bin ton petrol denize dökülmüştür. İstanbul boğası uzun bir süre ulaşım kapatılmış denizin temizlenmesi ise aylar almıştır. Kirlilik dolayısıyla yaklaşık 1 milyar dolarlık tazminat davaları açılmıştır. Her iki gemide tam olarak zayı oldukları için zarar görenlerin cebri icra yoluna başvurma olanakları kalmamıştır. Bu sebeple donatanların o zaman yürürlükte olan mülga BK.55 hükmüne göre sorumlu olup olmayacakları tartışmaları gündeme gelmiştir.”, Kahraman, s. 16.

⁴¹ David Soto – Onate, Gonzalo Cabellero, “Oil Spills, Governance and Institutional Performance: The 1992 Regime of Liability and Compensation for Oil Pollution Damage”, **Journal of Cleaner Production**, S. 166, 2017, s.301.

- Zararın bir hükümetin veya fener ya da sair seyir yardımcıları bakımından sorumlu bir merciin bu görevini yerine getirmesi sırasındaki ihmali ya da hukuka aykırı davranışı sonucunda ortaya çıktığı ispat edilirse donatan sorumluluktan kurtulur.

- Ayrıca donatan kirlenme zararının, zarar gören şahıs tarafından kasten ya da ihmali bir davranış sonucunda ortaya çıktığını ispatlarsa kısmen ya da tamamen sorumluluktan kurtulabilir.

Sözleşme 'de donatanın sorumluluğu ve sınırlarından bahsedilmekle birlikte ortaya çıkan kirlenme zararı için donatanın hizmetlilerinin, acentelerinin ya da mürettebatının, gemi için hizmet veren kılavuz kaptanın veya diğer bir şahsın, herhangi bir chartererin, gemi müdürünün veya işletmecisinin ve bunların acente ya da hizmetlilerinin, donatanın izni ile ya da yetkili kamu merciinin talimatı ile kurtarma operasyonlarını ifa eden bir şahsın ve bu şahsın acentesinin ya da hizmetlilerinin, önleyici tedbirler alan şahısların ve bunların acentelerinin ya da hizmetlilerinin sorumluluğuna gidilemeyeceği belirtilmektedir. Ancak kirlenme zararı bu şahısların kasti veya dikkatsiz bir davranışından, ihmalden veya olası bir zararın ortaya çıkabileceğini öngörebileceği bir davranışından kaynaklanmış olması halinde, bu şahısların sorumluluğuna da başvurulabilecektir.

Sözleşmenin kirlenme zararı kapsamında, zararın tazmin edilmesinin kolaylaştırılması ve birinin sorumluluğuna gidilebilmesini kolaylaştırmak açısından donatanın sorumluluğunu tercih etmiş olduğu kanaatindeyiz. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşme donatanın 3. kişilere rücu hakkının bulunduğunu da belirtmiştir.

CLC kapsamında 2000 ton ve üzeri petrol taşıyan geminin donatanı olası bir petrol kirliliğine karşı bir teminat vermek zorundadır. Bu teminat sigorta, banka garantisi ya da uluslararası tazminat fonu tarafından verilmiş bir sertifika olabilir. Meydana gelen petrol kirliliği kapsamında oluşan zararların tazmini için donatanın göstermiş olduğu teminat yeterli gelmez ise zararın geri kalanı fon tarafından karşılanacaktır.

2. 1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Sözleşme

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere 1967 yılında Torrey Canyon kazasının gerçekleşmesi önce 1969 yılında CLC'yi daha sonra ise

1971 yılında Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Sözleşme'nin hazırlanmasına sebep olmuştur⁴². Hazırlanan CLC ve FC sözleşmeleri günümüzdeki şeklini 1992 tarihinde yapılan düzenlemeler sonucunda almıştır. Günümüzde FC'ye aralarında Türkiye'nin d bulunduğu 115 devlet üyedir. Nitekim bu sözleşmeye ilişkin atıflar TTK'nın deniz ticaretine ilişkin bölümde "Sorumluluğun Sınırlanması ve Petrol Kirliliği Zararının Tazmini" başlıklı yedinci kısmında mevcuttur.

FC, günümüze kadar geliştirmiş olduğu mekanizması kapsamında fonun ödeme yapmayı kabul edilebilir nitelikte bulduğu zararları şunlardır⁴³:

- Mülkiyet Zararları (Property Damages): FC kılavuzuna göre malvarlığına ilişkin kabul edilebilir talepler, petrol bulaşmış olan herhangi bir mülkün temizlenmesine, tamirine ya da yenilenmesine ilişkin taleplerdir. Bu kapsama girecek mülkler genellikle denizde bulunan tekneler, denizde bulunan çeşitli envanter, iskele ve deniz kıyısındaki yerleşkelerdir⁴⁴.

- Zarara Bağlı Kayıplar (Consequential Loss): Zarara bağlı kayıpların kapsamını petrolün bulaştığı mülkün malikinin ya da kullanıcısının uğradığı kazanç kaybı oluşturmaktadır. Bu bağlamda gezinti amaçlı kullanılan yatın petrol bulaşmasına bağlı olarak işlevini yerine getirememesi ya da balık ağlarının petrol bulaşması sonucu kullanılmaz hale gelmesi bu duruma verilebilecek örneklerdendir⁴⁵.

- Saf Ekonomik Kayıplar: Bu zarar kalemi genellikle beklenen kazanç kaybını ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu kapsamda otellerin turizm faaliyetlerinde yaşadığı kayıp, balıkçıların balık popülasyonlarının zarar görmesine bağlı olarak yaşadığı kazanç kaybı saf ekonomik kayıplara verilebilecek örneklerden bazılarıdır.

⁴² Serdar Acar, **Kulüp Sigortası**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 156; Soto -Onate ve Cabalero, s. 301.

⁴³ Fonun ödeme yapmayı kabul edilebilir bulduğu zararlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. International Oil Pollution Compensation Funds, Claims Manual, 2019, s. 13 – 15.

⁴⁴ Acar, s. 158.

⁴⁵ İbid.

- Çevre Zararları: Çevre zararları niteliği itibarı ile tam olarak hesaplanması mümkün olmayan bir zarar kalemidir. Ancak fon maddi imkanların izin verdiği ölçüde ve sözleşmesel sınırlara bağlı kalarak bu zararı da tazmin etmeye çalışmaktadır.

Fonun öngördüğü tazmin sistemi üç aşamalıdır. Buna göre yukarıdaki zarar kalemlerinin tamamı toplam zararı oluşturur. Toplam zarar ilk etapta donatanın gösterdiği teminatın karşılığıdır. Teminatın zararı gidermede yetersiz kalması halinde, zararın tazmini FC kapsamında kurulan fondan karşılanır. Ancak fon da zararın karşılanmasında yetersiz kalırsa, FC'nin 2003 protokolü ile oluşturduğu ve taraf ülkelerin petrol ihracatçıları tarafından finanse edilen ilave fon, zararın tazmininde devreye girecektir.

IV. PETROL TAŞIMACILIĞI FAALİYETLERİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR BAĞLAMINDA TAHKİM

A. Genel Olarak

Tahkim, kanunun izin verdiği konularda taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların hakem adı verilen kişi veya kişilerce kesin ve bağlayıcı olarak çözümlenmesi hususunda tarafların anlaşması olarak tanımlanabilir.⁴⁶ Tanımdan da anlaşılacağı üzere tahkim için ilk önce tarafların aralarındaki uyuşmazlığı gidermek üzere tahkim yargılamasını tercih ettiği yönündeki irade beyanlarını ortaya koymaları gerekmektedir. Bu irade açıklamaları tarafların aralarında yapacağı bir tahkim sözleşmesi ile mümkündür. Bu bağlamda tarafların aralarında akdedeceği tahkim sözleşmesinin, tahkim yargılamasının temelini oluşturacağını söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁷. Nitekim 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴⁸ (MTK) m. 4 ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁹ (HMK) m. 412'de yer alan tahkimin tanımı ve şekil şartlarına ilişkin hükümler incelendiğinde yazılı bir sözleşmenin varlığı tahkim yargılamasının temel şartını oluşturacaktır.

⁴⁶ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 5.

⁴⁷ Hakan Pekcanitez, Ali Yeşilırmak, "*Tahkim*", **Medeni Usul Hukuku**, C. III, 15. Baskı, Edt. Hakan Pekcanitez, Muhammed Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2594.

⁴⁸ RG S. 24453, Y.T. 05/07/2001.

⁴⁹ RG S. 27836, Y.T. 04/02/2011.

Deniz yoluyla petrol taşımacılığı faaliyeti kapsamında ise ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlığın tahkim yargılamasına konu olabilmesi taşıma faaliyetine ilişkin düzenlenen konşimentoda yer alan bir tahkim kaydı ile sağlanabileceği gibi tarafların aralarında akdedeceği ayrı bir tahkim sözleşmesi ile bu durumu sağlaması da mümkündür⁵⁰.

Taraflar aralarında kararlaştırmış oldukları tahkim sözleşmesi kapsamında *ad hoc* tahkim yargılamasını veya kurumsal tahkim yargılamasını tercih edebilirler.

B. Petrol Taşımacılığından Doğan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

C. Ad-Hoc TAHKİM YARGILAMASI

Ad-Hoc ya da arızı tahkim en basit tanımlama ile bir kurumun gözetiminde olmaksızın yapılan tahkim çeşididir. Bir başka deyişle *ad-hoc* tahkim sisteminde taraflar tahkim yargılamasını istedikleri gibi şekillendirebilmektedir. Bu durum kurumsal tahkime kıyasla avantajlar yaratabildiği gibi dezavantajlarda yaratmaktadır. Bu avantajlara örnek vermek gerekirse, aracı bir tahkim kurum olmaması sebebiyle kurumsal tahkime kıyasla arızı tahkimin daha masrafsız olabilmesi, yine yargılamaya ilişkin dilekçelerin bir kuruma iletilmemiş olmasının taraflar için daha fazla gizliliğe elvermesi durumları gösterilebilir. Deniz yoluyla petrol taşınması özelinde tarafların *ad-hoc* yargılamasını sunmuş olduğu bazı avantajlar sebebiyle tercih ettiği bilinmektedir⁵¹. *Ad-hoc* tahkimin avantajlarının yanında dezavantajları da mevcuttur. Bu doğrultuda en büyük dezavantajı ise tarafların iş birliğinden kaçınmasıdır. Tarafların hakem seçimin gerçekleştirilememesi ve bu durumun sonucu olarak oluşacak olan zaman kaybı ve masrafların artması, *ad-hoc* tahkimin dezavantajına örnek olarak gösterilebilir.⁵²

⁵⁰ Tayfun Ercan, **Türk Hukukunda Konşimentonun Rolü ve İşlevi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 43.

⁵¹ Çalışmaya ilişkin örnek *ad-hoc* yargılaması kararı için bkz. **“Delhi High Court, Bridge Marine Ltd. vs Indian Oil Corporation Ltd. on 16 June 2021”**, <https://indiankanoon.org/doc/48651381/>, e.t. 08.11.2022.

⁵² Pekcanitez, s. 2611 – 2612.

D. KURUMSAL TAHKİM YARGILAMASI: LMAA ÖRNEĞİ

Kurumsal tahkim yargılaması olarak ifade edilen tahkim türünün ad-hoc tahkim yargılamasından temel farkı tahkimin, bir kurum gözetiminde ve o kurumun kurallarına göre yapılıyor olmasıdır. Bu bağlamda tahkimin bir kurum tarafından yapılıyor olması, şayet kurum dikkatli bir şekilde seçilirse, taraflara dış etkilere kapalılık başta olmak üzere zaman ve adil bir yargılama konusunda da avantaj sağlayacaktır. Kurumsal tahkim bu avantajlarını büyük ölçüde önceden belirlemiş olduğu kurallara, alanında uzman hakemleri bünyesinde barındırmasına ve ilgi alanlarındaki deneyimlerine borçludur.

Bizim çalışmamız özelinde uyuşmazlık yaşayan tarafların deniz ticaret uyuşmazlıklarında uzmanlaşmış olan tahkim kurumlarını tercih etmeleri yukarıda ifade edildiği üzere taraflar birtakım avantajlar sağlayacaktır. Bu doğrultuda Amerika’da New York’ta kurulan Deniz Hakemleri Kurumu (SMA – Society of Maritime Arbitrators), Almanya’da Bremen ve Hamburg şehirlerinde faaliyette bulunan Alman Deniz Tahkim Birliği (GMAA – German Maritime Arbitration Association)⁵³, Singapur’da Singapur Deniz Tahkim Odası (SCMA – Singapore Chamber of Maritime Arbitration), Çin’de Çin Deniz Tahkim Komisyonu (CMAC – China Maritime Arbitration Commission), Fransa’da Paris Deniz Tahkim Odası (CAMP – la Chambre Arbitrale Maritime de Paris) ve İngiltere’de Londra merkezli Londra Deniz Hakemleri Birliği (LMAA – London Maritime Arbitrators Association), deniz ticaret yargılamalarında dünya genelinde öne çıkan kurumlardandır.

Çalışmamız kapsamında bu kurumların tamamının yapısını ve tahkim kurallarını izah etmek ve çalışma ile ilgisini açıklamayı lüzumsuz görmemiz sebebiyle bu kurumlar içerisinden okuyucuya fikir vermesi için LMAA ait yapı ve kurallara yönelik bilgi vermeyi uygun gördük.

LMAA ya da bizim dilimizdeki karşılığı ile Londra Deniz Hakemleri Birliği 12 Mayıs 1960 tarihinde Baltic Exchange sistemine kayıtlı hakemlerince Londra’da kurulmuş ve deniz ticaret uyuşmazlıkları

⁵³ GMAA yapısına ve kurallarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hilal Tuğba Öksüzöğlu, **Türkiye’de Deniz Ticareti Uyuşmazlık Merkezi Kurulması Bağlamında German Maritime Arbitration Association Uyuşmazlık Çözüm Sistemi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

yönünde uzmanlaşmış kurumsal bir tahkim sistemidir⁵⁴. LMAA'da diğer tahkim kuruluşlarından farklı olarak idari yapının ve sekreteryanın hakem atanması gibi bazı sınırlı görevler dışında yargılamada aktif görev almadığı göze çarpmaktadır⁵⁵.

LMAA tahkim kuralları ilk olarak 1984 yılında yayımlanmış daha sonra bu kurallar 1987, 1991, 1997, 2002, 2006, 2012, 2017 ve 2021 yılların yeniden düzenlenmiştir. Bu doğrultuda LMAA kurallarının uygulanabilmesi için öncelikle taraflar aralarında yaptıkları anlaşmaya ekleyecekleri bir kloz ya da tahkime yönelik yapacakları ayrı bir anlaşma ile LMAA kurallarının uygulanması yönünde mutabakat sağlamalıdır.

Aksi kararlaştırılmadığı sürece LMAA m. 6 uyarınca tahkim yeri İngiltere ve uygulanacak hukuk İngiliz hukukudur. LMAA m.8/a kapsamında aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece tahkim yargılaması 3 hakem tarafından yapılır. Bu hakemler tam üyelerden ya da destek üyelerden oluşabilir⁵⁶. Ancak belirtmek gerekir ki 2021 değişiklikleri uyarınca 100.000 USD'nin altındaki uyuşmazlıklar "*Small Claims Procedure*" olarak ifade edilmekte ve tek hakem tarafından seri olarak çözümlenmektedir.

Sonuç olarak LMAA gibi bir tahkim kurumu nezdinde çözüme kavuşturulması amaçlanan petrol taşımacılığından kaynaklanan uyuşmazlıklarda hem kurumun birtakım kurallarının bulunması hem de alanında uzman kişilerin hakem olarak görev yapması çoğu durumda *ad-hoc* tahkim yargılamalarına kıyasla taraflara daha çok avantaj sağlayacağı görülmektedir.

SONUÇ

Deniz yolu ile petrol taşınması işlemi petrol sahibinin kendine ait gemilerle gerçekleştirilebileceği gibi başkalarına ait gemilerin

⁵⁴ London Maritime Arbitration Association, <https://lmaa.london/history/>, e.t. 10.10.2022.

⁵⁵ Serhat Eskiörük, "*Londra Deniz Tahkim Kurumu (LMAA) 2021 Yılı Kural Değişikliklerinin ve Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi*", **Uluslararası Deniz Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı Tam Metin Bildiri Kitabı**, Edt. İlyas Gölcüklü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 39.

⁵⁶ LMAA kapsamında bulunan hakemlerin tam üye ya da destek üye olmalarına yönelik detaylı bilgi için bkz. Eskiörük, s. 40; Kerem Ertan, **Deniz Hukukunda Londra'da Tahkim**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 27 – 28.

kiralanması ya da navlun sözleşmeleri kapsamında da gerçekleştirilmesi mümkündür.

Petrol sahibinin ilk ihtimal olan kendi gemileri ile taşıma işlemini gerçekleştirmesi halinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu, donatanın sorumluluğu kapsamında değerlendirilecektir. Buna bağlı olarak petrol sahibi taşıtan ve taşıyan olduğundan ya da başka bir deyişle ortada sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından ortaya çıkan zararlarda, petrol sahibinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu donatanın haksız fiilden kaynaklı sorumluluğu şeklinde kendini gösterecektir.

İkinci ihtimalde petrol sahibi başkalarına ait gemileri kiralamak suretiyle taşıma işlemini gerçekleştirebilir. Bu durumda da gemi işletme müteahhidi ve taşıyan sıfatlarını kendisinde birleştiren petrol sahibi, ilk ihtimaldekine benzer bir şekilde üçüncü kişilere karşı donatanın haksız fiilden kaynaklı sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Son ihtimalde petrol sahibi taşıtan sıfatıyla, taşıma işlemini gerçekleştirmesi üzerine bir kişiyle anlaşabilir. Bu ihtimalde yapılan taşıma sözleşmesi deniz ticaret hukukundaki adı ile bir navlun sözleşmesi olup, kırkambar sözleşmesi, charter sözleşmesi, zaman charteri, yolculuk charteri, miktar sözleşmesi gibi pek çok alt türü mevcuttur. Ancak genel olarak bu sözleşmeler bir tarafın taşıma işlemini gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği karşı tarafınsa bunun karşılığında bir navlun (bedel) ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler kapsamında ortaya çıkan zararlarda taşıyanın sorumluluğu gündeme gelecektir.

Navlun sözleşmeleri kapsamında taşıyanın sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluk halleri olarak gündeme gelebilir. Bu sorumluluk hallerinden bazıları TTK'nın çeşitli hükümlerinde belirtilmekle birlikte bununla sınırlı değildir.

TTK kapsamında taşıyanın sözleşmesel sorumluluğu, yükün hasarı, zıyaı ya da geç teslimi konusunda doğmaktadır. Bu durum geminin belirlenen rotadan sapması, yükün başka bir gemiyle taşınması ya da başka bir gemiye aktarılması veya taşıyan ya da adamlarının kasti veya ihmali davranışları gibi çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir.

Çalışmanın konusunu oluşturan yükün petrol olması, taşıma işlemini gerçekleştiren kişinin taşıma işlemi kapsamında ortaya çıkabilecek çevresel zararlardan ve üçüncü kişilerin zararlarından sorumlu olup

olmayacağı sorusunu da gündeme getirmektedir. Bu kapsamda yapılan çeşitli uluslararası anlaşma ve kanuni düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden en önemlisi TTK'da da yer alması sebebiyle 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme ve 1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Sözleşme'dir. Bu sözleşmeler kapsamında deniz yolu ile petrol taşınmasında ortaya çıkabilecek hidro-karbon kirliliği, üçüncü kişilerin zararları, sorumluluk halleri ve zararların tazmin edilme yöntemleri düzenlenmektedir. Ancak yabancılık unsuru taşımayan hallerde bu sözleşmesinin uygulanması mümkün değildir. Bu durumda taşıma işlemini gerçekleştiren kişilerin sorumluluğuna olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde Çevre Kanunu ya da 5312 sayılı petrol kirliliğinin önlenmesine dair kanun uygulama alanı bulacaktır.

Deniz yolu ile petrol taşımacılığından doğabilecek uyuşmazlıklar kapsamında her ne kadar ulus yargısına başvurma imkânı bulunsa da tahkim yargılanmasının tercih edilmesi uyuşmazlığın tarafları açısından daha pratik bir yaklaşım olacaktır. Çünkü deniz yolu ile petrol ve türevlerinin taşınması hem çok uluslu iş ilişkilerini bünyesinde barındırması hem de büyük meblağların söz konusu olması sebebi ile tahkimin özellikle zaman konusunda taraflara avantaj sağlayacağı açıktır.

Uyuşmazlığın tarafları tahkim yargılaması kapsamında kuralları ve hakemleri kendilerinin belirlediği ad-hoc ya da arızı tahkim olarak bilinen tahkim yargılamasını ya da kuralların bir kurum tarafından belirlendiği ve hakemlerin bir kurum bünyesindeki uzmanlardan oluştuğu kurumsal tahkimi tercih edebilirler. Bu bağlamda her iki tahkim türünün kendine has avantajları ve dezavantajları olsa da bizim görüşümüzce zaman yönünden sağlanan tasarrufun çarpıcı bir şekilde belirgin olması ve tarafların yargılamanın kuralları ve hakem seçimi üzerinde biraz daha sınırlı olduğu kurumsal tahkimin tercih edilmesi deniz yoluyla petrol taşınması hususunda yaşanacak bir uyuşmazlık halinde, taraflara, ad-hoc tahkim yargılamasına göre daha çok avantaj sağlayacağı şüphesizdir.

KAYNAKÇA

- ACAR**, Serdar: Kulüp Sigortası, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ADIGÜZEL**, Burak: “Yeni Türk Ticaret Kanunda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 2, 2013, s. 3 – 20.
- AĞSAKAL**, İbrahim: “Deniz Yolu ile Yapılan Taşımalarda Yükün Zıya ve Harsarı ile Teslimdeki Gecikmenin Bildirimi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2012, s. 249 - 273.
- AKINCI**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ASGAROV**, Natig: “Gönderenin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Tehlikeli Eşya Hakkında Beyanda Bulunma Yükümlülüğü”, Banka ve Ticaret Dergisi, C. 28, S. 2, 2012, s. 297 – 322.
- CHEN**, Jihong/ **ZHANG**, Weipan/ **WAN**, Zheng/ **LI**, Sifan/ **HUANG**, Tiancun/ **FEI**, Yijie: “Oil Spills From Global Tankers: Status Review and Future Governance”, Journal of Cleaner Production, S. 227, 2019, s. 20 - 32.
- ÇAĞA**, Tahir/**KENDER**, Rayegan: Deniz Ticaret Hukuku II, 10. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÇELİKBAŞ**, Nil Merve: “Navlun Sözleşmesi ile Konşimento Arasındaki İlişki”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.8, 2012, s.187 – 219.
- ÇINAR**, Hüseyin: “Türk Deniz Ticaret Filosu ve Ulaşım Altyapısı”, Türk Deniz Gücünün 21. Yüzyıl Boyutu, 1. Baskı, Rahmi M. Koç Müzesi Yayınları.
- DEĞİRMENCİ**, Nil Kula: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu 5. Kitap Hükümleri Uyarınca Taşıyıcının Sorumluluğu ve Akdedeceği Sorumsuzluk Anlaşmaları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DEMİR**, İsmail: “1996 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme’de 2010 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Dergisi, C. 27, S. 3, 2011, s. 199 – 245.
- ERCAN**, Tayfun: Türk Hukukunda Konışmentonun Rolü ve İşlevi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ERTAN**, Kerem: Deniz Hukukunda Londra’da Tahkim, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- ESKİYÖRÜK**, Serhat: “Londra Deniz Tahkim Kurumu (LMAA) 2021 Yılı Kural Değişikliklerinin ve Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, Uluslararası Deniz Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı Tam Metin Bildiri Kitabı, Edt. İlyas Gölçüklü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 37 - 48.

GÜNER ÖZBEK, Meltem Deniz: The Carriage of Dangerous Goods by Sea, Springer, 1. Ed., Berlin, 2008.

İSMAYILOV, Araz: Çıplak Gemi Kira Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2017.

KAHRAMAN, Birce: Ticaret Gemilerinden Kaynaklanan Petrol Kirliliğinin Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, 2018.

KARA, Hacı: “5312 Sayılı Kanun’a Göre Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Zararların Tazmini”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 4, S. 1, 2019, s. 311 – 357.

KAYIHAN, Şaban: Deniz Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2021.

KENDER, Rayegan/ **ÇETİNGİL**, Ergon/ **YAZICIOĞLU**, Emine: Deniz Ticaret Hukuku Temel Bilgiler, C. 1, 14. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

KENDER, Rayegan/ **ÇETİNGİL**, Ergon: Deniz Ticaret Hukuku Temel Bilgiler, 12. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

KUM, Buğra Kaan: Taşıyıcının Tehlikeli Madde Taşımacılığından Doğan Sorumluluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

KUYUCU MERİÇ, Gülfer: “Deniz Yoluyla Taşınan Tehlikeli ve Zararlı Maddelerden Kaynaklanan Zararın Sorumluluğu Hakkında Milletlerarası Sözleşme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2 – 2, 2017, s. 231 – 250.

MERİÇ, Gülfer: Donatanın Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması, Doktora Tezi, İstanbul, 2014.

MURAN, Hakan: Zaman Çarteri Sözleşmesinde Çartererin Yükümlülükleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

ÖKSÜZOĞLU, Hilal Tuğba: Türkiye’de Deniz Ticareti Uyuşmazlık Merkezi Kurulması Bağlamında German Maritime Arbitration Association Uyuşmazlık Çözüm Sistemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ÖNDER, Salih: Gemi Kira Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.

ÖNDER, Salih: “Gemi Kira Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, s. 763 – 792.

ÖNDER, Salih: “TTK Kapsamında Gemi Kira Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 2016, s. 163 – 189.

ÖZKAN, Hasan Basri: P&I (Protect & Indemnity) Kulüp Sigortaları Kapsamında Petrol Taşımacılığından Doğan Kirlenme Zararları, Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2015.

PEKCANITEZ, Hakan /YEŞİLIRMAK, Ali: “*Tahkim*”, Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Baskı, Edt. Hakan Pekcanitez, Muhammed Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

SOTO – ONATE, David/ CAVELLERO, Gonzalo: “*Oil Spills, Governance and Institutional Performance: The 1992 Regime of Liability and Compensation for Oil Pollution Damage*”, Journal of Cleaner Production, S. 166, 2017, s. 299 - 311.

SÖZER, Bülent: Deniz Ticaret Hukuku – I, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017.

SÜZEL, Cüneyt: Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

SÜZEL, Cüneyt: “*815 Sayılı Kabotaj Kanunu’nun Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Uyarınca Değerlendirilmesi*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 135 – 136, 2015, s. 29 – 76.

TOPSOY, Fevzi: Deniz Ticareti Hukuku I, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.

TÜRKEN, Şafak: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Eşyanın Zıyayı, Hasarı ya da Geç Tesliminden Doğan Sorumluluğu, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019.

ULUĞ CİCİM, İlknur/ÇELİK, Elif Çağla: “*Deniz Yolu ile Eşya Taşımacılığında Taşıyanın Gecikme Zararından Sorumluluğu ve Sorumluluğun Sınırlandırılması*”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 81- 99.

ULUĞ, İlknur: “*Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2002, s. 83 - 99.

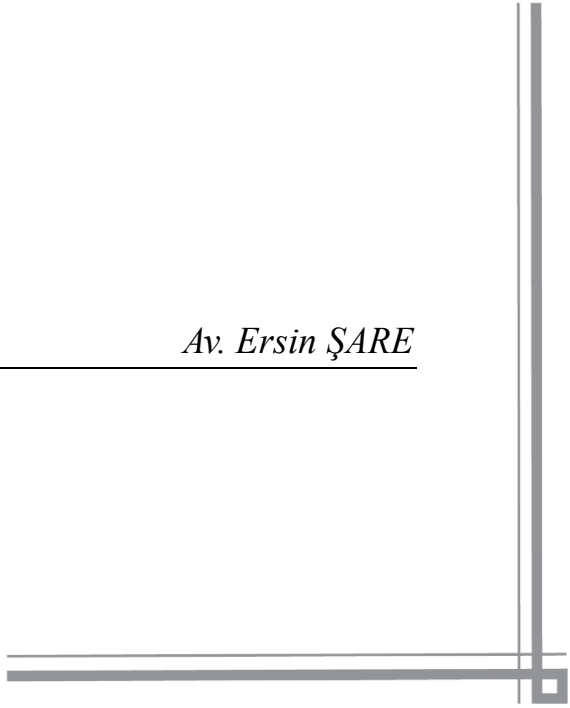
ÜLGENER, M. Fehmi: Çarter Sözleşmeleri – I, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

ZORLU, Gülay Vasfiye: “*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Fiili Taşıyan/Taşıyıcı*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 1., 2017, s. 142 – 151.



HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SINIRLI SAYIDA OLUP OLMADIĞI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Av. Ersin ŞARE



Öz:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nunda (TCK) ve diğer bazı kanunlarda hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. Öğretide ittifakla hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmektedir. Örf ve adetten kaynaklı hukuka uygunluk nedenlerinin olabileceği savunulmaktadır. Yazılı olmayan kaynaklardan hukuka uygunluk nedenlerinin türetilmesi; şüphesiz suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini yakından ilgilendirmektedir. Aslında bu gibi hallerde suçun oluşumu için hukuken şeklen aykırılık yeterli görülmeyip, maddi hukuka aykırılık aranmaktadır. Yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri kategorisinin oluşturulması ve faydası noktasında tartışmalar bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Hukuka Uygunluk, Hukuka Aykırılık, Toplumsal Uygunluk, Kanunun Hükmü, Kanunilik İlkesi*

Abstract:

The Turkish Penal Code No. 5237 (TCK) and some other laws include justified causes. It is unanimously accepted in legal doctrine that the justified causes are not limited in number. It is argued that justified causes may stem from custom and tradition. Deriving justified causes from unwritten sources undoubtedly closely concerns the principle of legality of crime and punishment. In fact, in such cases, a formal legal irregularity is not sufficient for the crime to be constituted; a violation of substantive law is also required. There is debate regarding the creation and usefulness of a category of unwritten grounds for legality.

Keywords: *Justified Causes, Illegality, Social Conformity, Provision of Law, The Principle of Legality*

GİRİŞ

Gerçekleştirilen bir fiil, bir suçun kanunda belirtilen tanımına yani suç tipine tamamen uygun olsa bile, bazı nedenlerin varlığı o fiilin suç olarak kabul edilmesine engel olabilir. Hatta bazı durumlarda bu sebeplerin varlığı fiili doğal kılıp, suç teşkil ettiğini bile akla getirmeyebiliyor. Bu bağlamda savaş esnasında karşı tarafta yer alıp taarruz eden düşmanı öldürmek ya da kalabalık bir ortamda elindeki bıçakla sebepsiz yere etrafta bulunanlara saldıran kişinin güvenlik güçlerince silah kullanılarak etkisiz hale getirilmesi, ortada tipik bir kasten öldürme fiili olsa da, suç olarak kabul edilmemektedir¹. Yine mesleki kurallara uygun hareket eden bir cerrahın, neşterle insan derisi üzerinde derin bir yarık açması; gol atmaya giden futbolcunun rakip oyuncu tarafından düşürülmesi, kasten yaralama suçu olarak kabul edilmemektedir.

Aslında tüm suç işleyenler, belki de biraz suçluluk psikolojisinden kaynaklı olarak, kendilerine uygun bir hukuka uygunluk nedeni türetirler. Hemen hemen tüm kavgalarda, aslında karşı taraf saldırmıştır; kişi ise, her insanda bulunan en doğal ve temel içgüdüyü yerine getirmiştir ve sadece kendini savunmuştur. Bu bağlamda bir fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygunluk nedenlerinin kökenlerinin ilk insan ve topluluğuna kadar gittiği söylenebilir; suçun işlendiği ilk insan topluluğunda kendini cezadan kurtarmak isteyen ilk insan, bir hukuka uygunluk nedenine dayanmak ihtiyacı hissetmiştir. Genel olarak insanların yaptıkları fiilleri haklı kılma çabalarının kökleri çok eskiye dayansa da, hukuk öğretisinde hukuka aykırılığın suç oluşumunda, tipiklikten ve kusurdan ayrı bir unsur olarak kabul edilmesinin ve hukuka aykırılığı bertaraf eden hukuka uygunluk nedenlerinin kategorileştirilmesinin yeni olduğunu belirtmek gerekir. Suçun maddi unsuru (actus reus), suçun manevi unsuru (mens rea) ya da bu unsurlardan ayrı telakki edilen kusurluluk kavramlarının ceza hukukunda derinlemesine tartışılmasından çok sonra, hukuka aykırılık ayrı bir unsur olarak kabul edilmiş; hukuka aykırılığı gideren hukuka uygunluk nedenleri belli bir sisteme oturturulmuştur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu ve diğer bazı kanunlarda hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. Öğretide ittifakla hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmektedir. Örf ve adetten

¹ Gian Domenico Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri*, Çeviren: Atıf Akgüç, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1971, s. 127.

kaynaklı hukuka uygunluk nedenlerinin olabileceğinin savunulmasının yanı sıra; somut olay kapsamında mahkeme kararıyla bile, bir hukuka uygunluk nedeninin geliştirilebileceği ifade edilmektedir². Hukuka uygunluk nedenlerinin koşulları yönünden genel bir çerçeve çizilememesi ve yazılı olmayan kaynaklardan da hukuka uygunluk nedenlerinin türetilmesi, şüphesiz suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini yakından ilgilendirmektedir. Suçlar ve cezalar yasama meclislerinin yapmış oldukları kanunlarla konulurken; işlenen fiilleri suç olmaktan çıkaran nedenlerin kanun dışı kaynaklardan doğması sadece toplumsal güvenliği değil, diğer bireylerin özgürlüklerini tehlikeye atabilir. Bu çalışmada esas olarak Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen mevcut hukuka uygunluk nedenlerinin niteliğine ve hukuka uygunluk nedenlerine kategori olarak sınır çizilip çizilemeyeceğine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Ancak konuyu daha anlaşılır kılmak için öncelikle hukuka uygunluk nedenlerinin özelliklerinden kısaca bahsedilecektir.

I. GENEL OLARAK HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN ÖZELLİKLERİ

A. Suçun Unsurları Bakımından Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Konumu

Farklı hukuk sistemlerinde kusurluluğa verilen anlamlar arasında farklılık bulunması, kafa karışıklığına neden olmaktadır. Kusurluluğu suçun manevi unsur içinde inceleyen ve kast ile taksire indirgeyen görüşler olduğu gibi, manevi unsur dışında bir unsur kabul edip, kusurluluğu fiilin toplumsal kınanabilirliği olarak kabul eden görüşler de bulunmaktadır³. Kusurluluğu suç teorisi içerisinde inceleyen yazarlar olduğu gibi, kusurluluğu ceza vermenin bir ön koşulu olarak kabul edip, kusurun

² Bkz. Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 210. Heinrich kitabında, geçmişte Almanya'da benzeri gerçekleşmiş olayı örnek olarak vermiştir: Yönetici kişi, kendinden önceki yöneticinin anayasal düzeni ağır biçimde ihlal ettiğini tespit eder. Ulusal bir gazeteye başvurur ve bunu meslek sırrını ihlal edecek şekilde açıklar. Bu somut olaydan hareketle Alman Federal Yüksek Mahkemesi (memur hukukuna ilişkin) ihbar hakkı (yazılı olmayan) hukuka uygunluk nedenini geliştirir.

³ Bkz. Ersin Şare, "Soykırım Suçundaki Özel Kast", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, 10(2): 863-912, s. 865-866

suçun bir unsuru olarak kabul edilmesinin gerekmediğini savunan yazarlarda da bulunmaktadır⁴. Bir görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin iradeye etkili olması, normatif unsur kaldırılmaları gibi düşüncelerle değil, daha ziyade işlenmiş fiilin sosyal bakımdan kınanamaması sebebiyledir ve bu nedenle kusurluluk ortadan kalkmaktadır. Mazeret sebebi olarak nitelendirilen bu hallerde kusur yoktur; kusurluluk hukuka aykırılıktan önce geldiğinden, bunun gibi mazeret nedenleri içerisinde işlenen fiiller yönünden kusurdan söz edilmese bile hukuka aykırılık varlığını devam ettirmektedir⁵. Bu görüş hukuka aykırılığın kusurluluktan ayrılama-yacağı merkezindedir⁶.

Aslında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen meşru savunma, bağlayıcı hukuka uygun emrin yerine getirilmesi gibi hallerde kişinin, fiilini gerçekleştirirken iradesi etki altındadır; bu bağlamda hukuka uygunluk nedeni mevzubahis olduğunda, suçun subjektif unsuruna, yani gerçekleştirilen fiil ile fail arasındaki ruhi bağa etki eden bir durum ortaya çıkmaktadır⁷. Bu gibi hallerde iradesi zorlanan ve zorlanmış bir irade altında fiilini gerçekleştiren kişinin bireysel anlamda kusurlu olmadığından söz etmek mümkündür. Bununla birlikte kanunun hükmünün ya da yasanın verdiği yetkiyi icra etmek şeklindeki hukuka uygunluk nedenlerinde, gerçekleştirilen eylemin kusursuz olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁸.

Bizim kabul ettiğimiz görüşe göre hukuka aykırılığı, suçun temel unsurlarında olan tipiklik ve kusurdan ayrı bir unsur olarak kabul etmek gerekir⁹. Suçun oluşumunda ayrı bir unsur olarak hukuka aykırılığın aranması özellikle hukuka uygunluk nedenlerinin sistemleştirilmesinde önemlidir; çünkü hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu hallerde ortada

⁴ Bkz. Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 56.

⁵ Bkz. Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 551-552.

⁶ Bkz. Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1949, s. 91.

⁷ Bkz. Kunter, 1949, s. 79.

⁸ Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1975, s. 99.

⁹ Francesco Palazzo, *Corso Di Diritto Penale Parte Generale*, G. Giappichelli Editore, Ottava Edizione, Torino 2021, s. 337 vd.

kusurlu ve tipik bir fiil olmasına rağmen fail cezalandırılmamaktadır¹⁰. Hukuka aykırılık ile kişisel kınanabilirlik anlamında kusur arasında fark olduğunu kabul etmek gerekir¹¹. Kim tarafından gerçekleştirildiğinin üzerinde durulmadan eylemin objektif hukuka aykırılığının tespitinden sonra, failin kusurlu olup olmadığı araştırılacaktır¹².

B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Hukuki Sonuçları

Hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırı olmasını önler, daha doğru bir ifade ile onun baştan itibaren hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlar¹³; hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde hukuka aykırı bir fiilin sonradan hukuka uygun hale gelmesi söz konusu değildir. Hukuka uygun olmaya bağlanan sonuca paralel olarak hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde gerçekleştirilen fiil, tüm hukuk düzeni ve dalları yönünden hukuka uygun hale gelir¹⁴. Bu nedenle bir hukuka uygunluk nedenin var olduğu hallerde, maruz kaldığı fiil nedeniyle zarar gören ya da menfaati tehlikeye konulan kişinin tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır.

İşlenen fiil yönünden hukuka uygunluk hallerinden birinin mevcut olduğu durumlarda söz konusu fiile iştirak edenler cezalandırılmayacaktır. Zira ortada bir suçun varlığından ve dolayısıyla suça iştirakten söz etmek mümkün değildir¹⁵. Şüphesiz bu görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olarak bulunmasının yeterli olduğunun savunulduğu hallerde geçerli olacaktır. Aşağıda da değinileceği üzere failin hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için, hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket etme iradesinin olmasının ve gerçekleştirdiği fiilde bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmesinin aranması gerektiği

¹⁰ Bu görüşler için bkz. Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 129.

¹¹ Heinrich, 2014, s. 197.

¹² Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 1992, s. 136.

¹³ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2012, s. 149; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara/2017, s. 212.

¹⁴ Palazzo, 2021, s. 340; Toroslu, 2012, s. 150.

¹⁵ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 482.

savunulursa, iştirak edenlerin her biri yönünden ayrıca sübjektif değerlendirme yapılması gerekecektir.

C. Hukuka Uygunluk Nedenleri İçin Ortak Koşullar Belirlemek Mümkün müdür?

Hukuka uygunluk nedenlerinin kaynaklarının değişik olması, yapı farklılığı, uygulanma şartlarının çeşitliliği gibi sebeplerle hukuka uygunluk nedenlerinin hepsi için geçerli olmak üzere ortak özellikleri göz önüne alınarak bilimsel bir tasnif yapılamamaktadır.¹⁶

Bununla birlikte bir görüşe göre, belli istisna hallerinde hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanmayacağına ilişkin ortak koşullar belirlemek mümkündür: İlk istisna hali suçun ağırlığı ile ilgilidir: İşlenen suçun ağırlığı dikkate alındığında, ağır bir suç teşkil eden fiil hiçbir zaman hukuka uygunluk nedeni kapsamında kabul edilemez. Örneğin soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar gibi ağır suçları içeren fiiller yönünden bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemez. İkinci istisna oranla ilgilidir: Fiilin hukuka uygun kabul edilebilmesi için korunmak istenen hukuksal değer ile ihlal edilen hukuksal değer arasında bir oran bulunmalıdır; orantısızlık varsa hukuka uygunluk nedeni uygulanmaz. Bir hukuka uygunluk nedeni olan meşru savunmada, saldırı fiili ile savunma fiilinin arasında saldırıyı defetmek yönünden uygun bir oranın bulunması, meşru savunmanın düzenlendiği TCK'nın 25. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Örneğin bahçeden meyve çalan hırsızın öldürülmesi olayında saldırı fiili ile savunma fiili arasında uygun oran bulunmamaktadır. Kanunda düzenlenen diğer hukuka uygunluk nedenlerinin şartları arasında açıkça yer almasa da, tüm hukuka uygunluk nedeleri yönünden ortak bir şekilde, korunmak istenen hukuksal değer ile ihlal edilen hukuksal değer arasında bir oran bulunması aranmalıdır. Üçüncü istisna gereklilikle ilgilidir: Hukuksal değeri korumak adına başkasına ait hukuksal değer ihlal edilmesi gerekli olmalıdır; gerekli değilse yine hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemeyecektir¹⁷. Belirtmek gerekir ki orantılılık ve

¹⁶ Önder, 1992, s. 153-162; M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 409.

¹⁷ Bu görüş ve tasnifleme için bkz. Buhari Çetinkaya, *Türk ve Fransız Hukukunda Kanun Hükmünü Yerine Getirme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 17-22.

gereklilik olarak ifade edilen istisnalar aynı zamanda, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırının aşılp aşılmadığı konusu ile ilgilidir.

Fail bir olaya veya bir duruma kendisi sebebiyet vermiş ve bir hukuka uygunluk sebebi yaratarak bundan yararlanmak, böylece başkasının hak ve menfaatine cezalandırılmadan saldırmak istemiş olabilir. Böyle hileli yollara başvurulması halinde artık hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemez¹⁸.

D. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sübjektif Unsur Aramak Gerekli midir?

Hukuka uygunluk nedenlerinin sadece var olmasının, başka bir ifade ile objektif olarak bulunmasının, etki göstermesi için yeterli olduğu ve failin bu konudaki düşünce ve inancının önem taşımadığı belirtilmektedir¹⁹. Başka bir ifade ile hukuka uygunluk nedenleri, failin onu bilip bilmemesinden bağımsız olarak, fiili suç olmaktan çıkaran objektif nedenlerdir²⁰. Bir görüşe göre, böyle durumlarda sözde (mefruz) suç söz konusudur²¹. Diğer görüşe göre ise, hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmek için yalnızca objektif koşulların varlığı ile yetinilmemeli, aynı zamanda her bir hukuka uygunluk nedeni açısından ayrıca sübjektif koşul, yani kişide hukuka uygunluk nedeni kapsamında hareket etme iradesi aranmalıdır²².

İtalyan Ceza Kanunu'nun 59. maddesinin 1. fıkrasında; hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olduğuna ilişkin hüküm bulunmaktadır. Fail, hukuka uygunluk nedeninin var olduğundan habersiz olsa ve hukuka uygunluk nedeninin var olmadığını düşünse dahi somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fail lehine değerlendirilmektedir²³. Türk Ceza Kanunu'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Somut olayda hukuka uygunluk nedeninin varlığının bilinmediği ve konudaki hatanın kaçınılmaz olduğu hallerde, TCK'nın 30/3 maddesi uyarınca bir

¹⁸ Önder, 1992, s. 155.

¹⁹ Hakan Karakehya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 129; Önder, 1992, s. 152.

²⁰ Hafizoğulları/Özen s. 212.

²¹ Kunter, 1949, s. 150.

²² Heinrich, 2014, s. 207-208; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 24. Baskı, Ankara 2024, s. 268.

²³ Palazzo, 2021, s. 342.

hukuka uygunluk nedeni varmış gibi kişinin bundan yararlandırıldığı dikkate alındığında, fail ile hukuka uygunluk nedeni arasında sübjektif bir ilişkinin aranması gerektiği sonucunu çıkarmak mümkündür²⁴.

II. TÜRK CEZA KANUNU VE DİĞER KANUNLARDA YER VERİLEN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ İLE CEZA VE DİĞER KANUNLARDA YER ALMAYAN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Hukuka uygunluk nedenlerinin ceza kanununda belirtilenlerle sınırlı, yani sınırlı sayıda olmadığı ifade edilmekte²⁵; hukuka uygunluğun medeni hukuk gibi başka hukuk dallarından kaynaklanacağı gibi²⁶, yazılı olmayan hukuktan mesela örf ve adetten ya da tabii hukuktan, uygunluk nedenlerinin gelişebileceği belirtilmektedir²⁷. Başka bir görüşe göre ise, şeklen hukuka aykırılığın kabul edildiği bir durumda hukuka uygunluk nedenlerinin yazılı olması gerekmektedir²⁸. Aşağıda öncelikle pozitif hukukta yani başta ceza kanunu olmak üzere kanunlarda yer alan hukuka uygunluk nedenlerinden kısaca bahsedilecektir. Sonrasında yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

A. Türk Ceza Kanununda ve Diğer Kanunlarda Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri

Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenlerine 24 ve devamı maddelerinde yer verilmiştir. Kanunda hukuka uygunluk nedenlerine yer verilen bölüm başlığının adı “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” olarak belirlenmiştir. “*Ceza sorumluluğunun kaldırılması*” ifadesi, ilgili bölümde yer alan düzenlemelerin esasında kusurluluğu kaldıran nedenler olduğu çağrışımı yapmaktadır. Başka bir ifade ile

²⁴ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2019, s. 279.

²⁵ Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985, s. 35.

²⁶ Önder, 1992, s. 147; Heinrich, 2014, s. 319. Pozitif hukukun yanı sıra, savaşta misilleme yapma hakkı gibi devletler hukukundan kaynaklı hukuka uygunluk nedenlerinin varlığından bahsedilmektedir. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, Çeviren: Feridun Yenisey, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 31-32.

²⁷ Jescheck, 2007, s. 33-34; Öztürk/Erdem, 2024, s. 267; Artuk vd., 2017, s. 409; Karakehya, 2023, s. 128.

²⁸ Kunter, 1949, s. 163.

kanun koyucunun, bizim hukuka uygunluk nedeni olarak tabir ettiğimiz halleri, kusurluluğu kaldıran mazeret sebepleri olarak kabul edip, ona göre kanunda yer verdiği yorumunu yapmak mümkündür. Günümüz öğretisinde, birkaç istisna haricinde, TCK 24 vd. maddelerinde yer verilen düzenlemelerin birer hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabul edildiği ve bu isimle adlandırıldığı söylenebilir.²⁹

TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında; “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” hükmüne yer verilmiştir. Hukukun tanıdığı bir yetkinin ve yüklediği bir görevin varlığı hukuka aykırılığı ve dolayısıyla suçu ortadan kaldırır; hukuk düzeninin bir yandan belirli biçimde davranma görev ya da yetkisini tanıyıp, bir yandan bu görev ya da yetkinin yerine getirilmesini cezalandırması düşünülemez³⁰; bu hukuk düzeninin kendisi ile çelişkiye düşmezliğinin bir gereğidir³¹. Bu bağlamda TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen hüküm olmasaydı bile, yazılı hukuk kurallarının verdiği yetkinin kullanılması dolayısıyla bir suç tanımına uygun düşen fiiller hukuk düzeninin birliği ve çelişmezliği gereği hukuka uygun kabul edilecekti³². Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda kanun hükmünü yerine getirme şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır; bazı kanunlarda özel maddelerde yer verilen hükümler, mesela belli koşullarda kişilere tanınan yakalama yetkisi, bir hukuka uygunluk nedeni olarak ayrı başlık altında incelenmektedir. Bunula birlikte tıpkı kanunumuz gibi, İtalyan ve Fransız Ceza Kanunlarında, kanunun hükmünü yerine getirme şeklinde, müstakil bir genel hukuka uygunluk nedeni hükmüne yer verilmiştir.

TCK'nın 24. maddesinin 2 ve devamı fıkralarında; “(2) *Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu*

²⁹ Türk Hukukunda “*Hukuka Uygunluk Nedenleri*” tabirini ilk kullanan Kunter'e göre, bu sebeplere mazeret sebepleri denilmesi doğru değildir; çünkü bu ifade bu sebeplerin sadece failin cezalandırılmasına tesir ettiği kanısı uyandırmaktadır. Bkz. Kunter, 1949, 162.

³⁰ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2016, s. 361.

³¹ Toroslu s. 149, 151.

³² Zeynel T. Kangal, “*Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2011, 8(89-90): 23-68, s. 25.

olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur” hükümlerine yer verilmiştir. Bağlayıcı hukuka uygun emri yerine getirmek şüphesiz hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte bağlayıcı olup hukuka aykırılık teşkil eden emri yerine getirme hallerinin hangi kapsamda değerlendirileceği konusunda belirsizlik vardır. Bu noktada hukuka aykırı emrin konusunun suç teşkil etmesi ya da etmemesi şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. 1982 Anayasa’nın “Kanunsuz Emir” başlıklı 137. maddesi dikkate alındığında; hukuka aykırı emrin konusu aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, bunun yerine getirilmesinin cezai sorumluluğu etkilemeyeceği söylenebilir. Bununla birlikte konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bağlayıcı emri yerine getiren kişi hukuka uygun hareket etmiş kabul edilemez; ancak bu durumda kusurlu bir hareket olduğundan da söz edilemez. Bu bağlamda bazı yazarlar tarafından amirin emri konusu hukuka uygunluk nedeni başlığı altında değil, kusurluluğu kaldıran nedenler başlığı altında incelenmektedir. Uluslararası Hukukta amirin emrini yerine getirme kural olarak hukuka uygunluk nedeni olarak değil; kişilerin cezai sorumluluğunu kaldırmamakla birlikte, belli durumlarda kusurluluğa etki eden bir neden olarak görülmektedir. Türk Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk nedenlerinin düzenlendiği bölümde yer verilip, mahiyeti itibariyle hukuka uygunluk nedeni olduğu tartışmalı olan istisnalardan ilki hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin düzenlediği bu hükümdür.

TCK’nın 25. maddesinin 1. fıkrasında; “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” Meşru savunma başlığı altında düzenlenen bu hükümde; meşru savunmanın koşullarına yer verilmiştir. İnsanda bulunan en doğal içgüdüye yani kendini koruma ve savunma içgüdüsüne kanun yoluyla cevap verilmiş; belli koşullarda kendini savunan insanların cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Aslında meşru savunma hallerinde, savunma fiilini yapan kişinin iradesi, bu fiili gerçekleştirme yönünden zorlanmıştır. Bu nedenle meşru savunma kusurlulukla da yakından ilgilidir. Bununla birlikte meşru savunma halindeki kişinin cezalandırılmayışının esas nedeni, kişideki bu kusursuz iradede öte, fiilin varlığı ve objektif unsuru ile ilgilidir. Meşru savunma halinde gerçekleştirilen fiil,

objektif olarak hukuka uygun bir fiildir. Bu nedenle meşru savunma, mazet sebepinden de öte bir hukuka uygunluk nedenidir.

TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasında; *“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”* hükmüne yer verilmiştir. Zorunluluk hali başlığı altında düzenlenen bu hükümde, zorunluluk halinin koşullarına yer verilmiştir. Hukuk sistemleri, karşılaştığı tehlike karşısında adeta manevi bir cebir altında, bir başkasına karşı, iradi olarak suç işleyen kimsenin içinde bulunduğu psişik duruma, zorunluluk hali müessesesini kabul ederek hukuki bir sonuç bağlamıştır. TCK'daki düzenlemede, zorunluluk halinin, tehdit edilen her türlü hak için mümkün olabileceği belirtilmiştir. Kanunda, korunan menfaatin, feda edilen menfaatten üstün olmasının gerekliliği açıkça belirtilmemiş, yalnızca menfaatler arasında bir oranın bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Korunan ve feda edilen haklar arasında belli bir oranın aranmasından yola çıkılarak, zorunluluk halinin varlığı için menfaatlerin ya eşit olması ya da korunan menfaatin, feda edilen menfaatten üstün olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler kıstas alındığında TCK'daki düzenlemede hem hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline, hem de kusurluluğu kaldıran zorunluluk haline ait unsurlara yer verildiği söylenebilir³³. TCK'da hukuka uygunluk nedenlerinin düzenlendiği bölümde yer verilip, mahiyeti itibariyle hukuka uygunluk nedeni olduğu tartışmalı olan istisnalardan ikincisi zorunluluk halidir.

TCK'nın 26. maddesinin 1 fıkrasında; *“Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez”* hükmüne yer verilmiştir. Hakkın icrası şeklindeki hukuka uygunluk nedeni kanundan kaynaklanabilir; başka bir ifade ile kanunun verdiği hakkı yerine getiren kişi hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Bunun yanı sıra hukuki örf, adet kurallarının sübjektif bir hak doğurabileceği ve hakkın icra edilmesi kapsamında hukuka uygunluk sağlayabileceği ifade edilmektedir³⁴.

³³ Soyaslan, 2016, s. 380.

³⁴ Faruk Erem, *“Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, 41(1): 5-17, s. 8-9.

TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” hükmü yer almaktadır. İlgilinin rızası başlığı altında yer verilen bu düzenleme bir hukuka uygunluk nedenidir³⁵. Belirtmek gerekir ki tipikliğin oluşmasına engel olan “*rıza*” ile bir hukuka uygunluk nedeni olan “*ilgilerin rızası*” aynı şeyler değildirler ve farklı sonuçlar doğurmaktadırlar.

Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen hukuka uygunluk nedenlerini genel hukuka uygunluk nedenleri olarak adlandırmak mümkündür. Genel hükümlerde yer almaları nedeniyle, niteliği uygun düştüğü ölçüde, her suç tipi için bu hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Bunun yanı sıra Ceza Kanunu'nun özel kısmında yer alan bazı suç tiplerinin bulunduğu bölümlerde ya da ceza kanunu dışındaki kanunlarda, hukuka uygunluk nedenlerine yer verilebilmektedir. Bunlar özel hukuka uygunluk nedenleri olarak adlandırıldığı gibi, başlı başına ayrı bir hukuka uygunluk nedeniymiş gibi incelemeye tabi tutulabilmektedir. Örneğin mal üzerindeki zilyetliğe yönelik saldırılar Türk Medeni Kanunu'nun 981. maddesinde düzenlenen ve zilyede tanınan, zilyetliği koruma hakkına dayanılarak bertaraf edilebilir. Bu düzenleme niteliği itibarıyla, özel bir meşru savunma hükmüdür. Başka bir taraftan bakıldığında aslında burada kanundan kaynaklanan bir hakkın kullanımı söz konusudur ve kanundan kaynaklanan hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) biçimindeki hukuka uygunluk nedeni de bulunmaktadır. Ayrıca örf adete uygun düşen veya gelenek halini almış davranışların hukuka uygun olduğu özel bir düzenleme ile belirtilerek bu türden davranışlar meşru kılınabilmektedir³⁶.

B. Yazılı Olmayan Hukuka Uygunluk Nedenleri

Türk Ceza Kanunu'nda ya da diğer kanunlarda yer verilen hukuka uygunluk nedenleri dışında, yazılı olmayan başka hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı kabul edilmektedir. Örneğin yükümlülüğün çatışması şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin Türk Ceza Hukuku'nda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak öğretide kabul edildiği ifade

³⁵ Bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II*, DER Yayınevi, 14. Baskı, İstanbul 2019, s. 298 vd.

³⁶ Çetinkaya, 2021, s. 232.

edilmektedir³⁷. Yine zimmete konu malın değerinin çok az olması durumunda, mesela kağıt, silgi veya kalem gibi malların alınması hallerinde “*müsâmmaha zimmeti*”nin oluştuğu ve bu gibi durumlarda kamu görevlisi failin, fiilin toplumsal uygunluğu şeklinde beliren hukuka uygunluk nedeni gereğince cezalandırılmayacağı belirtilmektedir³⁸. Aşağıda bazı yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerinden kısaca bahsedilecek; sonrasında yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri kategorisi oluşturma yerindeliliğine ilişkin açıklama yapılacaktır.

Bir doktorun, tek solunum cihazına sahipken önüne gelen genç bir hasta ile yaşlı bir hastaya müdahale yapmak istediğinde, solunum cihazını genç olan hastaya takmayı tercih edip ve bu tercihinin uygulaması sonucu genç hastanın kurtulup yaşlı hastanın ihmali davranış nedeniyle ölmesi durumunda yükümlülüklerin çatışması söz konusu olacaktır³⁹. Yükümlülüklerin çatışması halinde, ancak hukuken üstün olan yükümlülüğün ifası talep edilebilecektir. Farklı dereceden yükümlülüklerde üstün olanın yapılması, alt derecedeki yükümlülüğün ihmal edilmesi veya aynı derecede olan yükümlülüklerden birinin tercih edilerek diğerinin yapılmaması halinde hukuka aykırı bir ihmalden söz edilmeyeceği ifade edilmektedir⁴⁰. Yükümlülüklerin çatışması şeklinde beliren hukuka uygunluk nedeninin, zorunluluk halinden farklı olduğu; zira harekete geçmekle yükümlü olan kişinin zorunluluk halinde olduğu gibi tehlike altında olmadığı belirtilmektedir⁴¹.

Kişi ya da kişilere zarar verme ya da menfaatlerini tehlikeye koyma ihtimali olan her türlü teşebbüs ve faaliyetin yasaklanması mümkün değildir. Trafik kazalarının önlenmesi için araba sürmek yasaklanamayacağından izin verilen risk şeklinde beliren hukuka uygun nedeninden bahsedilir. Ancak izin verilen risk kapsamında hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için bu teşebbüs ve faaliyet alanlarındaki

³⁷ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2015, s. 218.

³⁸ Bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2019, s. 1150.

³⁹ Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2020, s. 133.

⁴⁰ Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çeviren: Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 313.

⁴¹ Özen, 2020, s. 133.

güvenlik önlemlerine ve sanat kurallarına uyulması gerekmektedir⁴². Tıbbın kabul ettiği risk ve sapmalar çerçevesindeki hareketler izin verilen risktirler ve tıbbi müdahale neticesinde beliren bir olumsuz netice meydana gelirse, doktor bu davranışı nedeniyle cezalandırılmayacaktır; çünkü her tıbbi müdahalenin normal sapmaları ve riskleri vardır⁴³. Yine spor faaliyetleri toplum yararına olan faaliyetlerdir, belirli bazı neticeleri olacaktır. Bu neticeler kabullenilmesi gereken ve izin verilen risktir⁴⁴.

“*Haklı menfaatlerden yararlanma*” adı altında ifade edilen hukuka uygunluk nedeninden söz etmek gereklidir. Yüksek bir menfaatin korunması, önemi az olan bir menfaatin zarar görmesini haklı çıkarabilir⁴⁵. Örneğin, büyük bir şirketin önemli ve belirleyici bir yönetim kurulu toplantısına zamanında yetişmenin öncelikli menfaati gerekçe gösterilerek hız sınırının aşılmasının haklı gösterilmesinde⁴⁶ olduğu gibi. Hakimin takdiri ile, bir kanun hükmünün koruduğu menfaatin ihlalinin, menfaatleri dengelemek gibi bir gerekçe ile haklılaştırmanın doğru olmadığı ve önemli olanın kanun koyucunun, kanunla beliren iradesi olduğu ifade edilip, böyle bir hukuka uygunluk nedeninin kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁷. Ayrıca Alman Ceza Kanunu’nda⁴⁸, hakaret suçu yönünden geçerli olan haklı menfaatlerden yararlanmanın sadece özel bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ifade edilerek genel bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı vurgulanmaktadır⁴⁹.

⁴² Heinrich, 2014, s. 342.

⁴³ Yener Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, Beta Yayınevi, İstanbul 1998, s. 334

⁴⁴ Önder, 1992, s. 181.

⁴⁵ Kunter, 1949, s. 135.

⁴⁶ Palazzo, 2021, s. 397

⁴⁷ Palazzo, 2021, s. 397

⁴⁸ “*Haklı Menfaatlerden Yararlanma*” başlıklı Alman Ceza Kanunu’nun 193. maddesine göre; “*Bilimsel ve sanatsal eserler veya ticari edim veya hizmetler hakkında takbih edici değer yargıları ile, hakların kullanılması ve savunulması veya haklı menfaatlerden yararlanılması amacıyla yapılan açıklamalar ve üstlerin astlarına yönelttikleri ikaz ve kınamalar, bir memurun görevi ile ilgili olarak yaptığı şikayetler veya değer yargıları ve benzeri haller, sadece yapılan açıklamanın biçiminden veya açıklamanın yapıldığı koşullardan dolayı hakaretin mevcut bulunduğu anlaşıyorsa, sadece bu halde, cezalandırılır.*” Kanun maddesi ve çevirisi için bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 269.

⁴⁹ Heinrich, 2014, s. 342.

Hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerin başında sosyal zararın bulunmamasının geldiği ifade edilmektedir⁵⁰. Toplumun hukuki bilinci bazı fiillerin cezalandırılmaması şeklinde belirlemekte ise, kanunda yazılı olmasa dahi, bunların hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesine imkan verir. Belli şartlarda toplumsal açıdan uygun bir hareket, gerçekleşen ihlali haklı kılabilir ve buna toplumsal uygunluk adı verilmektedir⁵¹. Toplumsal uygunlukta aslında ceza tespit edilmiş bir hüküm bulunmasına karşın, hayatın normal akışı içinde yaşayan sosyal hükümler çerçevesinde davranışlar normal olarak algılanmakta ve kesinlikle haksızlık bulunmamaktadır. Bu tip olaylarda (farklı temellerde olsa da) hareketin objektif unsurları tam değildir. Ancak bu noktada sınırları belirlenebilir bir hukuka uygunluk nedeninden de söz etmek mümkün değildir⁵². Hakeri'ye göre, bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak toplumsal uygunluk adı altında genel bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını reddetmek gerekir. Toplumsal uygunluğun fiilin hukuka aykırılığını kaldırıcı etki yapması kabul edilemez. Toplumsal uygunluk düşüncesi sadece suç tiplerinin yorumunda bir bakış açısı olabilir. Toplumsal uygunluk düşüncesinin, ancak müstakil suç unsurlarını sınırlayıcı, tipikliği daraltan şekilde kullanılması kabul edilebilir⁵³. Bu bağlamda zimmete konu malın değerinin çok az olması durumunda, kamu görevlisi failin, fiilinin cezalandırılmamasının nedeni toplumsal uygunluğu şeklinde beliren hukuka uygunluk nedeni değil, tipiklik üzerinde yapılan yorumla ilgilidir. Zira bu türden önemsiz fiiller, belirtilen suç tipleriyle yasaklanmak istenen fiiller değildirler; bu gibi hallerde hukuksal zararın ihlali de söz konusu olmamaktadır⁵⁴.

Yukarıda bir kısmını belirttiğimiz, yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri kategorisinin oluşturulması ve faydası noktasında tartışmalar bulunmaktadır. Palazzo'ya göre; yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri kategorisinin oluşturulmasının, Ceza Kanunu'da yer verilen mevcut hukuka uygunluk nedenlerinin dinamik yapısı dikkate

⁵⁰ Erem, 1990, s. 5.

⁵¹ “Halkın toplumsal yaşamının, tarihsel olarak oluşan düzeninin içindeki hareketler haksızlık kavramı dışında tutulmalıdır. Buna Welzel toplumsal açıdan uygunluk demektedir.” Bkz. Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, 20(69): 55-96, s. 73.

⁵² Heinrich, 2014, s. 343.

⁵³ Bkz. Hakeri, 2007, s. 81.

⁵⁴ Hakeri, 2007, s. 95.

alındığında herhangi bir yararı yoktur. Suç ve cezaların aksine mevcut hukuka uygunluk nedenleri yönünden kıyas yapmak mümkündür. Ayrıca hakkın icrası gibi hukuka uygunluk nedenleri yazılı olmayan örf ve adetlerden kaynaklanabilir; kanun hükmünün icrası şeklindeki hukuka uygunluk nedenlerinde fiili uygun kılan sadece kanun değil, kanun dışı kaynaklardır. Yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenlerine dayanmak yerine, kanunda yer verilen bu iki hukuka uygunluk nedenlerinin dinamikleri içerisinde hukuka uygunluğun tespiti yapılabilir⁵⁵. Başka bir ifade ile, örf ve adet kurallarının sübjektif bir hak doğurabileceğinin kabul edildiği bir durumda, bu hakların icra edilmesi hukuka uygunluk sağlayabilir. Örf ve adet kurallarından doğan emir ve müsaadeler çerçevesinde gerçekleştirilen fiiller, yine hakkın icrası şeklindeki hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilebilir⁵⁶.

Maddi hukuka aykırılık ve bunun karşısını oluşturan maddi hukuka uygunluk sebeplerinin kabul edilmesinin hukuk güvencesini tehlikeye sokabileceği görüşüne⁵⁷ katılmaktayız. Aslında bu gibi hallerde suçun oluşumu için hukuken şeklen aykırılık yeterli görülmemekte ve maddi hukuka aykırılığa ihlal etmekten ibaret bir içerik aranmaktadır. Şüphesiz toplumsal açıdan uygun olan bir fiilin cezalandırılması hoş görülmemeyebilir. Ancak neyin toplumsal açıdan uygun olup olmadığını belirlemek güç olduğu gibi, bunun hakimnin takdirine bırakılması doğru değildir. Kanun koyucu toplumsal uygunluk ve menfaatlere göre suç tiplerini ihdas etmektedir. Burada önemli olması gereken şekli kanun ve kanun koyucunun iradesi olmalıdır. Maddi hukuka aykırılık ve bunun karşısı olarak maddi hukuka uygunluk nedenleri esas alınarak fiillerin meşru kılınması; devlet yetkililerin ve imtiyazlı kişilerin işlediği suçların, topluma faydalı olduğu gerekçesiyle, cezalandırılmadığı totaliter bir yönetim sistemine götürebilir.

Geçmişte Anayasa Mahkemesince iptal kararı verilinceye kadar; resmi nikah öncesinde dini nikah kıymak suçtu. 5237 sayılı TCK'nın 230. maddesinin 5. fıkrasında, resmi nikah olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yapan taraflar; 6. fıkrasında ise bu dini töreni yaparak kişileri evlendiren kimseler cezalandırılmaktaydı. Yerel mahkemece her iki

⁵⁵ Palazzo, 2021, s. 397.

⁵⁶ Bkz. Çetinkaya, 2021, s. 224-225.

⁵⁷ Önder, 1992, s. 136.

fıkranın da iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuş; Anayasa Mahkemesi ilgili suçların, kişilerin özel hayatlarına, din ve inanç özgürlüğüne ölçüsüz şekilde müdahale ettiğine kanaat getirerek her iki fıkrada düzenlenen suçların anayasaya aykırı nitelikte olduğuna hükmedip iptallerine karar vermiştir⁵⁸. Şüphesiz iptal edilmeden önce, uzun bir süre uygulanan bu hükümlerin öngördüğü ihlal, yani resmi nikah öncesi dini nikah kıymak, toplumun geneli açısından uygun nitelikte fiillerdi. Ancak insanların sadece dini nikah ile evlenip bu şekilde yaşamalarını engellemek ve kadınları Türk Medeni Kanunu'nun güvencesi altına almak için resmi nikah öncesi dini nikah kıymak ayrı bir hüküm ile Kanun Koyucu tarafından suç sayılmıştır. Burada kanun koyucunun iradesini yok sayarak, hareketin toplumsal uygunluğundan bahisle, resmi nikah öncesi dini nikah kıymayı hukuka uygun kabul etmek mümkün olmamalıdır. Her halükarda ölçü kanun olmalıdır; özgürlükler ve menfaatler arasındaki denge kanunun arabuluculuğunda çözümlenmelidir.

SONUÇ

Tüm hukuka uygunluk nedenleri için geçerli olabilecek ortak koşulları tespit etmek bir hayli zordur. Her hukuka uygunluk nedeninin kendine özgü koşulları vardır; bu koşullardaki farklılık hukuka uygunluk nedenlerini birbirinden ayırmaktadır. Bununla birlikte öğretilde, hukuka uygunluk nedenlerinin geçerli olmayacağı hallere ilişkin olarak bazı tespitler yapılmaktadır. Bu tespitlerin, diğer bir ifade ile istisnaların, her hukuka uygunluk nedeni için ortak olduğu kabul edilmektedir. Mesela bir hukuka uygunluk nedeninin, fiilin suç sayılmasını engellemesi için, zarar verilen ya da tehlikeye konulan hukuksal menfaat ile korunan hukuksal menfaat arasında uygun bir oran bulunmalıdır. Aslında TCK'da yer verilen meşru savunma ve zorunluk hali düzenlemelerinde, ihlal edilen ve korunan menfaat arasında oranın bulunması bir unsur olarak açıkça düzenlemiştir. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde bu unsura yer verilme de; hukuka uygunluk nedenlerinin tümü için bu oranın aranması gerektiği ifade edilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması yönünden tanınan diğer bir istisna, hukuksal değeri korumak adına başkasına ait hukuksal değer ihlal edilmesinin gerekliliğidir; ihlal gerekli değilse hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemeyecektir. Aslında hukuka

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 27.05.2015, E. 2014/36, K. 2015/51, R. G. Tarih-Sayı: 10.06.2015-29382.

uygunluk nedenleri yönünden hem oranın hem de gerekliliğin aranması şeklinde beliren istisnalar, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması konusu ile yakından ilgilidir. Bu yüzden bunları istisna başlığı altında incelemenin anlamsızlığını ileri süren yazarlar vardır. Hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması yönünden son istisna hali, suçun ağırlığı ile ilgilidir. Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suç kapsamında işlenen fiillerin hiçbir zaman, hukuka uygunluk nedenlerince meşru kılınamayacağı kabul edilmektedir.

Çeşitli hukuka uygunluk nedenlerinin koşulları ve nitelikleri arasındaki bazı benzerlikler, hukuka uygunluk nedenlerinin birbirinde ayırt edilmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin bir görüşe göre, cerrahi müdahalede bulunan hekimin davranışını hukuka uygun kılan, ilgili meslek dalındaki kurallara uymak şartıyla, kanunun hükmünün yerine getirilmesi şeklindeki hukuka uygunluk nedeni; diğer bir görüşe göre fiili meşru kılan cerrahi olarak müdahale edilen kişinin rızasıdır. Yine kanun hükmünü yerine getirme şeklinde beliren hukuka uygunluk nedeni ile kanun hükmünden kaynaklı hakkın yerine getirilmesi şeklinde ortaya çıkan hukuka uygunluk nedenini birbirinden ayırmak zordur; zira ikisinin de dayanak noktası kanundur ve kanun tarafından ne zaman hak ne zaman yetki bahşedildiğini tespit etmek kolay değildir. Kimi hukuk sistemlerinde trafikteki faaliyetlerin, cerrahi müdahalelerin ya da spor müsabakalarında gerçekleşen fiillerin hukuka uygunluğu izin verilen risk adı verilen bir hukuka uygunluk nedeni ile açıklanırken; kimi hukuk sistemlerinde bu faaliyetlerin hukuka uygunluğu kanunun hükmünü yerine getirme şeklinde beliren hukuka uygunluk nedeni ile açıklanmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması için sübjektif koşulun aranıp aranmayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Bir görüşe göre, kişinin hukuka uygunluk nedeni içinde hareket ettiği inancı taşınması gerekli değildir; somut olayda kişi haberdar olmasa ve suç işlediği zanlı ile hareket etse bile, objektif olarak bir hukuka uygunluk nedeni varsa bundan faydalanmalıdır. Başka bir görüşe göre ise kişi hukuka uygunluk nedeni içinde hareket ettiği bilincinde olmalıdır; eğer fiilini gerçekleştirirken bu yönde bir psikik unsur yoksa hukuka uygunluk nedeninden faydalanmamalıdır. Türk Ceza Kanunu, bir hukuka uygunluk nedeni içinde hareket ettiği zannıyla fiilini gerçekleştiren kişinin bu iradesine belli koşullarda değer tanınmış ve kişinin bu hatasından faydalanabileceği açık bir hükümle belirtilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak TCK'yı yasalılaştıran

Kanun Koyucunun, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı için ayrıca sübjektif unsurun aranması gerektiği tarafında olduğunu söylemek mümkündür.

Hukuka uygunluk nedenleri sadece yazılı kanunlarla sınırlı değildir; örf ve adetten bile hukuka uygunluk nedenlerinin ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olması; bununla birlikte suçun oluşumuna engel olan hukuka uygunluk nedenlerinde kanunilik ilkesinin geçerli olmamasının bazı mahzurlu taraflarının olduğunu söylemek gerekir. Şekli hukuka aykırılığın geçerli olduğu bir sistemde; maddi hukuka aykırılığın karşıtlığından türetilip, fiilin toplumsal uygunluğundan bahisle fiillerin meşru kılınması totaliter rejimlerin elinde önemli bir silaha dönüşebilir. Hangi eylemlerin toplumsal uygunluğu sağladığını belirlemek kolay olmadığı gibi, hakime bir nevi takdir hakkı tanıyarak bazı fiillerin meşru kılınmasının önünün açılması tehlikelidir. Para istemek için bir gelin arabasının önünü kesmek toplumsal olarak uygun görülebilir; fakat önu kesilen kişi şikayet ettikten sonra, ülke genelinde bu eylemler suç sayılmıyor gerekçesiyle bir haklılaştırmaya gitmek doğru değildir. Örf ve adete göre bazı fiiller artık suç olarak kabul edilmiyorsa; bu konuda kanun koyucunun harekete geçmesini beklemek gerekir. Kanun koyucu suç tanımında değişiklik yapıp, örf ve adete uygun olan fiilleri suçun kapsamından çıkarabilir ya da özel bir hukuka uygunluk nedeni yaratarak örf ve adete uygun fiilleri hukuka uygun kılabilir. Belirtmek gerekir ki öğretilerde, “önemsiz hareketler” başlığı altında, bazı tipik fiillerin cezalandırılmayabileceği savunulmaktadır.

KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN Uğur, *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1975.

ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2017.

ÇETİNKAYA Buhari, *Türk ve Fransız Hukukunda Kanun Hükümünü Yerine Getirme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2012.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II*, DER Yayınevi, 14. Baskı, İstanbul 2019.

EREM Faruk, “*Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, 41(1): 5-17.

EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 1997.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2017.

HAKERİ Hakan, “*Ceza Hukukunda Önemli Hareketler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, 20(69): 55-96.

HEINRICH Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

HILGENDORF Eric ve VALERİUS Brian, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çeviren: Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

KARAKEHYA Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2023.

KANGAL Zeynel T., “*Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakkemli Hukuk Dergisi, 2011, 8(89-90): 23-68.

KATOĞLU Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

KUNTER Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1949.

JESCHECK Hans-Heinrich, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, Çeviren: Feridun Yenisey, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

MERAKLI Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2020.

ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 1992.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2019.

ÖZEN Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2020.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 24. Baskı, Ankara 2024.

PALAZZO Francesco, *Corso Di Diritto Penale Parte Generale*, G. Giappichelli Editore, Ottava Edizione, Torino 2021.

PISAPIA Gian Domenico, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri*, Çeviren: Atıf Akgüç, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1971.

SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2016.

ŞARE Ersin, “Soykırım Suçundaki Özel Kast”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, 10(2): 863-912.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2019.

TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2012.

ÜNVER Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, Beta Yayınevi, İstanbul 1998.

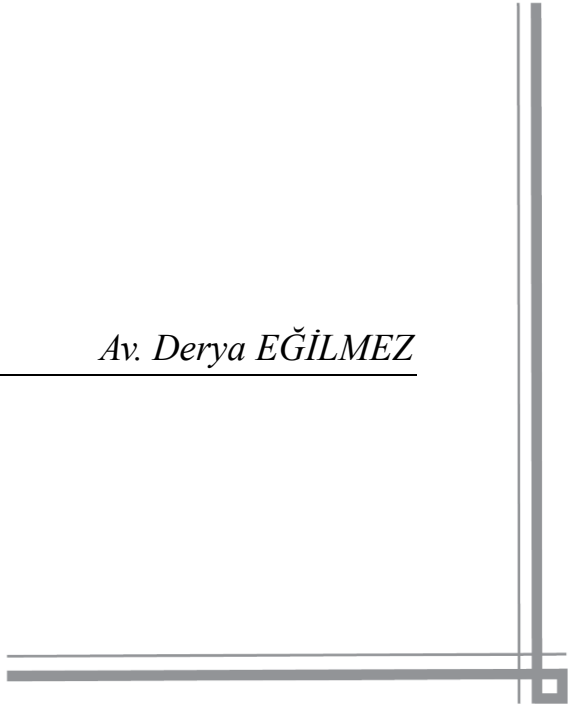
YENİSEY Feridun/PLAGEMANN Gottfried, *Alman Ceza Kanunu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.

YÜCE Turhan Tufan, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985.

ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2015.

**KAMU ALACAKLARINDA
RÜÇHAN HAKKI VE
GARAMETEN TAKSİM**

Av. Derya EĞİLMEZ



Kamu Alacağı

Kamu Alacağının Tanımı

Kamu alacağı, kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla devletin, kamusal yükümler veya borç ilişkisi çerçevesinde idari işlemlerle sağladığı kamu gelirleridir. Kamu geliri ise devletin yüklendiği fonksiyonları gerçekleştirmek ve dolayısıyla kamu harcamalarına finansman sağlamak için devlet ve diğer kamu kuruluşlarının anayasal sınırlar içinde başvurduğu ve değerlendirdiği çeşitli kaynaklardan elde ettiği gelirlerin tümüdür¹.

Kamu alacakları kamu hukukundan doğduğu için bu hukuk hükümlerine tabi olmakta ve kamu hizmetlerinin esas finansman kaynağını teşkil ettiğinden dolayı da imtiyazlı alacak vasfı taşımaktadır. Nitekim amme hizmetlerinin devamlılığındaki zaruret bu hizmetlerin finansmanı için gerekli olan vergi, resim ve harçlar ile diğer amme alacaklarının bir an önce ve kanunlarında belirtilen sürelerde tahsilini zorunlu kılar. Zira amme alacağının tahsili, mahiyetindeki farklılık itibarıyla daha etkili, hızlı ve kolay uygulanabilir bir tahsil usulünü gerektirir.² Öte yandan idarenin sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden yani özel huktan doğan alacaklarının tahsilinde ise idareye herhangi bir üstünlük ya da ayrıcalık tanınmamıştır. Bu nedenle idarenin bu tür alacakları için diğer özel alacaklarda olduğu gibi İİK hükümleri uygulanır.³

¹ Alper Tunga Küçük: **6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna Göre Hacze İştirak**. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, Cilt, 71, Sayı:1, s:67(E.T.02/04/2024)

² Hakan Bay: **Amme Alacaklarında Rüçhan Hakkı Uygulaması ve Garameten Taksim**, Vergi Raporu, 245, s.113(E.T.08/05/2026)

³ Selahattin Tuncer: **Vergi Uygulamaları**, (Okan Yayıncılık), İstanbul 1984, s. 5.

Her kamu idaresi kendi alacağını kendisi takip eder ve bunu 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK) hükümlerine göre yapar. Kanunda boşluk bulunması halinde İcra ve İflas Kanun (İİK) hükümleri kıyas yoluyla uygulanamaz çünkü vergi icra hukukunda tıpkı vergi hukukunda olduğu gibi kıyas yasağı geçerlidir. Ancak atıf olduğu takdirde İİK uygulama alanı bulur. AATUHK-m.100 “*Amme alacaklarının tahsili için kamu borçlusunun iflası İİK hükümlerine göre istenebilir*” ifadesi ile kamu borçlusunun iflas yoluyla takibinin AATUHK göre değil İİK’nın ilgili hükümlerine göre yapılacağını açıkça belirtmiştir.

Yargıtay uygulamalarına baktığımızda ise aksi yönde kararlar görmekteyiz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) 2015 / 417 esas sayılı kararında alacağını genel haciz yoluyla takip eden davalı idareyi haklı bulmuş “kamu alacağının genel haciz yolu ile takip edilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda seçimlik hakkı bulunan davacı, genel hükümler uyarınca takip ve dava yoluna başvurabilir” demiştir. Karar oyçokluğu ile kabul edilmiştir. YHGK’nın 02/06/2004 gün ve 2004/1-293-319; 06/10/2004 gün ve 2004/1-433-483 ve 02/03/2005 gün ve 2005/1-116-135 sayılı kararları da bu yönde olup, uygulama kararlılık kazanmıştır. Alacaklı, 6183 sayılı AATUHK uyarınca tahsil yoluna başvurabileceği gibi genel haciz yolu ile takip yoluna da başvurabilir.⁴

Kamu Alacaklarının Kapsamı

Kamu alacaklarının kapsamı AATUHK da ele alınmıştır. AATUHK’nın 3. Maddesi doğrultusunda bir alacağın kamu alacağı sayılıp sayılmayacağı; Kanun’un 1. Maddesine göre alacağın kime ait olduğuna ve alacağın niteliğinin ne olduğuna veya Kanun’un 2. maddesine göre alacağın tahsilinin AATUHK’ya göre yapılacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmasına bağlı olarak belirlenmektedir.⁵ Bu bağlamda kamu alacaklarını;

Devlete, İl Özel İdarelerine, Belediyelere olan,

⁴ Beren, Pehlivanoğlu: **Kamu Alacakları Bakımından Hacze İştirak**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2020, s.6-7.

⁵ Pehlivanoğlu: s.19

1. Vergi, resim, harç, mahkeme masrafları, vergi cezaları, para cezaları gibi asli alacaklar,

2. Gecikme zammı, pişmanlık zammı, haksız çıkma zammı, gecikme faizi, tecil faizi gibi asıl alacaklar üzerinden hesaplanan fer'i alacaklar,⁶

3. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinden doğan katılma payı, su bedelleri, imha giderleri gibi alacaklar,

4. Mahiyetleri ne olursa olsun özel kanunlarında alacakları 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edileceğine dair hüküm bulunan kurumlara ait oda aidatı, eciri misil, trafik cezaları, SGK primleri gibi alacaklar,

5. Kamu alacaklarının takip ve tahsili için yapılan ilan, haciz, muhafaza, taşıma, satış giderlerinden kaynaklanan alacaklar şeklinde sıralayabiliriz.

AATUHK'nın Uygulanması

Kamu alacağı tarh, tebliğ, tahakkuk aşamasını geçip tahsil aşamasına gelince AATUHK uygulama alanı bulur. Tahsil aşamasına gelmeden AATUHK uygulanmaz. Ülkemizde vergiler ve diğer kamu alacaklarının cebren tahsili ile ilgili ilk özel düzenleme, batılı anlamda vergilerin kabulünden sonra 1879 yılında Tahsil-i Emval Nizamnamesi ile yapılmış, daha sonra 1909 yılında yürürlüğe giren Tahsil-i Emval Kanunu Cumhuriyet döneminde 1954 yılına kadar uygulanmaya devam edilmiştir. 1954 yılında ise halen kullandığımız 6183 sayılı AATUHK yürürlüğe konulmuştur.

Devlet verdiği kamu hizmetinin devamlılığını sağlamak zorundadır. Alacağı tehlikeye girdiği zaman kanunda öngörülen cebr-i tahsil yollarına başvurur. Çünkü verilen hizmetin devamlılığı toplanan vergi, resim, harç, vb. ile sağlanır.

AATUHK, kamu alacağını güvence altına almak için bazı koruma hükümleri içermektedir: Teminat isteme, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk, rüçhan hakkı. Bu hükümler Kanunun ikinci bölümde "Amme alacaklarının korunması" başlığı altında yer almaktadır.

⁶ Bay: s.116

Kamu Alacaklarını Korunmasına Yönelik Tedbirler

Teminat

Teminat, hakkın güvence altına alınmasıdır. Bazı sebeplerden ötürü kamu alacağının güvencesiz hale geldiğine dair emareler oluşmuşsa ki VUK-341 ve VUK-359 da bu haller sayılmıştır, alacaklı kamu; borçludan borcuna karşılık teminat göstermesini ister. Vergi idaresinin teminat talep yetkisi idare hukuku anlamında bağlı yetki olup bu yetkinin kullanılabilmesi inceleme elemanının takdir hakkını bu yönde kullanarak vergi dairesine bildirme koşuluna bağlıdır. İdarenin teminat talep eden yazısında muhataba en az 15 günlük süre vermesi gerekir

Vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen tutar üzerinden istenecek teminatın, vergi aslı, gecikme faizi ile ceza tutarlarını karşılayacak değerde olması gerekmektedir. Bu aşamada vergi alacağı tahakkuk etmediğinden gecikme faizinin hesabında teminat isteme yazısının düzenlendiği tarih esas alınacaktır. Ancak, gerek teminat isteme yazılarında gerekse teminat gösterme yazıları veya belgelerinde, vergi alacağının tahakkuk etmesi üzerine hesaplanacak gecikme faizi ve zammının dikkate alınacağının belirtilmesi gerekmektedir.⁷

Gösterilen teminatın idarece kabul edilmesi durumunda; teminat olarak gösterilen menkul malların haczedilerek muhafaza altına alınması, gayrimenkulün Tapu Sicil Müdürlüğüne bildirilmesi, gemi veya motorlu araçların ise haciz ile ilgili sicillere bildirilmesi gerekir.

İhtiyati Tahakkuk

Vergiye doğuran olayın ortaya çıkmasından verginin tahakkuk etmesine kadar geçecek süre içinde, ileride verginin tahsilini güçleştirecek bir takım emareler ile karşılaşılması söz konusu ise vergi alacağını güvence altına alabilmek için verginin tahakkuku öne alınabilir (AATUHK, 17). İhtiyati tahakkuk; gelir vergisi, kurumlar vergisi, geçici vergi, harcama vergileri, veraset ve intikal vergisi ile bu vergilere ait zam ve cezalara uygulanır.

İhtiyati haczin uygulanmasına sebebiyet veren bir takım nedenler ortaya çıkmışsa,

⁷ <https://vergidosyasi.com/2018/01/19/6183-sayili-kanuna-gore-teminat-isteme/>

Kamu alacağının tahsilini zorlaştırmaya veya engellemeye yönelik eylemler nedeniyle borçlu hakkında kovuşturma başlatılmışsa,

Borçluya ait teşebbüsün muvazaalı veya başkasına ait olduğu yönünde deliller bulunmuşsa, ihtiyati tahakkuk uygulanır.

İhtiyati tahakkuk ile bir nevi borç muaccel hale getirilir. İhtiyati tahakkuk kesin tahakkuk olmadığı için hesaplama takdir edilen tahmini matrahlar üzerinden yapılır. Bu uygulamanın işlerliği ve etkinliği ihtiyati hacizle birlikte uygulanırsa gerçekleşir.

İhtiyati Haciz

Henüz tahakkuk etmemiş veya ödeme vadesi gelmemiş ya da vadesi geçtiği halde ödeme emri tebliğ edilmemiş amme alacağının tahsil güvenliğini temin etmek üzere uygulanan haciz yöntemidir.

İhtiyati haczi, ⁸ Vergi Dairesi Başkanlığı bulunan yerlerde Vergi Dairesi Başkanı, bulunmayan yerlerde Vergi Dairesi Müdürü yapmaya yetkilidir.

Alacaklı kamu idaresi il özel idaresi ise vali, belediye ise belediye başkanı, TMSF ise TMSF başkanı⁹ ihtiyati haczi yapmaya yetkilidir.

İhtiyati haciz kararı tahsil dairesince haciz varakasına bağlı olarak uygulanır ve normal haczin tabi olduğu düzenlemelere göre yapılır.

İhtiyati haciz, borçlunun haczedilen malları üzerindeki tasarruf hakkını kaldırır ancak kesin hacze dönüştürülmediği sürece ihtiyaten haczedilen mallar satılarak paraya çevrilemez. Ancak ihtiyaten haczedilen malların bozulması, çürümesi gibi sebepler söz konusu ise ve koruma mümkün gözüküyorsa veya bekletildiği takdirde önemli bir değer kaybı yaşanacaksa mallar satılarak paraya çevrilir ve teminat olarak muhafaza edilir.

İhtiyaten haczolunan mallar istenildiği zaman para veya ayın olarak verilmek ve bu hususu temin için malların kıymetleri depo edilmek yahut tahsil dairesinin bulunduğu yerdeki bir şahıs müteselsil kefil gösterilmek şartıyla borçluya ve mal üçüncü şahıs nezdinde haczolunmuşsa bir taahhüt senedi alınarak kendisine bırakılabilir. (AATUHK, 14)

⁸ İlerisi düşünülerek alınan önlem.

⁹ Erdoğan Öner: **Vergi Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2015, s.176.

İhtiyati hacze itiraz, gıyabında haciz uygulananlar için haczin tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde alacaklı tahsil dairesinin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesinde ihtiyati haciz tutar ve sebepleri yönünden dava açabilirler. Bu davalar vergi mahkemelerinde öncelikli olarak görülür. Vergi mahkemesi kararları tebliğinden itibaren idare tarafından 30 gün içinde uygulanır, ihtiyati haciz kalkana veya kesin hacze dönüşene kadar devam eder.

Açılan davada ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmişse, borçlu tarafından teminat gösterilmişse, borç ödenmişse veya ihtiyati haciz nedeni ortadan kalkmışsa ihtiyati haciz kaldırılır.

Yalnız şunu belirtmek gerekir ki kamu alacağının tahsilini güvence altına almak için yapılan ihtiyati hacizlerde haczin ne kadar süreceğine dair AATUHK da herhangi bir süre öngörülmemiştir. Kanun koyucu özel hukuk kişinin koyduğu ihtiyati hacizde olduğu gibi karar tarihinden itibaren on gün içinde kararın infazını isteme¹⁰ zorunluluğu getirmemiş neredeyse haciz süresini tahsil idaresinin keyfiyetine bırakmıştır.

İhtiyati haciz hiç kuşku yok ki borçlunun tasarruf hakkını kısıtlamakta ve uzun süre devam etmesi Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ederek bir takım mağduriyetleri de beraberinde getirmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 25/10/2018 tarihinde HFB ve B Gıda Hayvancılık San. Ve Tic. Ltd. Şti. (B.No 2014/17196) başvurusunda Anayasanın 35. Maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹

Rüçhan Hakkı

Rüçhan, öncelik demek olup, yapılacak işlem, başvuru, alacak veya hakkın talep edilmesinde diğerlerine ve özellikle kendinden öncekilere nazaran hukuken öncelikli olmak anlamındadır. Devletin, kamu borçlusundan alacağını ivedilikle ve öncelikle alabilmesi için üçüncü kişilerin haczine iştirak edebilmesi ve hepsini alamasa bile payı oranında tahsilat yapabilmesini sağlayan ve AATUHK ile tanınmış öncelik hakkıdır.

¹⁰ İİK.m.261, İhtiyati Haciz Kararının İcrası.

¹¹ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/17196?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi17196>.

Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı

Yasa koyucu 6183 sayılı AATUHK ile de özel alacaklar karşısında kamu alacağının önceliğini düzenlemiştir. Yani borçlunun diğer alacaklıları karşısında kamu alacağının önceliğini ve hacze ne şekilde iştirak edeceğini belirtmiştir.

Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı içinde haciz konulursa bu alacak hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten paylaşılır. Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için tatbik edilen hacizlerde 2004 sayılı İİK'nın 268. Maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmü uygulanmaz. İİK 268 inci maddenin son cümlesi: Rehinden önce ihtiyati veya icrai haciz bulunması durumunda amme alacağı dâhil hiçbir haciz rehinden önceki hacze iştirak edemez yani Rüçhan hakkı uygulamasında rehinli alacaklıların hakları saklı tutulmuştur. Ancak bu durumun istisnası; eğer kamu alacağı vergi, resim, harç, vergi cezası veya bunlara bağlı zam ve faizleri içeriyorsa rehinden önceki üçüncü kişinin haczine iştirak edebilir.

Rüçhan Hakkının Kapsamı

Rüçhan hakkının kullanılmasında ihtiyati tahakkukta olduğu gibi belirli nitelikte olan alacakların tayin edilmesi yoluna gidilmemiştir. Rüçhan hakkının kullanımı genel nitelikte olup tüm amme alacakları için geçerli olduğu kabul edilecektir. Rüçhan hakkı, İcra ve İflas Kanunu hükümlerinden bağımsız olarak üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden önce amme alacağının iştirakine imkân vermektedir.¹² Tahsil dairelerince hacze daha sonra iştirak etmiş olsa dahi amme alacağının diğer alacaklarla aynı ölçüde önemli kabul edilmesi ve hacizden elde edilen hasılatın amme alacağı ve diğer alacaklar arasında, toplam içindeki payları dikkate alınarak paylaşılması amme alacaklarında rüçhan hakkı uygulamasının esasını oluşturur.¹³ Kamu İdaresinin alacağı Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve

¹² Ahmet Güzel, Amme Alacakları Tahsil Usul ve Esasları, Nobel Kitabevi, 2007, s.41.

¹³ Burak İnam, Vergi Alacağının Korunması Hakkında Makale, www.vergigundem.com.

bunlara bağlı zam ve faizlerden oluşuyorsa, üçüncü kişinin haczine iştirak edip rüçhan ayrıcalığından faydalanabilir.

Genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanuna (5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu) ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir. Örneğin; TBMM, Sağlık Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Cumhurbaşkanlığı I sayılı cetvelde yer alır. Bunlara; ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayıp devlet tüzel kişiliği altında faaliyet gösteren Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri diyoruz. Dolayısıyla tahsil dairesinin alacağının rüçhan hakkından faydalanabilmesi için malına haciz koyduğu borçlunun sayılan kamu idarelerinin bütçesini oluşturan ve genel bütçeye kaydedilecek olan vergi, resim, harç, vergi cezası vb. borcu olmalıdır.

İdarenin özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanan alacakları bu kapsamda değerlendirilemez.

Rüçhan Hakkının Gerçekleşme Şartları

İlk haczin tahsil dairesince konduğu durumlarda diğer kamu alacaklıları da dahil olmak üzere tüm alacaklıların, satılan malın/malların bedelinden ilk haczi yapan amme idaresi alacağının tamamını tahsil etmeden önce bir pay almaları mümkün değildir. Alacaklı tahsil dairesinin hacze iştirak ederek alacağını garame esaslarına göre alabilmesi için haczini malın paraya çevrilmesinden önce koyması gerekir. Bu açıdan paraya çevrilme tarihi çok önemlidir. Bu tarih menkul veya gayrimenkulün satışının gerçekleştiği tarihtir. Satış yapılmış bedel henüz tahsil edilmemiş veya bedel tahsil edilmiş alacaklılara ödenmemiş olsa bile satış akdi gerçekleştikten sonra alacaklı tahsil dairesinin hacze iştiraki mümkün değildir.¹⁴

Rüçhan hakkının uygulanabilmesi için gerekli şartları şöyle sıralayabiliriz;

- İlk haciz üçüncü şahıs tarafından konmuş olmalı,
- Tahsil dairesi üçüncü şahsın haczinden sonra haciz yapmış olmalı,

¹⁴ Özgür İli, **Türkiye’de Kamu Alacaklarının Korunması Açısından Rüçhan Hakkı Uygulamasının Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir, 2013, s.53

-Tahsil Dairesinin alacağı 6183 sayılı kanun kapsamında bir alacak olmalı. (Amme idaresinin Özel Hukuk Sözleşmesinden doğan alacağı rüçhanlı bir alacak değildir, hacze iştirak edemez)

-Tahsil Dairesi, mal/mallar paraya çevrilmeden yani satış gerçekleşmeden hacze iştirak etmiş olmalıdır.

-Vergi Dairesi haczinden önce hacizli mallar üzerinde tesis edilmiş bir rehin bulunmamalıdır.

Satış Bedelinin Taksimi

Kamu Alacağının Önünde Tesis Edilmiş Rehin Bulunmama Durumunda

Tahsil Dairesi kamu alacağının tahsili için üçüncü kişinin haczine önünde tesis edilmiş her hangi bir rehin hakkı yoksa iştirak eder.

Tahsil Dairesi, üçüncü kişinin haczine iştirak etse de tekrar belirtmek gerekir ki haczedilen eşya veya gayrimenkulün aynından doğan;

-KDV,

-Gümrük Vergisi,

-Emlak Vergisi,

-Motorlu Taşıtlar Vergisi,

şeklinde tahsil edilmemiş kamu alacağı varsa satıştan elde edilen paradan önce;

-Malın icra takip ve satış masrafları ödenir. Sonra kalan tutardan;

- Malın aynından doğan borcu (varsa) tahsil edilir. Daha sonra kalan para alacaklılar arasında garameten paylaşılır. Rehin olmaması durumunda eşyanın aynından kaynaklanan alacak için haciz koyulup koyulmaması önem taşımaz. Her halükarda taksim yapılmadan önce satış masrafları ile beraber ödenir.

Kamu alacağının önceliğini anlamak için örnek verecek olursak;

Örnek 1:

Kamu borçlusu Kemal AYDIN aynı zamanda Ferda SAKAR kişisine de borçlu olup ödemediği borcundan ötürü adına kayıtlı

gayrimenkule Ferda SAKAR tarafından haciz konulmuş olup ev satılma-
dan önce haberdar olan Vergi Dairesi de hacze iştirak etmiştir.

Garameye tabi alacaklıların garame paylaşım oranını hesaplayıp,
elde kalan tutar ile çarptığımızda alacaklıların payına düşen miktarı bu-
luruz.

Garame oranı=Alacaklının ilk haciz tutarı/ Garameye tabi tutar

**Taksimattan sonra payına düşen tutar=Garame oranı X (Satış be-
deli-Masraflar)**

Şeklinde formüle edebiliriz.

1.Sıra Ferda SAKAR`ın haczi: 500.000 TL

2.Sıra Vergi Dairesi haczi:350.000 TL(Gelir Vergisi, İdari Para Ce-
zası, Ecrimisil Alacağı

İcra takip ve satış masrafları:20.000 TL

Emlak vergisi:10.000 TL

Satış bedeli:630.000 TL

1.sırada 20.000 TL takip ve satış masrafı

2.sırada 10.000TL emlak vergisi, ödenir.

Kalan:600.000 TL (masraflar çıktıktan sonra kalan tutar)

Garameye tabi tutar:500.000+350.000=850.000TL

Bu durumda Ferda SAKAR`ın garame payı: 500.000/850.000=0,
588

Vergi Dairesinin garame payı:350.000/850.000=0, 411

Ferda SAKAR`ın payı= 600.000x0, 588=352.941TL

Vergi dairesinin payı=600.000x0, 411=247.058TL

Örnekteki şekilde bir paylaşırmanın olabilmesi için ilk haczi Ferda
SAKAR`ın koymuş olması gerekiyor. Eğer ilk haczi vergi dairesi koy-
muş olsaydı garameten paylaşırma olmazdı, Danıştay kararları da bu
doğrultudadır.

Söz konusu durum Danıştay 3.Daire 19.11.1996 tarih ve 1996/586
E, 1996/4585 K, sayılı kararı ile de pekiştirilmiş olup ilgili karar:

“... amme alacağı için haczedilen bir mal paraya çevrilmeden o mal üzerine üçüncü şahıs tarafından da haciz konulmuşsa, satış bedelinin garameten tahsiline olanak yoktur. Önce amme alacağının ödenmesi gerekir” şeklindedir.

AATUHK'nın Amme idareleri arasında hacze iştirak başlıklı 69.maddesi

“ Her amme idaresi, diğer bir amme idaresi tarafından yapılan hacizlere, amme alacağı bu haciz tarihinden önce tahakkuk etmiş olmak şartıyla, haczedilen mallardan herhangi biri paraya çevrilinceye kadar iştirak edebilir. Hacze iştirak halinde, hacizli malın bedelinden ilk önce haczi yapan dairenin alacağı tahsil olunur. Artanı hacze iştirak tarihi sırası ile alacaklarına mahsup edilmek üzere, hacze iştirak eden dairelere ödenir.”

Kanun hükmünde de belirttiği gibi ilk haczi kamu idaresi koymuşsa onun payı ödenmeden diğer alacaklıların ödemesi yapılmaz. Haciz sırasında başka kamu idareleri olsa dahi birbirlerinin haczine iştirak edemezler, her birine, haciz koydukları tarih dikkate alınarak ödeme yapılır.

Aynı örnek üzerinden devam edecek olursak;

1.sırada Vergi Dairesi haczi:350.000 TL

2.sırada Ferda SAKAR'ın haczi:500.000TL

3.sırada Cemal YAMAN'ın haczi:100.000 TL.

İlk haczi vergi dairesi koyduğu için, satış bedelinden önce takip ve satış gideri sonra emlak vergisi ödenir. Kalan 600.000 TL;

Vergi dairesi: 350.000 TL alır, geriye kalan 250.000 TL de Ferda SAKAR'a ödenir. 3.sıradaki Cemal YAMAN hiçbir şey alamaz, Ferda SAKAR ise 500.000 TL'lik alacağının 250.000 TL sini almış olur.

Garameye tabi alacaklıların garame paylaşım oranını hesaplayıp, elde kalan tutar ile çarptığımızda alacaklıların payına düşen miktarı buluruz.

Garame oranı=Alacaklının ilk haciz tutarı /Garameye tabi tutar

Garame sonucu alacağı pay= Garame oranı X Satış tutarı (masraf ve vergiler çıktıktan sonra)

Örneğimizde haciz koyan alacaklıların üçü de farklı tahsil idareleri olsaydı haciz koydukları tarihe göre sıralanır, önce ilk haciz koyan idare, para kalırsa ikinci sıradaki idare yine para kalırsa üçüncü sıradaki idare alacağını tahsil ederdi.

İlk sırada haczi koyan tahsil dairesi alacağını tahsil eder ve hiç para kalmaz ise diğer iki kamu idaresi ödeme alamaz yani kamu idareleri in haczine ortak olup satış tutarını garameten paylaşamaz.

Örnek 2:

Kamu borçlusu Sait ÖNDER'in adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar¹⁵ tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer'i alacaklar dahil olmak üzere aşağıdaki gibidir:

- 1.Sıra: Toros Vergi Dairesinin haczi: 35.000 TL
- 2.Sıra: Aydın TÜREL'in haczi:15.000 TL
- 3.Sıra: Kemal BOZAN'ın haczi:30.000 TL
- 4.Sıra: Uray Vergi Dairesinin Gelir Vergisi için haczi:20.000 TL
- 5.Sıra: Melis ÖKTEM'in haczi:20.000 TL
- 6.Sıra: Toros Vergi Dairesinin KDV den kaynaklanan haczi:25.000 TL

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 80.000 TL dir.

Satış bedelinden birinci sırada bulunan Toros Vergi Dairesinin 35.000 TL alacağı ayrıldıktan sonra kalan 45.000 TL ikinci sıradaki haciz alacaklısı Aydın TÜREL ile 4. Ve 6.sırada bulunan vergi dairelerinin alacakları arasında garameten paylaşılır.

Garameye tabi tutar = 2.sıranın alacağı+4.sıranın alacağı+6.sıranın alacağı

Garameye tabi tutar = 15.000 TL+20.000 TL+25.000TL

Garameye tabi tutar = 60.000 TL

¹⁵ Takyidat, herhangi bir gayrimenkul üzerinde 3. Kişilerin yararına konulmuş ve gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkını farklı şekillerde sınırlandıran ön alım, haciz, intifa, şufa, irtifak gibi haklardır.

$20.000 \times 45.000 / 60.000 = 15.000$ TL 4.sıradaki Uray Vergi Dairesi'ne,

$25.000 \times 45.000 / 60.000 = 18.750$ TL 6. Sıradaki Toros Vergi Dairesine,

$15.000 \times 45.000 / 60.000 = 11.250$ TL 2. Sıradaki Aydın TÜREL'e ödenecektir.

Örnek 3:

Kamu borçlusu Türkay METE adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer'i alacaklar dâhil olmak üzere aşağıdaki gibidir.

-1.Sıra: Ataşehir Vergi Dairesi'nin haczi:28.000 TL

-2.Sıra: Metin TEMEL'in haczi:22.000 TL

-3.Sıra: Seyfi ÇETİN'in haczi: 45.000 TL

-4.Sıra: Bakırköy Vergi Dairesi'nin haczi: 18.000 TL

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 65.000 TL dir.

Öncelikle 1.sıradaki Ataşehir Vergi Dairesi'nin alacağı 28.000 TL ayrılır ve kalan 37.000 TL 2. ve 4. Sıradaki alacaklılar arasında garameten paylaşılır.

Garameye tabi tutar = $22.000 + 18.000$

Garameye tabi tutar= 40.000 TL

$18.000 \times 37.000 / 40.000 = 16.650$ TL Bakırköy Vergi Dairesi'ne

$22.000 \times 37.000 / 40.000 = 20.350$ TL Metin TEMEL'e ödenecektir.

Örnek 4:

Amme borçlusu Ecrin ABAT adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer'i alacaklar dâhil olmak üzere aşağıdaki gibidir:

-1.Sıra: Halime ÇETİN haczi:65.000 TL

-2.Sıra: Çarşamba Vergi Dairesinin Gelir Vergisi için haczi:52.000 TL

-3.Sıra: Ferzan DEMİR haczi:16.000 TL

-4.Sıra: Samsun SGK İl Müdürlüğünün prim alacağı için haczi:25.000 TL

-5.Sıra: Vedat TORLAK haczi:18.000 TL

-6.Sıra: Ünye Vergi Dairesinin Gelir Vergisi için haczi:10.000 TL

-7.Sıra: Yaşar BEDİR haczi: 15.000 TL

-8.Sıra: Ordu SGK İl Müdürlüğünün idari para cezası alacağı için haczi:5.000 TL

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup, masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 125.000 TL dir.

Örnek olayda hacizli gayrimenkul üzerinde farklı amme idarelerinin haczi bulunmaktadır.6183/21 hükmü gereği amme alacağı kendisinden önceki üçüncü şahıslarca tatbik edilmiş hacizlere (rehin alacaklısı bulunmadığından) iştirak edecek ve satış tutarı garameten paylaştırılacaktır.

1.sıradaki Halime ÇETİN haczine; Çarşamba Vergi Dairesi, Samsun SGK İl Müdürlüğü, Ünye Vergi Dairesi ve Ordu SGK İl Müdürlüğü iştirak edecektir.

Garameye tabi tutar= 65.000+52.000+25.000+10.000+5.000

Garameye tabi tutar=157.000 TL

$65.000/157.000 = 0.4140127$, Halime ÇETİN garame payı,

$52.000/157.000 = 0.3312101$, Çarşamba Vergi Dairesi garame payı,

$25.000/157.000 = 0.1592356$, Samsun SGK garame payı,

$10.000/157.000 = 0.0636942$, Ünye VD garame payı,

$5.000/157.000 = 0.03184713$, Ordu SGK garame payı,

$0.4140127 \times 125.000 = 51.752$ TL Halime ÇETİN payı,

$0.3312101 \times 125.000 = 41.401$ TL Çarşamba VD payı,

$0.1592356 \times 125.000 = 19.905$ TL Samsun SGK payı,

$0.0636942 \times 125.000 = 7.962$ TL Ünye VD payı,

$0.03184713 \times 125.000 = 3.981$ TL Ordu SGK payı, olarak ayrılır.

Kamu Alacağının Önünde Tesis Edilmiş Rehin Bulunması Durumunda

Tesis Edilmiş Bir Rehin ve Rehinden Önce Tatbik Edilmiş Haciz Bulunması

6183 sayılı kanunun 21/2 fıkrası üçüncü kişinin haczine iştirak eden kamu alacakları için rüçhan hakkını tanımlamış ancak kamu haczinden önce rehin hakkının tesis edildiği durumlarda kanun da sayılı alacakların tahsili halinde rehin hakkına göre imtiyazlı olacağı ama onun dışındaki kamu alacaklarının rehnin önüne geçemeyeceğini belirtmiştir. Kamu alacağının rehnin önüne geçerek birinci sıradaki hacze iştirak edebilmesi için alacağının genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç, vergi cezası ve bunlara bağlı zam ve faizlerden olması lazım gelir. İdari para cezası, prim alacağı, ecrimisil gibi kamu alacakları için konan hacizlerde kamu idaresi önündeki rehni geçip ilk sıradaki hacze iştirak edemez.

İİK. m.68, “261 inci maddeye göre ihtiyaten haczedilen mallar, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce diğer bir alacaklı tarafından bu Kanuna veya diğer kanunlara göre haczedilirse, ihtiyati haciz sahibi alacaklı, bu hacze 100 üncü maddedeki şartlar dairesinde kendiliğinden ve muvakkaten iştirak eder. Rehinden önce ihtiyati veya icrai haciz bulunması halinde amme alacağı dâhil hiçbir haciz rehinden önceki hacze iştirak edemez. İhtiyati haciz masrafları satış tutarından alınır. İhtiyati haciz diğer rüçhan hakkını vermez.”

İİK. m. 261 de “kamu alacağı” dahi rehnin önüne geçemez dediği durumun istisnası AATUHK’nın 21; Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için tatbik edilen hacizlerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 268 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmünün uygulanmayacağını bu neviden kamu alacağının rehnin önünde bulunan üçüncü kişinin haczine iştirak edeceğini söylemektedir. Ancak yapılan son değişiklik ile AATUHK’nın 21/2 nin ikinci cümlesi¹⁶ “Rehlinli alacakların hakları mahfuzdur. Gümrük resmi, bina ve arazi vergisi gibi eşya ve gayrimenkulün ayından doğan amme alacakları o eşya ve gayrimenkul bedelinin tahsilinde rehlinli alacaklardan sonra gelir” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklikten önce malın ayından doğan bir borç varsa satış ve takip

¹⁶ Değişik ikinci cümle: 28/2/2018-7101/47 md.

masrafları ile birlikte tahsil ediliyordu yani rehnin önüne geçiyordu. Ancak değişiklik ile birlikte öncelik vasfını yitirmiştir. Yine takip masrafları, haciz, paraya çevirme ve paylaşırma masrafları öncelikle ayrılır.

Örnek 1:

Amme borçlusu Seval GÜRBÜZ adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer'i alacaklar dahil olmak üzere aşağıdaki gibidir.¹⁷

- 1.Sıra: Belkıs TOPAL haczi:400.000 TL
- 2.Sıra: Ceyhan GÜL haczi:200.000TL
- 3.Sıra: Zehra DOLGUN rehinli alacağı:1.000.000 TL
- 4.Sıra: Beyköy Vergi Dairesinin Kurumlar Vergisi için haczi:600.000 TL
- 5.Sıra: Giresun Vergi Dairesinin Emlak Vergisi için haczi:200 TL

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 800.200 TL dir.

6183 sayılı Kanunun 21. Maddesi hükmü uyarınca, amme alacakları için tatbik edilen hacizlerden önce bir rehinli alacağın bulunması halinde, amme alacağının rehinden önceki hacze iştirak edebilmesi için, bu alacağın genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizlerden olması gerekmektedir.

Gayrimenkulün aynından doğan alacaklar, icra takip ve satış masraflarının ardında ikinci sırada yer alıyordu. Ancak kamu idaresinin haczinden önce rehin bulunması durumunda malın aynından doğan alacaklar öncelik vasfını yitirir. Dolayısıyla önce takip giderleri ödenir. 800.200 TL 1. Sıradaki Belkıs TOPAL ve Beyköy Vergi Dairesi arasında garameten paylaşırılır. Vergi Dairesinin alacağı kanunda sayılı alacaklardan olmasaydı 3.sıradaki rehnin önüne geçemeyecekti. Paylaşırma neticesi para kalırsa 200 TL emlak vergisi ödenir.

Garameye tabi tutar=400.000+600.000=1.000.000 TL

Satıştan sonra kalan tutar=800.200 TL

¹⁷ 2007/4 Seri No.lu Tahsilat İç Genelgesi [http://www.alomaliye.com/2018/07/02/amme-alacaklarinda-ruchan-hakki-2/\(E.T.23.10.2019\)](http://www.alomaliye.com/2018/07/02/amme-alacaklarinda-ruchan-hakki-2/(E.T.23.10.2019))

$400.000/1.000.000 = 0.40$ Belkıs TOPAL`ın garame payı

$600.000/1.000.000 = 0.6$ Beyköy Vergi Dairesinin garame payı.

$0.4 \times 800.200 = 320.080$ TL Belkıs TOPAL`a

$0.6 \times 800.200 = 480.120$ TL Beyköy Vergi Dairesine ödenecektir.

Örnek 2:

Amme borçlusu Erdem SÖYLEMEZ adına kayıtlı taşıt üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer`i alacaklar dahil olmak üzere aşağıdaki gibidir. Ayrıca borçlunun Yeğenbey Vergi Dairesine söz konusu taşıt nedeniyle MTV ve gecikme zammından toplam 100 TL borcu olduğu icra müdürlüğünce tespit edilmiş ancak tespit edilen tutar için her hangi bir haciz takibatı yapılmamıştır.¹⁸

-1.Sıra: Adnan VARLIK haczi:1.000 TL

-2.Sıra: Bekir GÖRMEZ haczi:1500 TL

-3.Sıra: Canan TAŞAR **rehinli** alacağı:2.000 TL

-4.Sıra: Ulus Vergi Dairesinin Gelir Vergisi için haczi:4.000 TL

-5.Sıra: Deniz HİKMET haczi:750 TL

-6.Sıra: Mecidiyeköy Vergi Dairesinin Gelir (Stopaj) Vergisi için haczi:3.000 TL

Söz konusu taşıt icra dairesince satılmış olup, masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 6.350 TL dir.

Satış bedelinden taşıtın aynından doğan 100TL motorlu taşıtlar vergisi ve gecikme zammı bu vergi genel bütçeye gelir kaydedilen vergilerden olmakla birlikte haciz yapılmadığından ve C şahsının rehni olduğundan pay alamayacaktır. 6.350TL birinci haciz alacaklısının alacağı ile Devlete ait amme alacaklarını takip ile görevli 4 üncü ve 6 ncı sırada yer alan vergi dairelerinin hacze konu toplam alacakları arasında, 6183 sayılı Kanunun 21 inci maddesi uyarınca, garameten taksim edilecektir. İdari para cezası, prim alacağı, ecrimisil gibi kamu alacakları için konan

¹⁸ “2007/4 Seri No.lu Tahsilat İç Genelgesi” [http://www.alomaliye.com/2018/07/02/amme-alacaklarinda-ruchan-hakki-2/\(E.T.23.10.2019\)](http://www.alomaliye.com/2018/07/02/amme-alacaklarinda-ruchan-hakki-2/(E.T.23.10.2019))

hacizlerde kamu idaresi, önündeki rehni geçip ilk sıradaki hacze iştirak edemez.

Garameye tabi tutar=1.000+4.000+3.000

Garameye tabi tutar=8.000 TL

Satıştan kalan tutar=6.350 TL

$1.000/8.000 = 0.125$ Adnan VARLIK garame payı,

$4.000/8.000 = 0.50$ Ulus Vergi Dairesi garame payı,

$3.000/8.000 = 0.375$ Mecidiyeköy Vergi Dairesi garame payı,

$0.125 \times 6.350 = 793,75$ TL Adnan VARLIK,

$0.50 \times 6.350 = 3.175$ TL Ulus Vergi Dairesinin,

$0.375 \times 6.350 = 2.38125$ TL Mecidiyeköy Vergi Dairesinin, payı olarak ayrılır.

1. sıradaki Adnan VARLIK haczi ile 3.Sıradaki rehin yer değiştirmiş olsaydı, rehin ilk sıraya yerleşirdi ve paylaşırma şöyle olurdu: Öncelikle ilk sırada yer alan rehin alacağı için 2.000 TL ayrılır, kalan 4.350 TL; 2.sıradaki Bekir GÖRMEZ ile onun haczine iştirak eden Mecidiyeköy ve Ulus Vergi Daireleri arasında garameten paylaşılırdı.

Örnek 3:

Amme borçlusunu Tarık KATAR adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer'i alacaklar dahil olmak üzere aşağıdaki gibidir.

-1.Sıra: Melek GÖREÇ haczi:15.000 TL

-2.Sıra: Nalan KUTLU **rehinli** alacağı:28.000 TL

-3.Sıra: Şehit Kamil Vergi Dairesinin Kurumlar Vergisi için haczi:35.000 TL

-4.Sıra: Celal ÜNSAL haczi:43.000 TL

-5.Sıra: Gaziantep SGK İl Müdürlüğünün prim alacağı için haczi:20.000 TL

-6.Sıra: Yağmur UĞURLU haczi: 9.000 TL

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup, masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 45.000 TL dir.

6183 sayılı Kanunun 21. Maddesi hükmü uyarınca, amme alacakları için tatbik edilen hacizlerden önce bir rehinli alacağın bulunması halinde, amme alacağının rehinden önceki hacze iştirak edebilmesi için, bu alacağın genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizlerden olması gerekmektedir.

Bu itibarla Gaziantep SGK İl Müdürlüğünün takip ettiği prim alacağı genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizlerden olmaması nedeniyle rehinli alacaktan önce olan hacze iştirak etmesi mümkün bulunmamaktadır.

Ancak Şehit Kamil Vergi Dairesinin takip etmiş olduğu amme alacağı (Kurumlar Vergisi), genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizlerden olması nedeniyle rehinli alacaktan önce olan hacze iştirak etmesi mümkündür.

Dolayısıyla 1.sıradaki Melek GÖREÇ haczine sadece Şehit Kamil Vergi Dairesi iştirak edebilir.

Garameye tabi tutar:15.000+35.000

Garameye tabi tutar=50.000 TL

$15.000/50.000=0.30$ Melek GÖREÇ garames payı;

$35.000/50.000=0.70$ Şehit Kamil Vergi Dairesi garames payı,

$0.30 \times 45.000=13.500$ TL Melek GÖREÇ payı,

$0.70 \times 45.000=31.500$ TL Şehit Kamil Vergi Dairesi payı olarak ayrılır.

Örnek 3`de ki takyidat listesinin 3. Sırasında yer alan Şehit Kamil Vergi Dairesinin takip ettiği alacak türünün ecrimisil olması halinde, gayrimenkulün satışından elde edilecek bedelin dağıtımı şöyle olurdu:

6183 sayılı Kanunun 21. Maddesi hükmü uyarınca, amme alacakları için tatbik edilen hacizlerden önce bir rehinli alacağın bulunması halinde, amme alacağının rehinden önceki hacze iştirak edebilmesi için, bu alacağın genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizlerden olması gerekmektedir.

Bu itibarla, Gaziantep SGK İl Müdürlüğü ile Şehit Kamil Vergi Dairesinin takip ettiği alacaklar(prim ve ecrimisil alacakları) genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizlerden olmaması nedeniyle rehinli alacaktan önce olan hacze iştirak etmesi mümkün bulunmamaktadır.

Ancak, satış bedelinden önce 1. haciz alacaklısının sonra rehin alacaklısının payı ayrılıp kalan(45.000-(15.000+28.000)) 2.000 TL 'nin Şehit Kamil Vergi Dairesinin takip ettiği alacağa karşılık verilmesi gerekir.

Tesis Edilmiş Bir Rehin ve Rehinden Önce Tatbik Edilmiş Haciz Bulunmaması

Takip masrafları, haciz, paraya çevirme ve paylaşırma masrafları öncelikle ayrılır. Masraflar düştükten sonra rehinli alacak öncelikli olup amme alacağının malın aynından kaynaklanması ya da genel bütçeye gelir kaydedilmesi rehinli alacağın önceliğini etkilemez. Rehinli alacak tahsil ettikten sonra malın aynından kaynaklı amme alacakları diğer alacaklara göre önceliklidir. Rehinden sonra haciz varsa alacaklı amme idaresi hacze iştirak eder.

Örnek 1:

Amme borçlusu Nihat TAKAR adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer'i alacaklar dahil olmak üzere aşağıdaki gibidir. Ayrıca, borçlunun Bornova Belediyesine söz konusu gayrimenkul nedeniyle emlak vergisi ve gecikme zammından toplam 500 TL borcu olduğunu icra müdürlüğü tespit etmiştir.

- 1.Sıra: Ahmet CABİR'in **rehni**: 16.000 TL
- 2.Sıra: Bedir SUBAŞI'nın haczi:10.000 TL
- 3.Sıra: Demir TURAN'ın haczi 20.000TL
- 4.Sıra: Bornova Vergi Dairesinin Gelir Vergisi için haczi:40.000TL

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup, masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 46.500TL'dir.¹⁹

¹⁹ “2007/4 Seri No.lu Tahsilat İç Genelgesi” <http://www.alomaliye.com/2018/07/02/amme-alacaklarinda-ruchan-hakki-2/>(E.T.23.10.2019)

Satış bedelinden birinci sırada rehin alacaklısına 16.000 TL ayrıldıktan sonra, malın aynından kaynaklı 500 TL emlak vergisi ayrılacak arta kalan 30.000 TL ikinci sıra da yer alan haciz alacaklısı ile dördüncü sırada yer alan Bornova Vergi Dairesi arasında garameten paylaşılacaktır.

Eğer satış bedelinden masraflar düştükten sonra 16.000 TL kalsaydı sadece rehin alacaklısı alacağını alabilecekti.

Garameye tabi tutar: $10.000 + 40.000 = 50.000$ TL

$10.000 / 50.000 = 0,2$ Bedir SUBAŞI garame oranı

$40.000 / 50.000 = 0,8$ Bornova Vergi Dairesi garame oranı

$0.2 \times 30.000 = 6.000$ TL, Bedir SUBAŞI payı

$0.8 \times 30.000 = 24.000$ TL, Bornova Vergi Dairesi payı

Teminat Hükümünde Olan Eşyalar Bakımından Rüçhan Hakkı

6183 sayılı kanunun “teminat hükmünde olan eşya” başlıklı 12.maddesi; *“Bar, otel, han, pansiyon, çalgılı yerler, sinemalar, oyun ve dans yerleri, birahane, meyhane, genel evler içerisinde bulunan eşya ve malzeme 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 270, 271 inci maddeleri hükümleri mahfuz kalmak şartıyla bu müesseselerin işletilmesinden doğan amme borçlarına karşı teminat hükmündedir. Noterden tasdikli icar mukavelesinde gayrimenkul sahibinin demirbaşı olarak kayıtlı eşya ve malzemesi ile otel, han ve pansiyonlardaki misafir ve kiracıların kendilerine ait eşyaları bu hükümden hariçtir. Üçüncü şahısların Medeni Kanunun 688 ve Borçlar Kanununun 222 nci maddelerine müsteniden yapacakları istihkak iddiaları mahfuz kalmak şartıyla, bu yerlerdeki mallar üzerindeki istihkak iddiaları alacaklı amme idaresinin bu teminat hakkını ihlal etmez.”*

Yine 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun “Vergi Teminatı” başlıklı 55.maddesine göre *“mükelleflerin fabrika, imalathane, ticarethane, şube, satış mağazası ve depolarında mevcut ilk madde, yarı mamul ve mamul madde stokları, üçüncü şahıslara satılmış veya rehnedilmiş olsa dahi, katma değer vergisi ile zam ve cezalarının teminatı hükmünde olup, bedellerinden ilk önce sözü edilen hazine alacağı tahsil olunur.”*

Örnek:

Kamu borçlusu Yaşar PETEK adına kayıtlı bulunan dokuma fabrikası üzerindeki takyidatlar uygulandıkları tarih itibarıyla fer'i alacaklar dâhil olmak üzere aşağıda verilmiştir. Söz konusu fabrika İcra Dairesince 750.000 TL bedelle satılmış olup satış için yapılan masraflar 10.000 TL'dir.

-1. sıra: Seyfi KESKİN haczi:200.000 TL

-2.sıra: Liman Vergi Dairesi Müdürlüğünün Gelir Vergisi için haczi:450.000 TL

-3.sıra: İstiklal Vergi Dairesi Müdürlüğünün Katma Değer Vergisi için haczi:150.000 TL

Satışı yapılan fabrika üzerinde farklı alacaklı amme idarelerinin hacizleri bulunmaktadır. Masraflar düşüldükten sonra kalan 750.000 TL - 10.000 TL = 740.000 TL, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 55. maddesine göre İstiklal Vergi Dairesinin alacağı teminat hükmünde olduğundan rüçhan hakkı gereği ilk sırada hacze iştirak edecektir. Bu nedenle öncelikle satış tutarından KDV alacağı tahsil edilecek olup kalan

740.000 TL-150.000 TL= 590.000 TL Seyfi KESKİN'in haczine iştirak eden Liman Vergi Dairesi ile aralarında garameten taksim edilecektir.

Garameye tabi tutar:200.000+450.000=650.000TL

Seyfi KESKİN garame oranı:200.000/650.000=0, 3076

Liman Vergi Dairesi Müdürlüğü garame oranı:450.000/650.000=0, 6923

0,3076X590.000=181.484 TL: Seyfi KESKİN payı,

0,6923X590.000=408.457 TL: Liman Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün payı şeklinde taksimat yapılacaktır.²⁰

İlk sırada yer alan Seyfi Keskin, rehin koydurmuş olsa yine değişen bir şey olmayacak mezkur kanunun ilgili maddesinde yer alan “....üçüncü kişilere satılmış veya rehnedilmiş olsa dahi..” cümlesinin lafzı gereği önce İstiklal Vergi Dairesinin KDV alacağı ödenecek

²⁰ Bay, Hakan: s.127

sonrasında kalan tutardan Seyfi KESKİN payını alacak en son para karşılırsa Liman Vergi Dairesi pay alacaktır.

Borçlunun iflası, Mirasın Reddi ve Terekenin Resmi Tasfiyeye Tabi Tutulması Hallerinde

*“Borçlunun iflası, mirasın reddi ve terekenin resmi tasfiyeye tabi tutulması hallerinde amme alacakları imtiyazlı alacak olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 206. maddesinin üçüncü sırasında, bu sıranın önceliğini alan alacaklar da dâhil olmak üzere tüm imtiyazlı alacaklar ile birlikte işleme tabi tutulur.”*²¹2004 Sayılı İİK’nın 206.maddesine göre alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde gümrük resmi ve akar vergisi gibi Devlet tekliflerinden muayyen eşya ve akardan (taşınmaz mal; kiraya verilen ve gelir sağlayan şeyler) alınması lazım gelen resim ve vergi o akar veya eşya bedelinden istifa olunduktan sonra rüçhan hakları vardır.

İİK’nın aynı maddesindeki *“Teminatlı olup da rehinle karşılanmamış olan veya teminatsız bulunan alacaklar masa mallarının satış tutarından aşağıdaki sırayla verilmek üzere kaydolunur.”* hükmü ile dört sıra düzenlemiştir.

Bunların dışında yani eşyanın aynından doğan bir kamu alacağı yoksa ve başka bir rehinli alacak da söz konusu değilse, iflas sonrasında borçlunun varlıklarının satılması sonucu elde olunan tutarların dağıtılmasında 206’ncı maddedeki sıralama dikkate alınmak durumundadır. Dolayısıyla 206’ncı maddedeki alacakları imtiyazlı alacak olarak tanımlamak mümkündür. 206’ncı maddedeki sıralamanın da aşağıdaki gibi olduğu görülmektedir.

Birinci sıra

A. İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları,

²¹ 6183 sayılı AATUHK.m.21/3(Değişik son fıkra:30/3/2006-5479/4 md.)

B. İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları,

C. İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları,

İkinci sıra

Velâyet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan tüm alacakları; Ancak bu alacaklar, iflâs, vesayet veya velâyetin devam ettiği müddet yahut bunların bitmesini takip eden yıl içinde açılırsa imtiyazlı alacak olarak kabul olunur. Bir davanın veya takibin devam ettiği müddet hesaba katılmaz.

Üçüncü sıra

Özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar.

Dördüncü sıra

İmtiyazlı olmayan diğer bütün alacaklar.

İşçilerin alacaklarının sıralamada en üstte yer almasının, Anayasa'nın "Çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49'uncu maddesindeki "*Devlet, çalışanları... korumak... için gerekli tedbirleri alır.*" ve "*Ücrette adalet sağlanması*" başlıklı 55'inci maddesindeki "*Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.*" şeklindeki hükümlerin bir yansıması olduğunu söylemek mümkündür. 6183 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi uyarınca kamu alacakları da imtiyazlı alacak sayılmakta ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 206'ncı maddesindeki üçüncü sırada yer almaktadır.

Üçüncü sırada aynı zamanda özel kanunları uyarınca imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar da bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 7397 sayılı Sigorta Murakebe Kanunu, 4389 sayılı Bankalar Kanunu sayılabilir. Rehinli ve imtiyazlı kabul edilmeyen bütün alacaklar da 4.sırada yer almaktadır. Sıralar arasındaki ilişkinin de İİK.207'nci madde ile düzenlendiğini görüyoruz. Buna göre "*Her sıranın alacaklıları aralarında müsavi hakka maliktirler. Bir sıra evvelki*

alacaklılar alacaklarını tamamen almadıkça sonra gelen sıradakiler bir şey alamazlar.” Yani aynı sırada yer alan alacakların birbirlerine karşı önceliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir sıraya isabet eden para bu sırada yer alan bütün alacaklılara alacakları nispetinde eşit olarak paylaştırılır.²²

Tahsilat Genel Tebliği ve İİK Doğrultusunda Rüçhan Hakkının Değerlendirilmesi

Gelir İdaresi Başkanlığının 14 Haziran 2018 Perşembe günü 30451 sayı ile Resmi Gazetede yayınladığı Tahsilat Genel Tebliği seri: A no:1de değişiklik yapılmasına dair tebliğ; üçüncü kişinin haczine iştirak eden ve önünde tesis edilmiş rehin bulunan kamu idaresinin hacze iştirak usullerini açık bir şekilde bildirmiştir.

MADDE 1 – 30/6/2007 tarihli ve 26568 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No: 1’in Birinci Kısım, İkinci Bölümünde yer alan “IV. Amme Alacaklarında Rüçhan Hakkı” başlıklı bölümünün;

a) (1) numaralı alt bölümünün ikinci paragrafının ikinci cümlesi “Ayrıca, maddede amme alacaklarından önce tesis edilmiş olan rehin amme alacaklarının önceliğine etkisi hakkında özel düzenlemeler yapılmıştır.” şeklinde değiştirilmiştir.

b) (2) numaralı alt bölümünden sonra gelmek üzere aşağıdaki (3) numaralı alt bölüm eklenmiş ve diğer bölüm numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.

“3. 6183 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi, 28/2/2018 tarihli ve 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 47 nci maddesiyle “Gümrük resmi, bina ve arazi vergisi gibi eşya ve gayrimenkulün aynından doğan amme alacakları o eşya ve gayrimenkul bedelinden tahsilinde rehinli alacaklardan sonra gelir.” şeklini almıştır.

Yapılan bu değişiklik sonrasında malın aynından doğan amme alacaklarının genel bütçeye gelir kaydedilip kaydedilmediği, bu alacaklar

²² Muhammet Ali Baylan: **Kamu Alacaklarının Mutlak Önceliğinden Bahsedilebilir mi?** Gümrük & Ticaret Dergisi, 2013, S.2, s.38.

nedeniyle haciz tatbik edilip edilmediği hususları da dikkate alınarak öncelik hakkının belirlenmesi gerekmektedir.

Buna göre,

a) Malın aynından doğan alacağın genel bütçe geliri olması ve amme alacağı için haciz tatbik edilmiş olması halinde söz konusu amme alacağı;

- mal üzerindeki rehin şerhi ilk sırada ise Kanunun 21 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince rehinden sonra gelmek üzere öncelik hakkına sahip olacaktır.

- mal üzerindeki rehin şerhinin ilk sırada olmaması halinde, Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince, ilk sırada yer alan üçüncü şahsın haczine iştirak edecektir.

b) Malın aynından doğan alacağın genel bütçe geliri olmasına rağmen bu alacak için haciz tatbik edilmemiş olması durumunda söz konusu amme alacağı Kanunun 21 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince rehinden sonra gelmek üzere öncelik hakkına sahip olacaktır.

c) Malın aynından doğan alacağın emlak vergisi gibi genel bütçe geliri olmaması halinde bu alacağın rehinden önceki hacze iştirak hakkı bulunmamaktadır. Bu alacak için rehinden önce haciz tatbik edilmemiş olması durumunda rehinden sonra öncelikli alacak olarak dikkate alınması gerekmektedir.

İlgili tebliğ aslında önünde rehin bulunan kamu idaresinin üçüncü kişinin haczine iştirak edebilme hususlarına açıklık getirmiştir.

Yapılan tek değişiklik, malın aynından kaynaklanan borcun kamu alacağı önünde tesis edilmiş rehnin önüne hangi şartlarda geçeceğine dardır. Kanunun 21/1 fıkrası hiç değişmemiş uygulama yönünden de aynı kalmıştır. 21/2 de yapılan ufak değişiklik çok farklı yorumları da beraberinde getirmiştir.

Kanun maddesinin yorumlanmasındaki çelişkileri ortadan kaldırıci nitelikte olan 1 numaralı Tahsilat Genel Tebliği doğrultusunda kanun hükmünün yeni halini örneklerle açıklayalım.

Örnek1:

Kamu borçlusu Sercan SARI adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer'i alacaklar dahil olmak üzere aşağıdaki gibidir.

- 1.Sıra: Atıl BANK rehin alacağı: 30.000 TL
- 2.Sıra: Korhan GÜZEL haczi:10.000 TL
- 3.Sıra: Mengen Vergi Dairesi Gelir Vergisi haczi: 25.000 TL

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup, masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 50.500 TL dir. Satış ve takip masrafları 200 TL, gayrimenkulün emlak vergisi borcu 300 TL dir.

6183/21-2 hükmü “Gümrük resmi, bina ve arazi vergisi gibi eşya ve gayrimenkulün aynından doğan amme alacakları o eşya ve gayrimenkul bedelinden tahsilinde rehinli alacaklardan sonra gelir.” Şeklinde olduğu için satış bedelinden takip, ilan ve satış masrafları ola 200 TL alınır ancak malın aynından kaynaklı 300 TL emlak vergisi tahsil edilmez. İlk sıradaki rehin sahibi Atıl BANK için 30.000 TL ayrılır. Kalan 20.300 TL den önce malın aynından kaynaklı 300 TL emlak vergisi ayrılır. Üçüncü sıradaki Mengen Vergi Dairesi, 2. Sıradaki Korhan GÜZEL haczine iştirak eder

Ve 20.000 TL ikisi arasında garameten paylaştırılır.

Garameye tabi tutar:35.000 TL

$10.000/35.000 = 10/35 \times 20.000 = 5.714$ TL Korhan GÜZEL payı,

$25.000/35.000 = 5/7 \times 20.000 = 14.285$ TL Mengen Vergi Dairesi Gelir Vergisi alacağı.

Örnek 2:

Kamu borçlusu Tercan TORON adına kayıtlı gayrimenkul üzerindeki takyidatlar tatbik edildikleri tarih itibarıyla fer'i alacaklar dahil olmak üzere aşağıdaki gibidir.

- 1.Sıra: Mercan YEŞİL haczi: 10.000 TL
- 2.Sıra: Keziban DOĞRU rehin alacağı:15.000 TL
- 3.Sıra: Kartal Vergi Dairesi Kurumlar Vergisi haczi: 25.000 TL

-4.Sıra: Gümüşköy Vergi Dairesi Emlak Vergisi haczi: 500 TL

Söz konusu gayrimenkul icra dairesince satılmış olup, masraflar düşüldükten sonra alacaklılara dağıtılacak tutar 30.700 TL dir. Satış ve takip masrafları 200 TL, gayrimenkulün emlak vergisi borcu 500 TL dir.

Gayrimenkulün satış ve takip gideri olan 200 TL ayrılır. Rehin alacağının arkasında kamu idaresinin haczi olup hacze konu alacak genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç, vergi cezası türünden bir alacak olduğu için rehinin önüne geçip 1.sıradaki hacze iştirak eder. Emlak vergisi için Gümüşköy Vergi Dairesi haciz koymuş olmakla beraber emlak vergisi genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezası ve bunlara bağlı zam ve faiz alacaklarından olmadığından hacze iştirak edemeyecektir. Bu halde paylaştırma:

Garameye tabi tutar: $10.000+25.000=35.000$ TL

Satış Tutarı= 30.500 TL

$10.000/35.000 = 2/7 \times 30.500 = 8.714$ TL Mercan YEŞİL payı,

$25.000/35.000 = 5/7 \times 30.500 = 21.785$ TL Kartal Vergi Dairesi payı.

Gerek AATUHK 21/2 lafzından gerekse Tahsilat Genel Tebliğinden gördüğümüz, kamu alacaklarının rehin karşısında yine imtiyazlı alacak vasfını sürdürdüğü şeklindedir. Ancak satış bedeli tüm alacaklılara yetmediği takdirde garameten paylaştırma yapılması için bunun sıra cetvelinin hazırlanması gerekir.²³

Sıra cetveli haczi ilk koyan icra dairesi tarafından hazırlanır. Haciz koyan kamu idarelerinin ve diğer icra dairelerinin buna yetkisi bulunmamaktadır.²⁴ Sıra cetveli, ilk haciz dikkate alınarak düzenlenir ve haciz tarihlerine göre sıralama yapılır.

Uygulamaya baktığımızda önünde tesis edilmiş rehin hakkı bulunmayan kamu alacağının imtiyazlı vasfını AATUHK ve Tahsilat Genel Tebliğindeki açıklamalar doğrultusunda sürdürdüğünü görüyoruz.

İlk sırada tesis edilmiş bir rehin hakkının ardından hacze katılan kamu idaresi, yukarıdaki örnek 1 doğrultusunda alacağını tahsil ederken

²³ Ümit Süleyman Üstün, **Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.181.

²⁴ Üstün, s.181

de yine kanun, tebliğ ve uygulamanın birbirine paralel seyrettiğini söyleyebiliriz.

Ancak yukarıda yer alan 2. Örnekteki olayı değerlendirdiğimizde uygulama ile kanun ve tebliğin farklılık arz ettiğini söylemek mümkün. İlk sırada yer alan üçüncü kişinin yaptığı haczin arkasında rehin alacağı ve onun arkasında kamu alacağının bulunması, kamu alacağının genel bütçeye gelir kaydedilen alacaklardan birisi olması halinde AATUHK, 21/2'nin önceliğini İİK, 206/1-2-3'ün aldığını ve taşınmaz rehinlerindeki öncelik sırasının ise İİK'nın 206/3.maddesinin Türk Medeni Kanunu'nun(TMK) taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerine yaptığı atıf doğrultusunda tespit edildiğini görmekteyiz.

Özellikle taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış hakkın varlığı halinde rehinli taşınmazın satış bedeli, alacaklılar arasında sıralarına göre dağıtılır, aynı sırada olan alacaklılar arasında ise o sıranın payına düşen satış bedeli alacakları oranında dağıtılır.(TMK/874)

Anlaşıldığı üzere rehinli taşınmaz satıldığı zaman para, alacaklılarına bulundukları sıraya göre dağıtılmakta ki zaten İİK, 206/3'ün de aynı ifadeleri kullandığını görüyoruz. Aynı sırada bulunan alacaklılara ise alacakları oranında yani garameten paylaştırılır.

Alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan hakları vardır. Gümrük resmi ve akar vergisi gibi Devlet tekliflerinden muayyen eşya ve akardan alınması lazım gelen resim ve vergi, rehinli alacaklardan sonra gelir. Sayılı kamu alacakları rehinli haklardan bile önce gelirken son değişiklik ile önceliğini kaybederek rehinli alacağın arkasına geçmiştir.

Aynı tarihli değişiklik ile AATUHK, 21/2 ve İİK, 206/1birbirine uyumlu hale getirilmiştir. Bununla beraber AATUHK, 21/2 ve 1 numaralı Tahsilat Genel Tebliğin yorumu ile İİK, 206/1yorumu arasında çelişki bulunmakta, rehin hakkının bulunduğu durumlarda sıra cetveli hazırlanırken kamu alacağının hacze iştirak koşulları, İİK/206 hükmüne göre belirlenmektedir.

SONUÇ

Kamu alacakları, kamu hizmetlerinin görülmesinde önemli bir finansman kaynağı olup zamanında ve tam olarak tahsil edilmesi gerekir.

Kamu alacaklarına tanınan rüçhan hakkının temelinde de bu gaye yatmaktadır. Kamu alacaklarını diğer alacaklara göre imtiyazlı hale getiren rüçhan hakkı, idareye kamu gücü ayrıcalığına dayanan bir tahsil yetkisi vermiştir. Hiç şüphesiz bu ayrıcalık da sınırsız olmayıp kanunla sınırları çizilmiştir. İdare alacağını tahsil ederken bu sınırlar içinde kalmak zorundadır aksi takdirde borçlu üçüncü kişinin bir takım Anayasal haklarının ihlaline sebebiyet verecek belki de telafisi olmayan sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu anlamda rüçhan hakkı kapsamında değerlendirilen kamu alacaklarına bakmak gerekir.

AATUHK, 21. Madde ile kamu idaresinin rüçhan hakkını hangi alacaklar için ne şekilde kullanacağını belirtmiştir. İdarenin üçüncü kişilerle yaptığı özel hukuk sözleşmesine dayanan alacakları ile sebepsiz zenginleşme ve haksız fiilden doğan alacakları bu kapsamda değerlendirilmez. Dolayısıyla belirtilen alacakları için AATUHK, m.21'e dayanarak tahsilat yapamaz. Alacaklarını tahsil ederken imtiyazlı olabilmesi için bu alacağın; Devlete, il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve kamu hizmetlerinin uygulanmasından doğan diğer alacakları ile bunların takip masrafları kapsamına giren bir alacak olması gerekir.

İdarenin, kendinden önce haciz yapan üçüncü kişinin haczine iştirak edebilmesi, alacağının yukarda sayılan alacaklardan biri olma koşuluna bağlıdır. Hatta eğer alacağı Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizlerden biri ise yaptığı hacizde 2004 sayılı İİK'nın 268 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmünün uygulanmayacağını belirtir. (AATUHK, 21/1)

Bilindiği gibi özel hukuk kişilerinin, kendi arasında yaptığı özel hukuk sözleşmesini ihlal etmesi ve borçlunun borcunu ödememesi durumunda alacakların güvence altına alınması amacıyla başlatılan icra işlemleri 2004 sayılı İİK hükümlerine göre yürütülür. Kamu idaresinin alacağı için koyduğu hacizde, üçüncü kişinin haczine iştirak edip edemeyeceği, edecekse ne şekilde iştirak edeceği, önünde kurulmuş rehin varsa ne olacağı gibi soruların cevabını icra dairesi tarafından İİK, 206 hükmü uyarınca hazırlanan sıra cetveli verir. Görüldüğü üzere İİK genel nitekte bir kanun olup, haciz konulan menkul veya gayrimenkulün satışa

hazırlanması, kıymet takdirinin yapılması, mal üzerinde haczi bulunanlara tebliğ edilmesi, sıra cetvelinin hazırlanması, itirazların dinlenmesi, satış yapılması, paranın paylaştırılması gibi neredeyse tüm işlemler İİK hükümlerine göre yapılır.

Dolayısıyla kamu idaresi de AATUHK m.21 hükmüne göre bir alacağı söz konusu olunca İİK/140-206-268 mucibince hareket eder. Ancak burada hangi kanunun önceliği sorusu akla geliyor çünkü özellikle AATUHK m.21/2`nin uygulanmasında kamu idaresinin İİK`ya göre mi yoksa AATUHK`ya göre mi hareket edeceği belirsizdir.

28/02/2018 tarihli düzenleme ile AATUHK m m.21/2 ve İİK m.206/1de yapılan değişiklik iki kanunun ilgili fıkraları arasındaki çelişkiyi daha da bariz hale getirmiştir.

Değişiklik öncesi malın aynından doğan; gümrük resmi, bina ve arazi vergisi gibi alacaklar satılan malın parasından öncelikle tahsil edilir sonra paylaştırma yapılırdı. AATUHK m.21/1-2 içinde bu durum geçerliydi. Kamu alacağının önünde rehin olsun veya olmasın malın aynından doğan alacak öncelikle tahsil edilirdi. Zaten değişiklik öncesi İİK m.206/1`in ifadesi de aynı yöneydi.

Değişiklik sonrası AATUHK m.21/1`in uygulanması eski haliyle devam etmiştir. Yine malın aynından doğan alacaklar; satış ve takip giderleri gibi öncelikle tahsil edilecek, daha sonra paylaştırma yapılacaktır. Nitekim değişiklik maddesinin, birinci değil ikinci fıkra hükmünde yer alması, İİK m.206/1`in de malın aynından doğan borcun, rehinli alacaklardan sonra geleceğine özellikle vurgu yapması değişikliğin sadece 21/2 fıkrası için geçerli olduğunu göstermektedir.

Rehinli alacağın önünde üçüncü kişinin ihtiyati veya icrai haczi söz konusu olduğunda, İİK m./268; kamu alacağı da dâhil olmak üzere kimse- nin hacze iştirak edemeyeceğini söylerken, AATUHK m.21/1`in içinde yer alan “Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için tatbik edilen hacizlerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 268 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmü uygulanmaz.” ifadesi yerini korumaya devam etmiştir.

Tahsilat Genel Tebliği (Resmi Gazete No:30451 Resmi Gazete Tarihi: 14/06/2018) ise AATUHK m.21/2`de yapılan değişiklik sonrası uygulamanın nasıl yapılacağına açıklık getirmiştir. Tebliğe göre rehinli

alacağın bulunması halinde malın aynından doğan amme alacaklarının genel bütçeye gelir kaydedilip kaydedilmediği ve bu alacaklar nedeniyle haciz tatbik edilip edilmediği hususları dikkate alınarak öncelik hakkının belirlenmesi gerekmektedir.

Buna göre,

a) Malın aynından doğan alacağın genel bütçe geliri olması ve amme alacağı için haciz tatbik edilmiş olması halinde söz konusu amme alacağı;

-mal üzerindeki rehin şerhi ilk sırada ise Kanunun 21 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince rehinden sonra gelmek üzere öncelik hakkına sahip olacaktır.

-mal üzerindeki rehin şerhinin ilk sırada olmaması halinde, Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince, ilk sırada yer alan üçüncü şahsın haczine iştirak edecektir.

b) Malın aynından doğan alacağın genel bütçe geliri olmasına rağmen bu alacak için haciz tatbik edilmemiş olması durumunda söz konusu amme alacağı Kanunun 21 inci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince rehinden sonra gelmek üzere öncelik hakkına sahip olacaktır.

c) Malın aynından doğan alacağın emlak vergisi gibi genel bütçe geliri olmaması halinde bu alacağın rehinden önceki hacze iştirak hakkı bulunmamaktadır. Bu alacak için rehinden önce haciz tatbik edilmemiş olması durumunda rehinden sonra öncelikli alacak olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Diğer taraftan, 21 inci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yapılan ve malın aynından doğan amme alacaklarının öncelik hakkını etkileyen bu değişiklik, rehnin varlığı halinde dikkate alınacak olup, rehnin bulunmadığı hallerde aynından doğan amme alacakları her halükarda öncelikli alacak olarak dikkate alınacaktır. Dolayısıyla, malın satış bedelinden ilk sırada yer alan üçüncü şahsın haczinden önce aynından doğan amme alacaklarına pay ayrılacaktır.”

Görüldüğü üzere Tahsilat Genel Tebliği kanunun 21/2. fıkrasının, değişiklik sonrası uygulama şeklini oldukça ayrıntılı açıklamış ancak iki

farklı kanunun ilgili hükmünün çatışma ve belirsizliğini tam olarak ortadan kaldırmamıştır.

Bu durumda Tahsil İdaresinin uygulamada hangi kanun hükmüne göre hacze iştirak ettiğinin tespiti önemlidir. Tahsil Dairesi;

-Rehinli alacağın bulunmadığı hacze AATUHK m.21/1'e göre iştirak ediyor. 28/02/2018 tarihli değişiklik öncesi ve sonrası farklılık arz etmiyor.

-Rehinli alacağın bulunduğu hacze ise İİK m.206 hükmüne göre iştirak ediyor. Alacağı ne olursa olsun (asli, fer'i kamu alacağı) Tahsilat Genel Tebliği ve kanunun 21.maddesinde belirttiği gibi rehinli alacağın önünde bulunan üçüncü kişinin haczine iştirak edemiyor. 28/02/2018 tarihli değişiklik öncesi ve sonrası küçük bir ayrıntı dışında farklılık arz etmiyor. Değişiklik öncesi malın aynından doğan vergi ve varsa cezası, satış bedelinden tahsil edilip sonra paylaşırma yapılırken değişiklik sonrası malın aynından doğan alacaklar ancak rehin sahibi payını aldıktan sonra para kalırsa tahsil edilebilmektedir.

Rehinli alacağın bulunduğu hacizlerde Tahsil İdaresi, icra dairesinin düzenlediği sıra cetveline göre hareket etmektedir. Rehnin önünde bulunan üçüncü kişinin haczine katılması ve satış bedelinden garameten pay alması mümkün olmamaktadır. Rehlinli alacağın önünde haciz tatbik eden üçüncü kişi alacağını tahsil etmeden rehin sahibi payını alamayacağı gibi rehin sahibi payını almadan tahsil idaresinin de payını alması söz konusu değildir. Elbette sıra dahilinde paylaşırma yapılabilmesi her seferinde paranın artmasına bağlıdır ki çoğunlukla rehin hakkı sahibi bankalar olduğu için tahsil idaresine para kalmamakta ve doğal olarak kamu alacağı tahsil edilememektedir.

Kamu alacaklarında rüçhan hakkı uygulaması AATUHK'nın 21/1 ve 21/3. fıkraları doğrultusunda kanuna uygun olarak gerçekleşirken rehnin varlığı halinde İİK/206 mucibince gerçekleşmekte; AATUHK m.21/2 devre dışı bırakılmaktadır. Ortaya çıkan çelişkili ve iki başlı durum Tahsilat Genel Tebliğinde yer alan açıklamalar ile de giderileceği benzememektedir. Eski kanun, yeni kanun veya özel kanun, genel kanun ayırımı ile çelişkiyi gidermek veya öncelikle uygulanacak kanunu tespit etmek olası görünmediği için belirsizliği aydınlatarak soru işaretlerine yer bırakmayacak bir düzenlemenin ivedilikle yapılması ve devletin bel kemiğini oluşturan kamu alacaklarının korunması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

BAY, HAKAN Amme Alacaklarında Rüçhan Hakkı Uygulaması ve Garameten Taksim, Vergi Raporu, S.245, (E.T.08/05/2026)

BAYLAN, MUHAMMET ALİ: Kamu Alacaklarının Mutlak Önceliğinden Bahsedilebilir mi? Gümrük & Ticaret Dergisi, 2013, S.2.

GÜZEL, AHMET: Amme Alacakları Tahsil Usul ve Esasları, Nobel Kitabevi, 2007.

İLİ, ÖZGÜR: Türkiye`de Kamu Alacaklarının Korunması Açısından Rüçhan Hakkı Uygulamasının Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir, 2013

İNAM, BURAK: Vergi Alacağının Korunması Hakkında Makale, www.vergigundem.com.

KÜÇÜK, ALPER TUNGA, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna Göre Hacze İştirak. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, Cilt. 71 Sayı:1, (E.T.02/04/2024)

ÖNER, ERDOĞAN: Vergi Hukuku, Seçkin y., Ankara, 2015

PEHLİVANOĞLU, BEREN: Kamu Alacakları Bakımından Hacze İştirak, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2020

TUNCER, SELAHATTİN: Vergi Uygulamaları, (Okan Yayıncılık), İstanbul, 1984.

ÜSTÜN, ÜMİT SÜLEYMAN: Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/17196?Basvuru-NoYil=2014&BasvuruNoSayi17196>

<https://vergidosyasi.com/2018/01/19/6183-sayili-kanuna-gore-teminat-isteme/>

2007/4 Seri No.lu Tahsilat İç Genelgesi [http://www.alomaliye.com/2018/07/02/amme-alacaklarinda-ruchan-hakki-2/\(E.T.23.10.2019\)](http://www.alomaliye.com/2018/07/02/amme-alacaklarinda-ruchan-hakki-2/(E.T.23.10.2019))

Ecz. Av. Derya EĞİLMEZ

TÜRKİYE’DE KORUYUCU AİLELİK SİSTEMİ VE EVLAT EDİNME İLE ARASINDAKİ FARKLAR

Av. Arb. Berna BOZDAĞ

Koruyucu aile, öz ailesi yanında çeşitli nedenlerle bakılamayan çocukların, eğitim ve bakım sorumluluğunu devlet denetiminde, kısa veya uzun süreliğine üstlenen kişi veya ailelerdir. Çocuğun velayeti devlette kalarak biyolojik ailesiyle bağları sürdürülürken, aile ortamında sağlıklı gelişimi amaçlanır.

Koruyucu aile hizmetinde amaç; çocuğun güvenli ve sevgi dolu bir aile ortamında yetişmesini sağlamaktır. Koruyucu aile, kurumla iş birliği içinde; çocuğa, biyolojik ailesi, okulu ve çevresiyle ilişkilerini devam ettirmelerini sağlayarak yardımcı olur.

Koruyucu aileliğin ana felsefesi "çocuğun yüksek yararı" dır. Kurum bakımı ne kadar iyi olursa olsun, bir ailenin sunduğu birebir sevgi ve aidiyet duygusunun yerini tutamaz. Sistem, çocuğun örselenen güven duygusunu onarmayı ve onu hayata hazırlamayı amaçlar.

Türkiye'de **modern anlamda** koruyucu aile hizmetinin kurumsal başlangıcı **1961 yılı** olarak kabul edilmektedir. 1983 yılında ise 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile koruyucu ailelik, kurum bakımına (yurt/yuva) resmi bir alternatif model olarak yasalaşmış ve ilk yönetmeliği çıkarılmıştır. Hizmetin işleyişi, ailelerin seçimi ve denetlenmesine dair kapsamlı usul ve esaslar 1993 yılında yayımlanan yönetmelikle netleşmiştir. Ancak resmi olarak mevcut olsa da uygulamada çok fazla görülmeyen koruyucu ailelik sistemi 2012 yılında başlatılan "Gönül Elçileri Projesi" ile Türkiye genelinde duyulmaya ve uygulanmaya başlamıştır. O tarihten sonra çocuk sayısı hızla artmıştır. Bu proje sonrası koruyucu aile yanındaki çocuk sayısı 500'lü rakamlardan 10 binlerin üzerine çıkmıştır. 2021 yılında ise **30 Haziran**, "Koruyucu Aile Günü" ilan edilmiştir.

Hangi çocuklar bu hizmet kapsamında koruyucu aileler yanına yerleşebilir?

Koruyucu ailelik kapsamında olan çocuklar; biyolojik ailesi mevcut olan ancak biyolojik ailesi tarafından bakılamayacak çocuklardır. Evlat edinme koşullarını sağlamayan çocuklar genelde koruyucu aile kapsamına alınmaktadır.

Koruyucu aile olabilmek için başvuru şartları:

- Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak ve sürekli Türkiye'de ikamet etmek.
- En az ilkokul mezunu olmak.
- 25-65 yaş aralığında olmak.
- Düzenli bir gelire sahip olmak.

Başvuru ve Değerlendirme Süreci:

Bir ailenin çocukla buluşması yaklaşık **3 ile 6 ay** süren titiz bir inceleme sürecidir:

- **Sosyal İnceleme:** Sosyal hizmet uzmanları koruyucu aile olmak isteyen bireylerin evinize gider; yaşam standartlarını, mahalleyi ve aile içi ilişkileri gözlemler.
- **Psikolojik Değerlendirme:** Adayların çocuk bakmaya ruhsal olarak hazır olup olmadıkları analiz edilir.
- **Eğitim:** Başvurusu uygun bulunan ailelere "Koruyucu Aile Birinci Kademe Eğitimi" verilir.
- **Eşleştirme:** Ailenin özellikleri ile çocuğun ihtiyaçları (yaş, cinsiyet, sağlık durumu) uzmanlarca eşleştirilir. Önce çocukla kısa ziyaretlerle tanışma başlar, ardından hafta sonu izinleri ve nihayet yerleştirme gerçekleşir.

Koruyucu aile olabilmek için kendi çocuğunuzun olup olmamasının bir önemi yoktur. Sadece koruyucu aile olabilmek şartlarını sağlamanız, çocuk için evinizde uygun bir ortam düzenlemeniz ve aileniz ile sosyal çevrenizi bu konuda hazırlamanız gerekmektedir. Çocuğun yaş grubunu ve cinsiyeti hakkında da tercih yapma imkânınız bulunup size ve ailenize

en iyi uyum sağlayabilecek çocuğun özellikleri hakkında yönlendirme yapılacaktır.

Mevzuat gereği koruyucu aileler kardeş olmaması halinde, aynı anda en fazla 3 çocuğun bakımını üstlenebilirler. Kardeş çocukların bir arada aynı aileye yerleştirilmesi tercih edilmektedir.

Koruyucu aile modelleri:

Çocuğun korunma altına alınma nedenine ve koruyucu aile modeline bağlı olarak öngörülen hizmet süresi ve uygulama planı değişkenlik gösterir. Koruyucu aile olarak alınan çocuk uzun yıllar koruyucu aile yanında kalabileceği gibi belirli bir süreden sonra biyolojik ailesine döndürülme ihtimali de bulunmaktadır. Biyolojik ailesine döndürülme sürecinde çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulur.

Koruyucu aile sistemi şuan; akraba/yakın çevre, süreli, uzmanlaşmış ve geçici olmak üzere **dört farklı modelde** yürütülmektedir.

Akraba veya Yakın Çevre Modeli

Çocuğun tanıdığı bir ortamda kalmasını hedefleyen en öncelikli modeldir. Çocuğun kan bağı olan akrabaları (dayı, hala, amca, büyükanne/baba) veya yakın çevresinde olan, çocuğun tanıdığı bakıcı, komşu gibi kişiler. Çocuk için psikolojik adaptasyonun en kolay olduğu modeldir. Bu modelde koruyucu aile adayları için yaş ve eğitim şartları sosyal inceleme sonucuna göre esnetilebilir.

Süreli Koruyucu Aile Modeli

Uygulamada en yaygın görülen modeldir. Biyolojik ailesinin yanına kısa sürede dönme imkanı bulunmayan veya kalıcı olarak aile yanına yerleştirilemeyen çocuklar içindir. Çocuk, reşit olana kadar veya biyolojik ailesinin şartları düzelene kadar aile yanında kalır. Ailelerin temel ana-baba eğitimlerini alması beklenir. Uygulamada genellikle çocukların koruyucu ailelerin yanında reşit oldukları reşit olduktan sonra da koruyucu aileleriyle birlikte yaşamaya devam ettikleri yaygın olarak görülmektedir.

Geçici Koruyucu Aile Modeli

2025 yılında Avrupa Birliği Delegasyonu desteği, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve UNICEF iş birliğinde yürütülen "Türkiye’de

Koruyucu Aile Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi" kapsamında, çocukların kuruma yerleştirilmeden önce güvenli, sıcak ve sevgi dolu bir aile ortamında bakılmasının sağlanmasına yönelik "Geçici Koruyucu Aile Hizmeti" pilot uygulaması başlatıldı.

Bu kapsamda bakım hizmeti birkaç günden başlar ve genellikle en fazla bir aydan (bazı özel durumlarda üç aya kadar) oluşur.

Bu model, hizmet planı henüz netleşmeyen, aileye dönüşleri mümkün olmayan ya da çeşitli nedenlerle devlet himayesi altına alınan çocukları, durumları netleşene kadar geçici olarak bir ailenin şefkatiyle buluşturuyor.

Uzmanlaşmış Koruyucu Aile Modeli

Özel ilgi ve destek bekleyen çocuklar için geliştirilmiştir. Fiziksel, zihinsel veya duygusal engeli olan ya da ağır travma geçmişi bulunan, özel ihtiyaçlı çocuklar içindir. Lisans eğitimine sahip (sosyal hizmet, psikoloji, çocuk gelişimi gibi) veya bu konuda profesyonel düzeyde eğitim almış kişiler bu modeli üstlenir.

Gönüllü Ailelik Hizmeti

Son olarak birde Gönüllü Ailelik Hizmeti mevcut olup bakım kuruluşlarında koruma ve bakım altında bulunan çocuklarla, gönüllü aile olarak; kendi ilgi, yetenek ve eğitimlerinin doğrultusunda katkı vermek amacıyla, etkinlik ve çalışmalar yapabilirsiniz. Ayrıca isteğiniz doğrultusunda ve uygun görülmesi halinde çocukları resmi tatil ve özel günlerde yatılı olarak evinizde misafir edebilirsiniz. Bu uygulamada düzenli ve sürekli bir bakım hizmeti mevcut olmayıp sizin uygunluğunuza bağlı olarak gönüllü ailelik yapabilirsiniz.

Kısacası koruyucu aile hizmetinin bakım türleri olup size ve ailenize en uygun modeli seçerek çocukların hayatına destek olabilirsiniz.

Koruyucu Ailelere ve Yerleştirilen Çocuğa Sağlanan Olanaklar:

-Bakım ödemesi: Koruyucu ailelere baktıkları her çocuk için, çocukların bakım, eğitim ve yetiştirilme harcamaları için aylık ücret ödenir. Bu miktar çocuğun yaşına ve ihtiyaçlarına göre değişiklik göstermekte olup her sene miktarlar değişmektedir.

-Özel zorlukları veya ihtiyaçları bulunan ya da engelli çocuklar için aylık bakım ücreti yüzde elli artırılarak uygulanır

-Yaş ve eğitim durumlarına göre çocuklara aylık olarak harçlık ödemesi yapılır.

-**Giyim giderleri:** Çocukların giyim masrafları için yılda iki kez bakım ücreti iki kat arttırılarak ödenir.

-**Sağlık:** Çocukların sağlık harcamaları Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri kapsamında karşılanır.

-**Eğitim ve Kurs Giderleri:** Okul masrafları, servis ücreti ve yetenek kursları (müzik, spor vb.) devletçe karşılanır. Bir meslek edinmek üzere kamu ya da özel kuruluşlar tarafından açılan kurslara katılacakların ücretsiz kontenjanlardan yararlanma durumları değerlendirilir, bu imkândan yararlanamayanların kurs süresince kurs bedelleri, eğitim ve öğretimlerine ilişkin etüt, kurs, yaz okulu, harç, sınav – kayıt ve servis ücretleri ile bunlara ilişkin her türlü araç gereç ve malzeme giderleri karşılanır. Hatta özel okullarda bu çocuklara ayrılmış kontenjanlar bulup ücretsiz eğitim alabilirler.

-Her öğretim yılı başında eğitim masrafları karşılığı olarak iki bakım ücreti kadar ek ödeme yapılır. Yani her eylül ve şubat ayında aylık bakım ödemesi 3 aylık ödeme miktarı kadar yapılır.

-Reşit olup eğitimlerine devam eden çocukların korunma kararı uzatılarak ihtiyaçları karşılanmaya devam edilir. Yani üniversiteye devam eden öğrenciler için ödeme yapılmaya devam edilir.

-**Sigorta Desteği:** Koruyucu ailelerden, eşine veya bir yakınına bağlı olmaksızın emekliliğine esas sosyal güvencesi olmayan eşlerden birinin bir asgari ücret tutarı üzerinden Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamında isteğe bağlı sigortasını yaptırması ve ödeme belgesinin ibrazı halinde primleri aylık olarak ödeme ilave edilerek karşılanır.

- Yine koruma kararı bulunan çocuklar oldukları için 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamında sağlanan istihdam hakkı sayesinde kamu kurum ve kuruluşlarında devlet memuru veya personel olarak çalışma hakkına sahiptirler.

Denetim ve İzleme:

Çocuk koruyucu aile yanına yerleştirildikten sonrada sürekli olarak devlet denetimi altındadır.

- İlk yıl her ay, sonraki yıllarda ise 3 ayda bir sosyal hizmet uzmanları habersiz veya haberli ziyaretler yapar.
- Çocuğun gelişimi, okul başarısı ve psikolojik durumu sürekli raporlanır.

Koruyucu Aile Hizmeti Hangi Sebeplerde Sona Erdirilir?

- Koruyucu ailenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi.
- Çocukla koruyucu aile arasındaki sağlıklı iletişimin yapılan mesleki çalışmalara rağmen kurulamaması veya devam ettirilememesi.
- Koruyucu aile tarafından çocuğun istismar edildiğinin tespit edilmesi.
- Koruyucu ailenin, çocuğun öz ailesi ile ilişkilerini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunduğu ve bu doğrultuda ifadeler kullandığının belirlenmesi.
- Çocuk için hizmetten beklenen yararın gerçekleşmediğinin yapılan izlemelerde tespit edilmesi.
- Çocuğun koruyucu aileye yerleştirilme nedeninin ortadan kalkması.
- Çocuğun yararlanacağı hizmet modelinin değişmesi veya koruma kararının kaldırılması.
- Koruyucu ailenin herhangi bir nedenle hizmet vermekten vazgeçmesi ve diğer sebeplerle koruyucu ailelik hizmeti sona erebilir.

EVLAT EDİNME NEDİR ŞARTLARI NELERDİR?

Evlat edinme, biyolojik ailesi olmayan bir çocuğun mahkeme kararıyla, yasal prosedürlere uygun olarak bir kişi veya eşler tarafından ebeveynliği üstlenilerek soybağı kurulması sürecidir. Bu işlem, çocuk ile evlat edinen arasında kalıcı, hukuki bir aile bağı oluşturur ve çocuğun üstün yararı gözetilerek uygulanır.

Başvuru Şartları:

- En az **30 yaşında** olmak veya **5 yıllık evli** olmak.
- Evlat edinen ile çocuk arasında en az **18 yaş fark** bulunması.
- Çocuğa en az **1 yıl süreyle** bakmış olmak.

Evlat edinilen küçük, evlat edinenin mirasçısı olur ve soyadını taşımaya başlar, evlat edinen ile hukuki soybağı kurulur.

Evlat Edinme ve Koruyucu Aile Arasındaki Temel Farklar

Özellik	Evlat Edinme	Koruyucu Aile
Velayet	Tamamen evlat edinen aileye geçer.	Devlettendir; biyolojik ailenin velayeti sürebilir.
Hukuki Bağ	Çocukla aile arasında soybağı kurulur.	Soybağı kurulmaz, çocuk kendi kimliğini korur.
Süreç	Kalıcı ve geri dönülemez bir durumdur.	Geçici bir bakım modelidir; çocuk biyolojik ailesine dönebilir.
Devlet Desteği	Maddi bir destek sağlanmaz.	Aylık ödeme, sigorta ve eğitim gideri desteği verilir.
Miras	Çocuk, ailenin yasal mirasçısı olur.	Aile ile çocuk arasında miras ilişkisi doğmaz.

Evlat Edinme

- **Avantajları:** Çocuk ailenin nüfusuna geçer, tam bir aile aidiyeti oluşur ve süreç kalıcıdır.

- **Dezavantajları:** Tüm masraflar (bakım, eğitim) tamamen aileye aittir. Bekleme süreleri oldukça uzun olabilir.

Koruyucu Aile

- **Avantajları:** Devlet, çocuğun bakım ve eğitim giderleri için koruyucu aile ödemesi yapar. Sosyal hizmet uzmanları süreç boyunca profesyonel destek sunar.

- **Dezavantajları:** Çocuk bir gün biyolojik ailesine geri dönebilir; bu durum duygusal olarak zorlayıcı olabilir.

Önemli Bir Ayrıntı

Başlangıçta koruyucu aile olan bir kişi, eğer çocuğun hukuki durumu uygun hale gelirse (biyolojik ailenin rızası veya mahkeme kararıyla) ileride çocuğu **evlat edinebilir**. Ancak her koruyucu aile süreci evlat edinme ile sonuçlanmaz. Kısacası koruyucu aile kavramı ülkemizde hala çok yaygın uygulanmayan ama bir çok avantajı olan bir sistem olup daha fazla tanınırlığının arttırılması gerekmektedir. Sadece koruyucu aile olarak alınan bir çocuğun her zaman biyolojik ailesine geri dönebilme ihtimali olduğu gözardı edilmelidir. Bu sebeple avantajları fazla olan ancak psikolojik olarak verilmesi zor bir karar olup detaylı bilgilendirme için uzman desteği alınması tavsiye edilir.

**KENTSEL DÖNÜŞÜM HUKUKU
KAPSAMINDA ARSA PAYI
KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ**

Av. Aybüke SAÇAN ÖZHAN

İstanbul Barosu

ÖZET

Bu çalışmada; kentsel dönüşüm kavramı, amaçları ve sağlanan destekler belirtilerek, sürecin aşamaları açıklanmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği, şekil şartı ve uygulamada nasıl karşımıza çıktığı belirtilmiştir. Kentsel dönüşüm sürecinde yaşanan problemlere değinilerek, çözüm yolları belirtilmiş ve bu doğrultuda yapılan değişiklikler ele alınmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kentsel dönüşüm kapsamında akdedilmesinin farkı ortaya konarak, fesih şartları ve sonuçları ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Kentsel Dönüşüm Süreci, Sağlanan Destekler, Uygulama Problemleri ve Çözümleri, Sözleşmenin Feshi ve Sonuçları.*

ABSTRACT

In this study; The stages of the process are explained by stating the concept of urban transformation, its objectives and the supports provided. It is stated that the legal nature of the construction contract, the form condition and how it appeared in practice in return for the land share. By addressing the problems experienced in the urban transformation process, solutions were specified and the changes made in this direction were discussed. The difference in the conclusion of the construction contract in the scope of urban transformation against land share is revealed and the terms of termination and results are expressed.

Key Words: *Construction Contract for Land Share, Urban Transformation Process, Supports Provided, Application Problems and Solutions, Termination and Results of the Contract.*

GİRİŞ

Kentsel Dönüşüm Hukuku 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ve Kanunun Uygulama Yönetmeliği çerçevesinde gelişen son yıllarda fazlasıyla uygulama alanı bulan ve idarenin içerisinde etkin rol aldığı bir yandan da Kentsel Dönüşüm faaliyeti doğrultusunda yıkılan binaların yenilenmesi için akdedilen inşaat sözleşmeleriyle  zel Hukuk kurallarının da devreye girdiği bir hukuk dalıdır. Kentsel Dönüşüm Hukuku kapsamında sağlanan destekler, uygulamada yaşanan problemler doğrultusunda getirilen yenilikler ile birlikte kentsel dönüşümde akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin  zel Hukuk kurallarından farklı birtakım hususlara tabi olduğu ortadadır.

Kentsel dönüşüm ile birlikte inşaat faaliyetleri artmış, binalarının yenilenmesini düşünmeyen yahut düşündüğü halde maddi kaygılarla bir girişimde bulunmayan maliklerin bir nevi zorunlu bir şekilde, sağlanan desteklerin teşvikiyle de yeni bağımsız bölümlere sahip olmaları sağlanmaktadır. Kentsel dönüşüm sürecinin aşamalarının, maliklerin hak ve yükümlülükleri ile yüklenicinin hak ve sorumluluğu hususlarının iyi bilinmesi, uygulamada yaşanan problemlerin  z m  için önem taşımaktadır.

Bu çalışmayla birlikte; kentsel dönüşüm kavramına, amaçlarına, aşamalarına ve bu kapsamda sağlanan desteklere değinilerek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği ve kentsel dönüşüm kapsamındaki farklılıkları belirtilerek, kentsel dönüşüm kapsamında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici ve maliklerin hak ve sorumlulukları, sözleşmenin feshi ile uygulama problemleri ve bu doğrultuda getirilen değişiklikler üzerinde durulacaktır.

I. Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Amaçları

Kentsel dönüşüm, toplumsal ve kentsel açıdan var olan  arpıkların giderilmesi için 6306 sayılı Kanun ve Kanunun Uygulama Yönetmeliği uyarınca riskli alan ve yapılar ile rezerv yapı alanlarında sürdürülen yenileme ve iyileştirme sürecidir. Kentsel dönüşüm; *“Kentlerin sahip oldukları sorunlara  z m bulabilmek için, değişime uğrayan bir bölgenin sosyal, fiziksel, ekonomik ve çevresel koşullarına, köklü bir  z m*

sağlamak amacıyla yapılan kapsamlı faaliyetler.¹”olarak tanımlanmaktadır. Kentsel dönüşümle riskli alan ve yapılar ile rezerv yapı alanlarının afetlere karşı güvenli hale gelmesi sağlanarak²; yoksul komşulukların temizlenmesi, barınma, çalışma ve dinlenme koşullarının iyileştirilmesi³ ile günün değişen koşullarına uygun sosyal ve ekonomik açıdan konforlu, güvenli ve yaşanılır bir çevre oluşturulması amaçlanmaktadır⁴.

II. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Borçlar Kanununda düzenlenmiş bir sözleşme olmayıp arsa sahibi ile yüklenici arasında akdedilen atipik bir sözleşmedir⁵. Arsa sahibi, yüklenici ile arsanın üzerinde bağımsız bölümlere sahip bir yapının inşa edilmesi için anlaşmakta ve kararlaştırılan yapının yapılması karşılığında yükleniciye bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa paylarını devretme borcu altına girmektedir⁶. Yüklenici ise bağımsız bölümlere sahip bir yapı inşa ederek arsa sahibine teslim etme borcunu üstlenmektedir⁷. Karşılıklı alacak ve borç ilişkisi doğması sebebiyle her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; arsa sahibinin yükleniciye arsa payının mülkiyetini devretme borcu göz önüne alındığında taşınmaz satım sözleşmesinin veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, yüklenicinin yapı inşa etme ve teslim etme borcu yönünden ise eser sözleşmesinin

¹ Muhammet Sönmez, **Kentsel Dönüşüm Hukuku (Teori ve Uygulamalı Bir Anlatım)**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.26, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi. 1 Nisan 2020).

² Sönmez, **a.g.e.**, s.50.

³ Ali Rıza İlgezdi, **Adım Adım Kentsel Dönüşüm**, İkinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.37, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi. 1 Nisan 2020).

⁴ Gün Yazıcı, **Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s.22, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi. 1 Nisan 2020).

⁵ Nezih Sütçü, **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt-1**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6.Baskı, Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2018, s.36, <https://www.turcademy.com/tr>.

⁶ Yasemin Durak, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi,” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, Özel Sayı, 2015, s.213, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/22413/239916>, (Erişim Tarihi:1 Nisan 2020); Sütçü, **a.g.e.**, s.38.

⁷ Durak, **a.g.m.**, s.213; Sütçü, **a.g.e.**, s.38.

⁸ Sütçü, **a.g.e.**, s.38; Durak, **a.g.m.**, s.213.

unsurlarını taşıdığı görülmektedir⁹. “Sözleşmede amaçlanan tek başına bir taşınmaz satımı olmadığı gibi, yalnızca bağımsız bölümün yapımı da değildir¹⁰.” TBK’da düzenlenen eser ve taşınmaz satım sözleşmeleri veya taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini kanunun öngörmediği biçimde; arsa sahibinin yükleniciye arsa payı devretmesinin karşılığında bedel olarak inşa edilen yeni yapının bağımsız bölümlerinin mülkiyetini elde etmesi, yüklenicinin ise bir yapı inşa etmesi ve karşılığında arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetine hak kazanması şeklinde birleştirildiğinden çifte tipli karma bir sözleşmedir¹¹. Yargıtay kararları da bu yöndedir¹².

Sözleşmenin hukuki nitelenmesi sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının tespiti için önem taşımaktadır¹³. Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde doktrinde soğurma, birleşim, kıyasen uygulama ve yaratma teorileri ileri sürülmüştür¹⁴. Kabul edilen baskın görüşe göre ise; Hâkim kanun boşluğunu TMK m.1 uyarınca doldurmalı ve karma sözleşmede yer alan benzer yasal tiplere özgü kuralları kıyasen uygulamalıdır¹⁵. Yargıtay’a göre “*bu sözleşmede yapı yapma edimi için eser sözleşmesine, arsa payı mülkiyetini devir borcu için ise satış vaadine yahut satış sözleşmesine ilişkin kurallar uygulanmalıdır*”¹⁶.

⁹ Derya Yılmaz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi,” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s.111, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/44382/549064>, (Erişim Tarihi.1 Nisan 2020).

¹⁰ Özgür Çatıktaş / Mehmet Yener, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Boyutu ve Muhasebeleştirilmesi,” **Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C.39, S.1, Haziran 2017, s.67, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/muiibd/issue/30502/329901>, (Erişim Tarihi.1 Nisan 2020).

¹¹ Ahmet Cemal Ruhi/ Canan Ruhi, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.28, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi.1 Nisan 2020); Sütçü, **a.g.e.**, s.36; Yılmaz, **a.g.m.**, s.111.

¹² Yargıtay 23. HD, 03.05.2016, E.2016/3493, K. 2016/2846; aynı yönde kararlar 14. HD, 04.07.2017, E.2016/11967, K. 2017/5639; 14. HD, 25.04.2017, E.2016/9083, K. 2017/3378, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim Tarihi.1 Nisan 2020).

¹³ Yılmaz, **a.g.m.**, s.111.

¹⁴ Haluk Nomer/ Baki Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt: I Satış Sözleşmesi**, 3.Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s.25.

¹⁵ Nomer/Engin, **a.g.e.**, s.25.

¹⁶ YHGK, 9.6.1982 T., E. 1979/15-1613, K. 1982/565, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim tarihi:1 Nisan 2020).

III. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Uygulama Şekilleri

A. Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi ve Yüklenicinin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi

Yüklenicinin bağımsız bölüm inşa etmeyi taahhüt etmesine karşın arsa sahibinin arsa paylarını satmayarak arsa paylarının satışını vaat etmesi uygulamada en çok tercih edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir¹⁷. Yüklenicinin bağımsız bölüm inşaatı borcu altına girmesi sebebiyle eser sözleşmesi ve arsa sahibinin ise arsa paylarının satışını vaat etmesi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bir araya getirilmiştir.

B. Belli Arsa Paylarının Yükleniciye Devri Suretiyle Gerçekleştirilmesi

Arsa sahibi belirli arsa paylarını yüklenici ile akdettikleri sözleşme uyarınca satış yoluyla yükleniciye devretmektedir. Arsa sahibi lehine ise yükleniciye devrettiği arsa payları üzerinde ipotek tesis edilmektedir¹⁸. Devrin hukuki sebebi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iken, arsa sahibinin yükleniciye yaptığı devir satım işlemi gibi görünmektedir¹⁹.

C. Arsa Paylarının İnşaatteki Aşamaya Göre Devri

Arsa sahibi sözleşme ile yükleniciye inşaatın aşamalarına göre arsa paylarını devredeceğini vaat etmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir diğer uygulama şeklidir. Arsa sahibi arsa paylarını kendinde tutarak inşaatın tamamlanma seviyesi arttıkça yükleniciye arsa paylarını devretmektedir²⁰.

D. Arsanın Tamamen Yükleniciye Devri

Arsanın belirli bir paylara bölünmeksizin bütün halinde arsa sahibi tarafından satış suretiyle yükleniciye devredilmektedir. Bu yolun tercih edilmesindeki sebep ise kat irtifakının kurulmadığı durumlarda arsa sahibinin yükümlülüğünü azaltmaktır²¹. Tescilin dayanağını ise tapuda

¹⁷ Durak, **a.g.m.**, s.214.

¹⁸ Durak, **a.g.m.**, s.215.

¹⁹ Yılmaz, **a.g.m.**, s.112.

²⁰ Durak, **a.g.m.**, s.215; Yılmaz, **a.g.m.**, s.112.

²¹ Durak, **a.g.m.**, s.214.

satış işlemi görünmesine karşın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturmaktadır²². Arsa sahibinin hakkının gözetilmesi amacıyla, devredilmiş olan arsa üzerinde ipotek oluşturulmaktadır²³.

IV. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Şartı

Sözleşmenin şekil şartına tabi olup olmadığının tespiti için tarafların edimleri göz önüne alındığında arsa sahibinin borcu açısından taşınmaz satım sözleşmesi yahut taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını taşıdığından taşınmaz mülkiyetinin devri resmi şekle tabidir²⁴. Oysa yüklenicinin borcu bağımsız bölüm inşası ve teslimi olup eser sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı halde eser sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı değildir²⁵. TMK m.706 uyarınca arsa sahibinin ediminin taşınmaza ilişkin olması sebebiyle resmi şeklin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için geçerli olduğu ileri sürülmektedir²⁶. Sözleşmenin bir bütün olması sebebiyle yüklenicinin edimi de resmi şekle bağlı olarak sözleşmede yer almalıdır²⁷. Doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları doğrultusunda noterde düzenleme şeklinde yapılan sözleşmeler geçerlidir²⁸. Tarafların kendi hazırladıkları sözleşmedeki imzaları noterde onaylatmaları resmi şekil şartını sağlamaz²⁹. Resmi şekil geçerlilik koşulu olduğundan uyulmaması halinde sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacaktır³⁰.

²² Durak, **a.g.m.**, s.214; Yılmaz, **a.g.m.**, s.112.

²³ Yılmaz, **a.g.m.**, s.112; Durak, **a.g.m.**, s.214.

²⁴ Filiz Berberoğlu Yenipınar, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.42, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi: 2 Nisan 2020); Ruhi, **a.g.e.**, s.33.

²⁵ Sütçü, **a.g.e.**, s.89.

²⁶ Yılmaz, **a.g.m.**, s.113; Yargıtay İBK, 24.04.1978, E.3, K.4; 15. HD, 15.11.2001, E. 2001/3091, K.2001/5233, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim Tarihi: 2 Nisan 2020).

²⁷ Gizem Halis, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılık,” **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.100, Aralık 2014, s.215, <https://jurix.com.tr/article/2689>, (Erişim Tarihi: 2 Nisan 2020).

²⁸ Ruhi, **a.g.e.**, s.33; Sütçü, **a.g.e.**, s.94.

²⁹ Sütçü, **a.g.e.**, s.94; Ruhi, **a.g.e.**, s.37; Yargıtay 15. H.D. 14.5.1990 T. 989/4811-990/2181, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 2 Nisan 2020).

³⁰ Sütçü, **a.g.e.**, s.97; Ruhi, **a.g.e.**, s.37; Yargıtay İBK. 26.05.1954, E. 8, K. 18, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 2 Nisan 2020).

Fakat şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verdiği durumlarda geçersizlik ileri sürülemeyecektir³¹.

V. Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Kapsamında Sağlanan Destekler

A. Vergi ve Harç Muafiyeti

6306 sayılı Kanun m.7/f.9-c uyarınca “*kentsel dönüşüm çerçevesinde yapılacak inşaat faaliyetleri sözleşme, devir ve tesciller ile uygulamaların noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan harçlar, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden muaf tutulmuştur*³².” “*Hem yapı maliklerine hem de malik olmasalar bile bu yapılarda kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak en az bir yıldır ikamet eden yahut işyeri bulunduğu tespit edilenlere bu amaçlarla kullandırılan krediler sebebi ile lehe alınacak paraların vergi ve sigorta muameleleri vergisinden de muafiyet sağlanmıştır*³³.”

B. Konut veya İşyeri Tahsisi

Anlaşma ile tahliye edilen yapıların kiracılarına, maliklerine ve yapıda sürekli olarak kalan sınırlı ayni hak sahiplerine geçici konut veya işyeri tahsisi yapılacağı 6306 Sayılı Kanunun 5.maddesinde belirtilmiştir. Taşınmaz malikleri konut veya işyeri tahsisinde öncelikli sırada yer almakta olup, ilgili kurumca arta kalan konut veya işyerleri bulunduğu takdirde kiracı veya sınırlı ayni hak sahiplerine konut veya işyeri verilmek üzere sözleşme yapılabileceği belirtilmiştir³⁴. Kiracı ve sınırlı ayni hak sahiplerinin en az bir yıldır ikamet etmesi veya işyeri işletmesi de konut veya işyeri tahsisi için aranan bir diğer koşuldur. Ayrıca taşınmazları kamulaştırılanlara da artan konut veya işyerlerinden verilebilmektedir³⁵. “*Kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi veyahut taşınmazları kamulaştırılanlardan konut veya işyeri talebinde bulunanların sayısının artan konut ve işyeri sayısından fazla olması hâlinde, konut veya işyeri*

³¹ Ruhi, **a.g.e.**, s.37; Sütçü, **a.g.e.**, s.101, Yargıtay İçtihadı Birleştirme 30.9.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. Genel Kurul Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:2 Nisan 2020).

³² Yazıcı, **a.g.e.**, s.70.

³³ Sönmez, **a.g.e.**, s.421.

³⁴ Yazıcı, **a.g.e.**, s.69.

³⁵ Sönmez, **a.g.e.**, s.418.

verilecekler noter huzurunda gerçekleştirilecek kura işlemi ile belirlenmektedir (6306 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği madde 14).” Kanunun 5.maddesinde idare ile anlaşmaya vararak tahliye edilen malik, kiracı ve sınırlı ayni hak sahipleri denilerek idare ile anlaşmaya varmayanlar konut ve işyeri tahsisinden mahrum bırakılmıştır³⁶. İşbu husus ise Anayasa Mahkemesi’nin huzuruna eşitlik ilkesine aykırılık iddiası ile taşınmışsa da Anayasa Mahkemesi 2012/87 Esas, 2014/41 Karar Sayılı, 27.02.2014 tarihli kararıyla eşitliğe aykırılık bulunmadığı yönünde karar vermiştir³⁷.

C. Kira Yardımı

6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 16.maddesi uyarınca “anlaşma ile tahliye edilen uygulama alanındaki yapıların maliklerine tahliye veya yıkım tarihinden itibaren aylık kira yardımı yapılmaktadır. Aylık kira bedelini ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı belirlemektedir. Yardım süresi riskli alan dışındaki riskli yapılarda 18 aydır.” Riskli ve rezerv yapı alanlarında kira yardımı süresi 20/04/2020 değişikliği ile 36 aydan 48 aya çıkartılmış olup bu süre 48 ayı geçmemek şartı ile ilgili kurumca belirlenmektedir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı uygun gördüğü takdirde kira yardımının 1 yıla kadar olan kısmı peşin olarak ödenebilmektedir. 20/04/2020 değişikliği öncesi ise kira yardımının 5 aylık kısmı peşin olarak ödenebilmekteydi³⁸.

“Ayrıca maliklerin dışında inşaat halindeki riskli yapıda sınırlı ayni hak sahibi olarak ikamet edenlere veya işyeri işletenlere Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenen aylık kira bedelinin beş katı kadar, kiracı olarak ikamet edenlere, işyeri işletenlere ve Kanun kapsamında taşınmaz anlaşma yolu ile kamulaştırılanlara ise iki katı kadar, defaten kira yardımı” yapılabileceği belirtilmiştir³⁹.

³⁶ Ayşe Usta Bayrakçı, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri,” **The Journal of International Scientific Researches**, C.4, S.2, 2019, s.165, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/isrjournal/issue/47216/570343>, (Erişim Tarihi: 3 Nisan 2020).

³⁷ Bayrakçı, **a.g.m.**, s.165.

³⁸ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200424-1.htm>, (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2020).

³⁹ Sönmez, **a.g.e.**, s.402.

2016/8663 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Riskli Yapıyı Malik, Kiracı veya Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmaksızın Kullananlara Yardım Yapılmasına Dair Karar uyarınca, Uygulama Yönetmeliğinin 16.maddesinin 2.fıkrasında değişiklik yapılarak hak sahiplerine de “*riskli yapılarda 18 ay, riskli alanlarda ise 48 ay kira yardımı yapacağı*” düzenlenmiştir. Bu şekilde kira yardımı yapılacak kişilerin sınırı genişletilmiştir. Kira yardımı yapılacak hak sahiplerinin belirlenmesinin takdiri ise idareye yapılan başvuru neticesinde idarede olacaktır.

“Aynı zamanda gecekondü sahiplerine de riskli yapılarda Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenen aylık kira bedelinin iki katı kadar, riskli alanlarda ise hak sahipleri için belirlenen süre ve miktarın üçte ikisini ve 48 ayı geçmemek şartı ile ilgili kurumca belirlenecek süre ve miktarda” kira yardımı alabilme hakkı tanınmıştır (Yönetmelik madde 16/ f.2).

“Kira yardımı başvuruları; tahliye tarihinden itibaren bir yıl içinde veya riskli yapının yıktırıldığı tarihten itibaren üç ay içinde, Bakanlıkça belirlenecek bilgi ve belgelere istinaden riskli alan veya rezerv yapı alanlarında ilgili kuruma (Uygulama alanında dönüşüm projesi gerçekleştirecek olan Bakanlığa, İdareye veya Toplu Konut İdaresi Başkanlığına), riskli yapılarda ise Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğüne (bu müdürlük mevcut değilse Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne) veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda İdareye (Büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerine veya ilçe belediyelerine) yapılır (Yönetmelik madde 16/ f.4).”

D. Kredi ve Faiz Desteği

“Dönüşüm projeleri özel hesabından anlaşma ile tahliye edilen, yıktırılan veya kamulaştırılan yapıların maliklerine ve malik olmasalar bile bu yapılarda kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak en az bir yıldır ikamet ettiği veya bunlarda işyeri bulunduğu tespit edilenlere kredi verilebilmektedir⁴⁰. Bu kişilerden konutunu ve işyerini kendi imkânları ile yapmak veya edinmek isteyenlere de kredi verilebileceği belirtilmiştir (6306 sayılı Kanun madde 6/ f.3).” Ayrıca riskli alan ve rezerv yapı alanı dışında alan ve fakat güçlendirme yapılabilmesi mümkün olan tespit yapıları için güçlendirme kredisi, riskli yapı tespiti için tespit kredisi, riskli

⁴⁰ Sönmez, a.g.e., s.409.

yapıların yıktırılması ve enkazın kaldırılması için yıkım kredisi, sağlanan diğer kredi destekleridir⁴¹.

“Cumhurbaşkanınca belirlenen oranlarda Dönüşüm Projeleri Özel Hesabından karşılanmak üzere gerçek veya tüzel kişilere bankalardan faiz desteği verilebileceği” Uygulama Yönetmeliği m.16/6’da düzenlenmiştir. “Gerçek veya tüzel kişilere faiz desteği verilebilmesi için tahliye veya yıkım tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde kredi almak üzere Bakanlıkça protokol imzalamış bankalara başvurulmuş olması” şartı getirilmiştir. Dolayısıyla Bakanlıkça protokol imzalamayan bankalara başvurulduğunda faiz desteği alınamayacaktır⁴². Uygulama Yönetmeliği m.16/f.7 uyarınca “Dönüşüm Projeleri Özel Hesabından aynı kişiye hem kira yardımı ve hem de faiz desteği yapılamayacağı” belirtilmiştir.

VI. Kentsel Dönüşüm Sürecinin Aşamaları

A. Riskli Yapı, Riskli Alan ve Rezerv Yapı Alanı Tespiti

Kentsel Dönüşüm sürecinin başlangıç noktasını riskli yapının, riskli alanın veya rezerv yapı alanının tespiti oluşturur. Riskli alan Kanunun 2.maddesinde “Zemin yapısı ve üzerindeki yapılaşma sebebi ile can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alan” olarak tanımlanmışken; Rezerv yapı alanı: “6306 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ’nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen Bakanlıkça belirlenen alan” olarak ifade edilmiş olup; Riskli Yapı ise “Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı” olarak belirtilmiştir.

Riskli alan tespitinin karar yetkisi esasen Cumhurbaşkanına tanınmış olup Çevre ve Şehircilik Bakanlığına Yönetmeliğin 5.maddesinde belirtilen şartlar dâhilinde tespit ettiği alanları riskli alan olarak belirlenmesi için Cumhurbaşkanına sunabilme yetkisi tanınmıştır. “TOKİ veya İdare ise riskli alan belirlenmesine ilişkin bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosya ile Bakanlıktan riskli alan tespit talebinde bulunabilmektedir. Bakanlıkça, uygun görülen talepler yine Cumhurbaşkanına sunulmaktadır.

⁴¹ Sönmez, a.g.e., s.407; Yazıcı, a.g.e., s.69.

⁴² Yazıcı, a.g.e., s.68.

Riskli alan belirlenmesi için alanda taşınmaz maliki olan gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine de riskli alan belirlenmesine ilişkin bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosya ile birlikte Bakanlık veya İdareden riskli alan tespit talebinde bulunabilme hakkı tanınmıştır (Yönetmelik m.5/f.4).” İdareye yapılan istekler önce Bakanlığa gönderilecek, ardından Bakanlık uygun bulduğu istekleri Cumhurbaşkanına iletecektir.

Rezerv yapı alanı ise Bakanlık tarafından re ’sen belirlenebilmektedir. TOKİ veya İdare ise Bakanlıktan rezerv yapı alanı tespiti isteyebilmektedir. Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine tanınan, Yönetmelik madde 4/f.1-c’de belirtilen evraklar ile Bakanlıktan rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunulabilme hakkı, söz konusu talebe ilişkin taşınmazların maliklerinin tamamının muvafakatinin sağlanması koşulu ile tanınmıştır. Taşınmaz maliklerinin tamamının rezerv yapı alanı tespitine muvafakat vermemesi halinde ise söz konusu yerin rezerv yapı alanı olarak tespiti talebinde bulunulamayacaktır.

Riskli yapının tespitinde ise yapı malikleri etkin bir rol almaktadırlar. Yapı malikleri masraflarını kendileri karşılamaları koşuluyla yapının riskli olup olmadığının tespitini Çevre ve Şehircilik Bakanlığının lisanslandırdığı kurum ve kuruluşlara yaptırabilmektedirler⁴³. Yapı maliklerinin kanuni temsilcilerinin de riskli yapı tespiti yaptırmaları kanunen mümkündür. “Eğer Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı tapu mevcut ise arsa payı sahibi riskli yapı tespitini yaptırır. Arsa üzerindeki yapının başkasına ait ise bu husus tapu kütüğünde belirtilmişse, riskli yapı tespiti lehine şerh olan tarafça yaptırılır (Yönetmelik m.7/f.2-a).” Yönetmelik madde 7/f.2-a uyarınca “riskli yapı tespiti talebi, elektronik yazılım sistemi üzerinden yapılır.” Çevre ve Şehircilik Bakanlığı da süre vermek suretiyle yapı maliklerinden veya kanuni temsilcilerinden riskli yapı tespiti yaptırmalarını isteyebilmektedir⁴⁴. “Yapı malikleri veya kanuni temsilcileri, riskli yapı tespitini verilen süre içinde yaptırmadıkları takdirde, tespitler Bakanlıkça veya İdarece yapılır yahut yaptırılır (Kanun m.3/f.1).”

“İdarece veya lisanslandırılmış kurum veya kuruluşça düzenlenen riskli yapı tespitine ilişkin raporlar Müdürlük veya Bakanlıkça, yetki devri yapılması durumunda İdare tarafından incelenir ve inceleme

⁴³ Sönmez, a.g.e., s.139.

⁴⁴ Yazıcı, a.g.e., s.36.

sonucunda bir eksiklik tespit edilmediği takdirde tapu müdürlüğüne bildirilir (Yönetmelik m.7/f.4).” “Bu durum ise riskli yapıda aynı ve şahsi hak sahiplerine tebliğ edilir (Kanun m.3/f.1).” “Söz konusu tebligat tarihinden itibaren 15 gün içinde yapı maliklerinin ve kanuni temsilcilerinin riskli yapı tespitine karşı itiraz hakları bulunmaktadır (Yönetmelik m.7/f.5).” “İtirazlar ise riskli yapının bulunduğu yerdeki Müdürlüğü veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda İdareye verilecek bir dilekçe ile yapılmaktadır. İtirazın 15 günlük süre içerisinde ve yapı maliki veya kanun  temsilciler tarafından yapılp yapılmadığının incelemesi Müdürlükçe veya İdarece yerine getirilmektedir (Yönetmelik m.7/f.6).” İtirazı değerlendirecek olan ise teknik heyettir. Teknik heyetin itirazları ne kadarlık bir sürede incelemesi gerektiğine ilişkin süre sınırlaması kanun ve yönetmelikte bulunmamakla birlikte, Kanunun 6/f.9 maddesinde bu kanun kapsamında tesis edilen idari işlemlere karşı İYUK kapsamında dava a ılabileceği düzenlendiğinden İYUK m.11 uyarınca altmış gün içinde itirazlar yanıtlanmalıdır⁴⁵. Teknik heyetin yapının riskli olduğuna ilişkin kararına karşı veya teknik heyetin maliklerin yaptığı itirazı reddetmesi sonucunda riskli yapı tespitine ilişkin verilen karara ilişkin olarak maliklerin idari yargı yolunda dava açma imkânları bulunmaktadır⁴⁶.

B. Riskli Yapının Yıkılması

Riskli yapı tespitinin kesinleşmesiyle birlikte Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü yahut  evre ve şehircilik İl Müdürlüğü gerekli tebligatları yaparak yapının yıkılmasını idareden (B y şehir belediyesi yahut il e belediyesinden) istemektedir. Riskli yapının malikler tarafından yıktırılması esas olup 6306 Sayılının Kanunun 5. Maddesi uyarınca idare ise altmış günden az olmayacak şekilde yapı maliklerine süre vermektedir. Malik, riskli yapıyı kiracı veya sınırlı aynı hak sahibi kullanıyor ise onlara yapının tahliye edilmesi gerektiği yönünde bildirim yapılmalıdır⁴⁷. Malik tarafından bildirim yapılmadığı tespit olunduğu takdirde tahliye bildirimini kiracı veya sınırlı aynı hak sahibine idarece yapılır. “Bu süre içinde riskli yapı, malik tarafından yıktırılmadığı takdirde, yapının idari makamlarca yıktırılacağı belirtilerek otuz günden az olmamak

⁴⁵ Sönmez, a.g.e., s.166.

⁴⁶ Sönmez, a.g.e., s.171.

⁴⁷ Yazıcı, a.g.e., s.48.

üzere tekrar süre verilerek maliklere tebligat yapılır⁴⁸.” Uygulama Yönetmeliği madde 8 uyarınca malikler verilen süreler içerisinde riskli yapıların yıkımını gerçekleştirmemişlerse bu durum mülki amire bildirilir. İdarenin talebi üzerine hak sahiplerinin de görüşü alınarak “*ilgili kurum ve kuruluşlar riskli yapılara verilen elektrik, su ve doğal gaz gibi hizmetleri durdurur. Tahliye ve yıktırma işlemleri, mülkî amirler tarafından sağlanacak kolluk kuvveti desteği ile İdarece yapılır veya yaptırılır.*” Bu sürecin sonunda yıktırılamayan yapılar ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı veya Müdürlükçe yıkılır veya yıktırılır. “*Bakanlık veya İdare tarafından yapılan veya yaptırılan riskli yapı tespit, tahliye ve yıktırma masrafları ise maliklerden hisseleri oranında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanuna göre tahsil edilir (Yönetmelik m.8/f.6).*” “*Yıkım ruhsatı ise yapı maliklerinden biri veya birkaçının veya bunların vekillerinin müracaatı üzerine verilmektedir. Yıkım ruhsatı alınabilmesi için elektrik, su ve doğalgaz hizmetlerinin kapatıldığına dair ilgili kurum ve kuruluşlardan belgelerin sunulması gerekmektedir. Eğer idarece yıkılacak yapının tahliye edildiği ve elektrik, su ile doğalgaz hizmetlerinin fiilen kapatıldığı tutanakla tespit edilmiş ve yıkım sorumlusu olarak statik fenni mesul belirlenmişse de yıkım ruhsatı maliklerin muvafakati aranmaksızın altı işgünü içerisinde düzenlenir (Yönetmelik m.8/f.2-b).*” İdarenin riskli yapının yıktırılması ve tahliye edilmesi yönünde maliklere gönderdiği yıkım ve tahliye kararı bir idari işlem niteliği taşıdığından İYUK’a göre maliklerin idari yargıda dava açmaları mümkündür⁴⁹.

C. Bağımsız Bölümlerin Mülkiyetlerinin Arsa Payı Üzerinde Mülkiyete Dönüşmesi

“*Yıkım işlemi sonrasında taşınmaz üzerindeki kat mülkiyeti ve kat irtifakı son bularak arsa müşterek mülkiyet haline gelir*⁵⁰.” Bir başka deyişle riskli yapının yıkılmasıyla birlikte, bağımsız bölümler üzerindeki kat mülkiyeti sona erdiğinden, yapı maliklerinin hakkı arsa üzerinde paylı mülkiyete dönüşmektedir⁵¹. Çevre ve Şehircilik Bakanlığının talebi ile

⁴⁸ Yazıcı, a.g.e., s.49.

⁴⁹ Sönmez, a.g.e., s.226.

⁵⁰ Murat Tezcan/ Beyza Canbolat, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi, ” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.138, 2018, s.118, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-138-1795>, (Erişim Tarihi: 4 Nisan 2020).

⁵¹ Saliha Çağatay, “6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uyarınca Kat Mülkiyetinin Sona Ermesi ve Sonuçları, ” *Kocaeli*

“üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti” arsa maliklerinin talebine ihtiyaç duyulmaksızın tapu müdürlüklerince re’sen terkin edilir. Taşınmazın yıkıldığı arsa, yapının yıkımı öncesindeki vasfına göre değerlendirme yapılarak veya maliklerle yapılmış bir anlaşma mevcutsa “sözleşmenin şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikler adına payları oranında tescil edilir (Kanun madde 6/f.1).” Kanunun 6.maddesi uyarınca “taşınmazın sicilinde bulunan aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, maliklerin arsa paylarındaki hisseleri üzerinde devam eder. Bu hakların ve şerhlerin ise tapuda; tevhit, ifraz, alan düzeltme, taksim, ihdas, terk, tescil, kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesisine ilişkin işlemlerinin yapılmasına engel teşkil etmeyeceği ve bu işlemlerde maliklerin ve ilgililerin muvafakatının aranmayacağı da belirtilmiştir.”

1. Arsa Paylarının Belirlenmesi

Arsa paylarının belirlenmesiyle ilgili 6306 sayılı Kanunda ve Yönetmeliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple Kat Mülkiyeti Kanununun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. KMK m.3/değişik f.2 uyarınca “Kat mülkiyeti ve kat irtifakı, bu mülkiyete konu olan ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak projesinde tahsis edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulur.” Dolayısıyla riskli yapı yıkıldıktan sonra bağımsız bölüm mülkiyetleri arsa payı mülkiyetine dönüşürken, bağımsız bölüme göre tahsis edilecektir. Kanunun 6.maddesi ile Yönetmeliğin 12.maddesinde taşınmazların değerinin nasıl tespit edileceği düzenlenmiştir: “İlgili kurum, uygulama alanındaki taşınmazların sınırını, yüzölçümünü ve cinsini gösteren haritayı veya krokiyi hazırlayacaktır. İlgili kurum bünyesinden en az üç kişiden oluşan kıymet takdir komisyonları yahut hizmet satın alınarak taşınmazın değeri tespit edilecektir. Değer tespitinde ise taşınmaz değerlendirme konusunda uzman kişi, kurum veya kuruluşlardan ve mahallin emlak alım satım bürolarından alınacak bilgilerden de faydalanılacaktır. En sonunda 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 11 inci maddesindeki esaslara göre ise taşınmazın

değeri belirlenecektir.” Belirlenen taşınmaz değeri ise arsa paylarının belirlenmesinde etkili olacaktır. Yargıtay 20. H.D’nin 2017/2569 E., 2017/6174 K. sayılı, 04.07.2017 Tarihli kararı uyarınca arsa payının belirlenmesinde⁵²; *“Bağımsız bölümlerin cinsi, bulunduğu katı, alanı, ısıtma sistemi, aydınlanması, mimari kullanımı ve konumu, cephesi ve manzarası, kullanma amacı (konut, işyeri vs.), eklentileri, güneşten yararlanma, rüzgâr ve diğer dış etkenlerden etkilenme olayı gibi hususlar”* dikkate alınır. Uygulamada yaşanan en büyük problemlerden birisi arsa paylarının hakkaniyetli, gerçeğe uygun tahsis edilememesi neticesinde maliklerin hak kayıplarına uğramasıdır. Bu durumun çözümü için Kanun ve Yönetmelikte bir yol sunulmadığından KMK uyarınca arsa paylarının düzeltilmesi amacıyla dava açılarak işbu sorun çözülebilmektedir.

2. Arsa Payı Düzeltme Davası

Kat Mülkiyeti Kanunu m.3/değişik f.2 ve Yargıtay İçtihadı doğrultusunda *“Arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir”*⁵³. Dolayısıyla arsa payının düzeltilmesi davasında dava açma yetkisi kat maliki olan kişilere ve kat irtifakı sahiplerine tanındığından sınırlı ayni hak sahipleri veya kiracılar bu davayı açamayacaklardır⁵⁴. Kat maliki yahut kat irtifakı sahiplerinin mirasçıları da bu davayı açabilmektedir⁵⁵. Davacının iyi niyetli olması gerekmektedir, şöyle ki Yargıtay’ın süre gelen içtihatlarına göre; *“Arsa paylarını bizzat hazırlayıp bilerek bunun tapuya tescilini sağlayan malik veya paydaşların sonradan arsa paylarının yanlışlığına dayanarak dava açmalarının iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı kabul edilmektedir”*⁵⁶. *“Kat mülkiyeti kurulduktan sonra malik olanlar ile kuruluşunda bizzat hazır bulunup tapuda imzası olmayan kat malikleri ile bağımsız bölümlerin mülkiyetini sonradan intikal edip arsa payının ilk belirlenmesinde hiçbir surette katılımı ve etkisi söz konusu*

⁵² <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim tarihi:4 Nisan 2020).

⁵³ Yargıtay 18. H.D. 2005/1500 E., 2005/3483 K. sayılı, 11.04.2005 tarihli kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim tarihi:4 Nisan 2020).

⁵⁴ Peren Sanrı Arslan, **Arsa Payı Düzeltme Davası**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s.78, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim tarihi:4 Nisan 2020).

⁵⁵ Sönmez, **a.g.e.**, s.263.

⁵⁶ Arslan, **a.g.e.**, s.76.

*olmayan maliklerin de iyi niyetli oldukları kabul edilmekte dolayısıyla arsa payı düzeltim davasını açabilmeleri mümkündür*⁵⁷.”  şbu davanın neticesinde arsa payının düzeltilmesine karar verildiği takdirde, davacıların haricinde diğer kat maliklerinin veya kat irtifakı sahiplerinin de arsa paylarının değiştirilmesi gerekeceğinden, dava taşınmazdaki kat malikleri veya kat irtifakı sahiplerinin tümüne karşı açılmak zorundadır⁵⁸. Söz konusu taşınmazın bulunduğu yerdeki Sulh Hukuk Mahkemesi arsa payı düzeltim davasında görevli ve yetkili mahkemedir⁵⁹. Arsa payı düzeltim davası için zamanaşımı yahut hak düşürücü süre mevcut olamamakla birlikte, bu davanın kat mülkiyeti yahut kat irtifakı sona ermeden açılması gerekmektedir⁶⁰. Mahkeme kararı neticesinde kat mülkiyeti kurulmuş ise; ilgili mahkeme hükmü, kesin hüküm teşkil edeceğinden arsa payı düzeltim davası a ılamayacaktır⁶¹. Kentsel dönüşüm sürecinde Kanun m.6/f.1 uyarınca riskli yapının yıkılmasıyla kat mülkiyeti veya irtifakı sona erdiği için, arsa ayı düzeltme davasının yapının yıkılmasından önce açılması gerekmektedir⁶². KMK m.3 uyarınca “*Arsa payı, kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulduğu tarihteki değerine göre hesaplanır ve tarihten sonra bağımsız bölüm üzerinde gerçekleştirilen imar durumu ile cins ve manzara değişiklikleri, bakım ve onarım çalışmaları sebebiyle meydana gelen değer artış ve eksilmeleri dikkate alınmaz.*”⁶³ Bu durumun istisnasını ise KMK m.44 uyarınca ana taşınmaza sonradan eklenen bağımsız bölümler oluşturmaktadır, bu takdirde değerlendirmede yeni bağımsız bölümlerin eklenerek arsa paylarının değiştirildiği tarih esas alınır⁶⁴. Mahkeme objektif esaslara göre keşif ve bilirkişi raporları doğrultusunda arsa paylarını belirler ve bu nihai kararlar birlikte bu doğrultuda tescilsiz iktisap edilir, tapudaki tescil açıklayıcı nitelikte olur⁶⁵. Kentsel dönüşüm sürecinde açılan arsa payı düzeltme davalarında her ne kadar ihtiyati tedbir kararı alınsa da, riskli yapının yıkılması

⁵⁷ Yargıtay 20.Hukuk Dairesi 2017/ 4576 E., 2017 / 8238 K. sayılı 23.10.2017 tarihli kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim tarihi:4 Nisan 2020); Arslan, **a.g.e.**, s.76.

⁵⁸ Sönmez, **a.g.e.**, s.263; Arslan, **a.g.e.**, s.78.

⁵⁹ Arslan, **a.g.e.**, s.79; Sönmez, **a.g.e.**, s.264.

⁶⁰ Arslan, **a.g.e.**, s.75; Sönmez, **a.g.e.**, s.266.

⁶¹ Tezcan/Canbolat, **a.g.m.**, s.123.

⁶² Sönmez, **a.g.e.**, s.267.

⁶³ Arslan, **a.g.e.**, s.82; Sönmez, **a.g.e.**, s.268; Tezcan/Canbolat, **a.g.m.**, s.130.

⁶⁴ Arslan, **a.g.e.**, s.84; Tezcan/Canbolat, **a.g.m.**, s.131.

⁶⁵ Sönmez, **a.g.e.**, s.268.

engellenememektedir⁶⁶. Fakat işbu davada alınan ihtiyati tedbir doğrultusunda üçte iki çoğunluğa katılmayan paydaşların paylarının satışı durdurulabilmekte ve davanın sonucundaki nihai karar doğrultusundaki arsa paylarına göre satış işlemi gerçekleştirilmektedir⁶⁷.

D. Arsa Payı Haline Gelen Yapının Değerlendirilmesi İlişkin Maliklerin Kararı

Bağımsız bölümlerin yıkılması sonucu arsa haline gelen taşınmazın akıbetinin ne olacağı ise maliklerin kararı neticesinde belirlenmektedir. Maliklerin karar oranı ise Kat Mülkiyeti Kanun'dan farklı bir şekilde Kanunun 6.maddesi ile Yönetmeliğin 15.maddesinde düzenlenmiştir: *“Riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etapta veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde yapıların yıktırılmış olması şartı aranmaksızın ve yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, taksim, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir.”* Kentsel dönüşüm kapsamında riskli alan, rezerv yapı alanı yahut riskli yapılarda parsellerin değerlendirilmesine ilişkin maddede sayılan işlemlere hisseler oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilebilmektedir. Ancak üçte iki çoğunlukla karar alabilmek için kentsel dönüşüm faaliyetinin başlangıcı olan riskli yapı, riskli alan veya rezerv yapı alan tespiti yapılmış olmalıdır. Aksi takdirde riskli yapı, riskli alan veya rezerv yapı alanı tespiti mevcut değilse Kat Mülkiyeti Kanunu madde 45 uyarınca maliklerin oy birliği ile karar alması gerekmektedir⁶⁸.

⁶⁶ Sönmez, a.g.e., s.272.

⁶⁷ Sönmez, a.g.e., s.272.

⁶⁸ KMK madde 45 – *“Anagayrimenkulün bir hakla kayıtlanması veya arsanın bölünmesi ve bölünen kısmın mülkiyetinin başkasına devrolunması gibi temlik tasarrufları veya anayapının dış duvarlarının, çatı veya damının reklam maksadiyle kiralanması gibi önemli yönetim işleri ancak bütün kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri karar üzerine yapılabilir.”*

Üçte iki oranının belirlenmesinde ise paydaş sayısı önem arz etmeyip maliklerin sahip oldukları arsa payı oranı önemlidir⁶⁹. Ayrıca yapının paydaşı olup olmadıkları da gözetilmeyerek parsellerdeki hisselerinin üçte iki çoğunluğu ile karar alınması yeterli görülmüştür. Sebebi ise bir parselde birden fazla yapı bulunup yapıların tamamının riskli yapı olması yahut bu yapılardan bazılarının riskli yapı olması durumları için daha hızlı karar alınabilmesini sağlamaktır. Şöyle ki *“bir parselde birden fazla yapı bulunması ve bu yapıların tamamının riskli yapı olarak tespit edilmiş olması halinde, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında bütün maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile; bu yapılardan bazılarının riskli yapı olarak tespit edilmiş olması halinde ise riskli olarak tespit edilen yapıların maliklerinin en az üçte iki çoğunluğu ile karar verileceği”* düzenlenmiştir (Yönetmelik m.15/f.7-f.8-b).

Kanun ve Yönetmelikte 2019’da yapılan değişiklikle birlikte maddede sayılan işlemlere maliklerin hisselerinin üçte iki çoğunluğu ile karar verilebilmesi için yapıların yıktırılmış olması şartının aranmayacağı hükmü getirilmiştir⁷⁰. Riskli yapı, riskli alan veya rezerv yapı alanı tespiti yapıldıktan sonra kentsel dönüşüm faaliyeti başlamış olacağından yapıların yıkılıp yıkılmaması maliklerin karar oranını etkilemeyecektir. Söz konusu değişiklikten önce Yargıtay’ın tutumu ise: *“6306 sayılı Kanun’un 6. maddesinde gösterilen arsa payları oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alma kuralının üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelen taşınmazlar için uygulanacağı; henüz taşınmaz üzerindeki binanın yıkılmadığı dolayısıyla kat mülkiyeti statüsünün sona ermediği durumlarda Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 45. maddesinin uygulanması gerektiği ve yıkım kararının alınabilmesi için kat maliklerinin oy birliğinin sağlanması gerekeceği yönündeydi”*⁷¹. Yapının yıkılıp

⁶⁹ Ali Rıza İlgezdi, **Adım Adım Kentsel Dönüşüm**, İkinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.160, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi: 5 Nisan 2020); Yazıcı, **a.g.e.**, s.57.

⁷⁰ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/06/20190621-1.htm>; <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/06/20190621.pdf> (Erişim Tarihi: 5 Nisan 2020).

⁷¹ Tezcan /Canbolat, **a.g.m.**, s 115. Bknz: Yargıtay 18.HD’nin, 2016/ 3352 E. 2016 / 5487 K. sayılı 31.03.2016 tarihli kararı, Yargıtay 18.HD’nin, 2015/ 2026 E. 2015 / 17243 K. sayılı 26.11.2015 tarihli kararı, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim Tarihi: 5 Nisan 2020).

yıkılmadığı gözetilmeksizin değişikliği ile arsa payları oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alma kuralının uygulanışına yönelik Yargıtay'ın bu tutumunun değişeceği kanaatindeyim.

1. Karara Katılmayan Azınlık Maliklerin Durumu

Karar nisap sayısında KMK'daki oy birliği şartının aranmayarak üçte iki çoğunluğun yeterli bulunmasının sebebi; kentsel dönüşüm faaliyetlerinin riskli alan yahut yapılar üzerinde gerçekleştirilmesi sebebiyle aciliyet gerektirmesi ve idare tarafından yürütülen bir yönünün de bulunmasıdır. Oy birliğinin aranması halinde paydaşların aralarında mutabık varmaları güçleşeceğinden kentsel dönüşüm faaliyetlerinin de aksamasına sebebiyet verilebilecektir. Bu husus öyle mühim görülmüş olmalı ki karara katılmayan paydaşların durumu şu şekilde belirlenmiştir:

Öncelikle *“maliklerin kararı anlaşma şartlarını ihtiva eden teklif ile birlikte karara katılmayanlara noter vasıtasıyla veya 7201 sayılı Kanuna göre tebliğ edilir (Yönetmelik m.15/f.2).”* Bu tebliğde, on beş gün içinde teklif ve kararın onaylanmaması durumunda ne olacağı bildirilir. *“Hiseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile alınan karara katılmayan maliklerin arsa payları; Yönetmeliğin 15/A maddesinde belirtilen usule göre, arsa payı değeri üzerinden anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. Paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, bu paylar riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında rayiç bedeli Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye devredilir. Riskli yapılarda ise, anlaşma sağlayan paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılincaya kadar satış işlemi tekrarlanır (Yönetmelik m.15/f.3).”* Dolayısıyla maliklerin kararına katılmayan paydaşların payları riskli alan veya rezerv yapı alanlarında kamulaştırılırken, riskli yapılarda ise üçüncü kişilere satılarak kentsel dönüşüm sürecinin devam etmesi sağlanır.

2. Maliklerin Üçte İki Çoğunlukla Aldıkları Kararın Sınırlandırılması

Maliklerin üçte iki çoğunlukla aldıkları kararın, bu karara katılmayan diğer maliklerin üzerindeki etkisine bakıldığında arsa paylarının

satılması yahut kamulaştırılmasına sebebiyet verildiğinden çok büyüktür. Karara katılmayan azınlık maliklerine bu denli etki eden bir kararın sadece alınabilecek kararlar sayılmak suretiyle sınırlandırılması yeterli değildir. Uygulamada zaman zaman karşılaştığımız yüklenici tanıdığı olan maliklerin o yüklenicide direterek bundan kazanç elde etmesi, yapının değerlendirilmesindeki faydanın değil kişisel çıkarların ön planda tutulması hallerinde bu çoğunluk kararının bir sınırının olması gerekliliği aşîkârdır. 6306 sayılı kanunun amacı ve toplum için gözetilen fayda doğrultusunda riskli yapılar söz konusu olduğundan hızlı karar alabilme ihtiyacı sebebiyle maliklerin karar sayısı düşürülmüştür. Oysaki karar nisap sayısının düşürülmesi azınlık maliklerin haklarının ihlal edilmesini amaçlamamaktadır. TMK m.2 doğrultusunda malikler haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına riayet etmek durumundadırlar. Kişisel, özel menfaatleri doğrultusunda diğer maliklerin zararına sebebiyet verecek durumlardan kaçınılmalı ve somut duruma göre tüm maliklerin ortak menfaatine göre riskli yapının değerlendirilmesine ilişkin bir karar almaları gerekmektedir. Şöyle ki tüm maliklere bağımsız bölüm verilebiliyorken, taşınmazın satılarak paraya çevrilmesi veya ticari kâr payı almak amacıyla daha iyi imkânlar sunan yüklenicinin geri çevrilmesi yahut arsa payı çoğunluğuna sahip maliklere daha iyi şartlarda bağımsız bölüm verilirken, diğer maliklerin eski bağımsız bölümüne eş değer olmayan bir bağımsız bölümün verilmesi gibi azınlık paya sahip maliklerin istemedikleri bir sonuca katlanmalarına sebebiyet verecek şekilde üçte iki çoğunluk karar sayısı kullanılamamalıdır⁷². Azınlık durumundaki karara katılmayan malikler, kararın kendi haklarını ihlal ettiği, hakkaniyete ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir durumda KMK m.33/f.1 uyarınca ana gayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinde kararın iptali için, iptal davası açabilmektedirler⁷³. “*Kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda dava açmak için bir süre sınırlaması bulunmamaktadır* (KMK m.33/f.1).” “*Kararın iptali içinse; maliklerin kurul toplantısına katılan ancak aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir*

⁷² Turgut Öz, “Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi,” **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.15, S. 1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 398, https://jurix.com.tr/article/5551_, (Erişim Tarihi:6 Nisan 2020).

⁷³ Sönmez, **a.g.e.**, s.289.

ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki ise kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde” dava açmak gerekmektedir⁷⁴. Toplantıda bulunmayan azınlık malikler, üçte iki çoğunlukla diğer maliklerin aldıkları karar, Yönetmelik m.15/f.2 uyarınca kendilerine tebliğ edildikten itibaren bir ay içinde iptal davasını açabilirler⁷⁵. 6306 sayılı Kanunun amacına aykırılık teşkil eden ve dürüstlük kurallarını ihlal eden, azınlık pay sahiplerinin mülkiyet hakkını zedeleyen üçte iki çoğunlukla alınan kararlar, Öz’e göre iptal edilebilir değil, geçersiz olmalıdır⁷⁶. Bir başka deyişle işbu aykırı karar maliklerin üçte iki çoğunluğuyla alınmamış bir şekilde hüküm doğurmalıdır⁷⁷. Maliklerin üçte iki çoğunlukla aldıkları karara katılmayan azınlık malikler; taşınmazın bulunduğu Asliye Hukuk Mahkemesinde kararın geçersizliğinin tespitini, paydaşların tümü yahut payı devralmışsa Bakanlık veya kamu tüzel kişileri davalı olacak şekilde isteyebilmelidir⁷⁸. Bu davanın hukuki dayanağını ise; TMK doğrultusunda taşınmaza ilişkin bir karar olması ve karar nisap sayısının sağlanmadığında, TBK uyarınca yetkisiz temsil hükümlerinin uygulama alanı bulacağından, TBK m.46 uyarınca yetkisiz temsilcinin işleminin onaylanmaması halinde geçersiz olacağı temeline dayandırmaktadır⁷⁹. Üçte iki çoğunluğa azınlık malikler tarafından bir temsil yetkisi verilmemesi halinde ise kanundan doğan bir temsil yetkisinin kullanılması şeklinde yorumlanması gerektiğini, çünkü 6306 sayılı Kanunun azınlık maliklerinin üçte iki çoğunluk kararına uymak zorunda bırakıldığını ileri sürmektedir⁸⁰. Yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde yahut temsil yetkisinin temsil edilenin aleyhine şekilde kullanılması durumuna göre; akdedilen sözleşmeler baştan itibaren geçersiz sayılacak, kazandırmalar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade edilecek ve arsa payının üçüncü kişiye satılması halinde yolsuz tescilin düzeltilmesi dava ile sağlanacak ve yüklenicinin iyi niyetine göre de azınlık maliklerin zararları tazmin edilecektir⁸¹. Kanun koyucunun 6306 sayılı kanun ve yönetmelikte, KMK hükümleri

⁷⁴ Sönmez, **a.g.e.**, s.291.

⁷⁵ Sönmez, **a.g.e.**, s.292.

⁷⁶ Öz, **a.g.m.**, s.399.

⁷⁷ Öz, **a.g.m.**, s.399.

⁷⁸ Öz, **a.g.m.**, s.400.

⁷⁹ Öz, **a.g.m.**, s.401.

⁸⁰ Öz, **a.g.m.**, s.402.

⁸¹ Öz, **a.g.m.**, s.401.

doğrultusunda azınlık maliklerin haklarını koruyabileceği noktasında bilinçli bir boşluk bırakıp bırakmadığı hususuna göre, kanun değişikliğinin gerekip gerekmediği tartışılabilir. 6306 sayılı kanunun amacı gözetildiğinde, ben de maliklerin üçte iki çoğunluk kararının kanunun amacıyla sınırlandırılması ve kanunun amacının sınırını aştığı durumlarda zarar gören hak sahipleri için bir yol açılmasını sağlayacak, yoruma mahal vermeyecek şekilde izlenecek hukuki yolun belirtildiği, gerek kanun gerekse yönetmelikte değişiklik yapılması gerektiği kanaatindeyim.

E. Yapının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ile Değerlendirilmesine Karar Verilmesi

Bir önceki bölümlerde izah edildiği üzere riskli yapının yıkılmasının akabinde yahut riskli yapı yıkılmadan, riskli yapı tespitinin yapılmış olması şartıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdetmek suretiyle değerlendirilmesine malikler arsa payları oranında en az üçte iki çoğunluk ile karar verebilmektedirler. Maliklerin söz konusu inşaatı yapacak yükleniciyi belirlemeleri için karar sayısı Kanunda düzenlenmemiştir, üçte iki karar sayısı ile alınabilecek kararlarda yüklenicinin belirlenmesi de sayılmamıştır. Fakat Kanun ve Yönetmeliğin amacı ile sürecin işleyişi göz önüne alındığında karara katılmayan paydaşlar paydaşıktan çıkarılacağından ve Yönetmeliğin 15/A-f.15 maddesi uyarınca “*satış ihalesi üzerinde kalan üçüncü şahsın tapuda tescil işleminden sonra yedi gün içinde üçte iki çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve diğer belgeleri imzalayarak Müdürlüğe sunmaması durumunda, anlaşmama iradesi gösterdiği için hissesinin satışı için Kanun kapsamında yeniden satış işlemi yapılacağı düzenlendiğinden*” yüklenici her ne kadar maliklerin üçte iki çoğunluğu ile belirlenebilse de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmenin ifası için tüm maliklerin sözleşmeyi imzalaması gerekmektedir. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde önceki bölümlerde değinilen uygulama şekillerinden hangisinin tercih edileceği, maliklerin arsa paylarına tekabül eden bağımsız bölüm sayısı yahut yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümlerin belirlenmesi, bağımsız bölümlerin niteliği, kullanılacak malzeme ve sair şartlar yüklenici ile arsa payı sahipleri arasında kararlaştırılacaktır.

1. Arsa Payı Karşılığı Sözleşmesinden Doğan Hakların Şerhi ve Kat İrtifakı veya Mülkiyeti Tesis

Kanunun 6.maddesinin 1.fıkrasında; “bağımsız bölümlerde olan, yıkımla birlikte arsa payları üzerinde devam eden hak ve şerhlerin, yeni kat irtifakı ve kat mülkiyeti tesis safhasında da muvafakat aranmaksızın sadece söz konusu haklar ve şerhlerden yükümlü olan malike düşecek bağımsız bölümler üzerinde devam ettirileceği” düzenlenmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden inşa edilecek olan binaya ilişkin kat irtifakı veya kat mülkiyeti hak sahipleri adına, talep edildiği takdirde İdare, TOKİ veya Bakanlık tarafından tesis edilebilmektedir. “Bunun içinse arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde hak sahiplerine isabet eden bağımsız bölümlerin belirlenmiş olması gerekmektedir. Tapuya tescil işlemlerinde ise elektronik ortamda düzenlenen ve ilgili idare tarafından onaylı mimari proje ile yönetim planı esas alınarak tescil edilmektedir.” Yönetim planı ve projede maliklerin imzasının bulunmasına ise gerek yoktur. Kentsel dönüşüm sürecinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle birlikte inşa edilecek binaya ilişkin kat irtifakı veya mülkiyet tesisinin talep halinde idare tarafından gerçekleştirilmesi, kentsel dönüşüm sürecinde idarenin aktif bir rol aldığı bir diğer göstergesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan yüklenicinin kararlaştırılan bağımsız bölümlere tekabül eden arsa payının kendisine devrini isteme hakkı, taşınmazda aynı hak değişikliğine sebebiyet verdiği için tapu kütüğüne şerhi mümkündür⁸². Tapu Kadastro Müdürlüklerine gönderilen 2009/6 sayılı Genelge sonucu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakların şerhi için TK m.26/8 uyarınca beş yıllık sürenin uygulanacağı belirtildiğinden, şerhin azami süresi beş yıldır⁸³. Şerh için arsa payı sahibi malik veya yüklenicinin talebi gerekli olup, TMK m.1009 uyarınca hakların şerhi ile birlikte bu haklar, taşınmaz üzerinde şerhten daha sonra hak iktisap edenlere karşı ileri sürülebilecektir⁸⁴.

⁸² Yılmaz, **a.g.m.**, s.127.

⁸³ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü 2009/6 sayılı Genelgesi, <https://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/20096-sayili-payli-musterek-mulkiyete-gore-intikal-2644-sk-26-md-ipotek-tesis-ve-tescil>, (Erişim Tarihi 6 Nisan 2020); Yılmaz, **a.g.m.**, s.124.

⁸⁴ Yılmaz, **a.g.m.**, s.128.

VII. Kentsel Dönüşüm Kapsamındaki Arsa Payı Kar ılı ı İnşaat Sözleşmelerinin Uygulama Problemleri Doğrultusunda Getirilen De i iklikler

A. Yüklenicinin Payına D   en Bağımsız Birimlerin Satışı

Arsa payı sahipleri ile yüklenici arasında akdedilmi  olan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uyarınca inşa borcunu üstlenen yüklenicinin payına d   en bağımsız bölümlerin satışının yapılabilmesi “*inşaatın ilerleme seviyesine göre ve İdarenin iznine*” ba lanarak sınırlandırılmıştır. Şöyle ki yüklenici, kendi payına d   en bağımsız birimlerin satışına izin verilmesi için İdareye müracaat etmek durumundadır. İdare ise inşaatın tamamlanma oranını, inşaat mahalline giderek yerinde veya sistem üzerinden belirlemektedir. İdarenin belirlediği inşaat seviyesi oranı, yüklenicinin kendi payına d   en bağımsız bölümlerden satabilece i sayının belirlenmesini sağladığından önem taşımaktadır. “*İdarenin tespit ettiği inşaatın tamamlanma oranının % 10’u altındaki oranda yüklenici, payına d   en bağımsız birimlerin satışını yapabilmektedir* (Yönetmelik m.13/f.10).” Bu husus ise idare tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilmektedir. İdarenin bu bildirimi yok ise, yükleniciye ait bağımsız bölümlerin satışının yapılamayacağı kanunda belirtilmiştir (Kanun m.6/f.13). Bütün maliklerin muvafakati ile inşaatın tamamlanma oranının %10 altındaki sınırın geni letilebilmesi mümkündür. Tüm malikler oybirliği ile onay verirlerse “*yüklenici payına d   en bağımsız birimlerin, inşaatın tamamlanma oranında veya bu oranın  stindeki bir oranda*” satışını yapabilir. Yüklenicinin payına d   en bağımsız birimlerin tamamının satışını yapabilmesi ise; “*İdareden inşaatın tamamlandığına dair yazının veya yapı kullanma izin belgesinin sunulması durumunda*” imk nli hale gelmektedir (Yönetmelik m.13/f.10). Yüklenicinin payına d   en bağımsız birimlerin satı ındaki oran ise yeni yapının kat irtifakının kurulup kurulmamasına göre farklı şekilde belirlenmektedir. “*Yeni yapıya ilişkin kat irtifakı kurulmuş ise yüklenici payına d   en bağımsız birimlere isabet eden arsa payı üzerinden; kurulmamış ve paylı mülkiyet söz konusu ise yüklenici payı üzerinden oranlama yapılarak satış yapılacağı belirtilmiştir* (Yönetmelik m.13/f.10).”

Yüklenicinin kendi payına d   en bağımsız bölümlerin satışının bu şekilde sınırlandırılması 21/06/2019 tarihli yönetmelik ve 04/07/2019 tarihli kanun de i ikli i ile birlikte, üçüncü kişilere satışların inşaatın

henüz tamamlanmadan hatta yapının inşasına başlamadan gerçekleştirilmesinin yarattığı sorunlar neticesinde yapılmıştır⁸⁵. Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa payı sahiplerinin yükleniciye, yüklenicinin de üçüncü kişiye devretmiş olduğu arsa paylarının iptali için tapu iptal ve tescil davası açılarak dava sürecine girildiğinden, maliklerin tamamının onayı hariç inşaatın tamamlanma oranına ve idarenin iznine bağlı olarak sınırlı oranda satışın yapılmasına izin verilmesi gerek üçüncü kişilerin gerekse arsa payı sahiplerinin haklarının korunması açısından önem taşımaktadır. Böylece yüklenicinin kendi payına düşen bağımsız bölümleri satarak kendine sermaye edinebilmesi için inşaatı daha yüksek oranda tamamlaması gerekecek ve bu sayede inşaat süreci daha iyi ilerleyecektir.

B. Teminat Verme Zorunluluğu

“Riskli yapının bulunduğu parsellerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin yüklenici olması halinde yapım işini üstlenen yüklenicinin, yapı ruhsatı alınmadan önce yapının yaklaşık maliyet bedelinin % 10’u kadar teminatı İdareye vermesi” zorunlu tutulmuştur. Fakat bina tamamlama sigortası yaptırıldığı takdirde teminat verilmesi şartı gerçekleşmiş kabul edilerek ayrıca %10 teminat ödenmesi aranmamaktadır (Yönetmelik m.13/f.9-g).” 24.04.2020 tarihinde ise teminat verme zorunluluğuna arsa payı sahipleri açısından bir istisna getirilmiştir⁸⁶. *“Eğer parsel maliki kendi yapısını tek parselde bir bodrum katı dışında, en çok iki katlı ve toplam yapı inşaat alanı 500 metrekareyi geçmeyen yapılarda kendisi inşa ediyorsa, teminat zorunluluğu inşaat tamamlanmadan üçüncü şahıslara satış yapılmaması ve bu konuda tapu kaydına belirtme konulması şartıyla aranmamaktadır. Teminat olarak ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirtilen değerler kabul edilmektedir (Yönetmelik m.13/f.9-b).”* Riskli alanlarda ise Yönetmelik m.13/f.9-a maddesinde belirtilen inşaat alanına göre değişen *“teminatın yarısı riskli alan teklifi ile birlikte geçici teminat olarak”* Bakanlığa verilmelidir. *“Riskli alan teklifinin Cumhurbaşkanınca onaylanarak Resmî Gazetede yayımlanmaması durumunda geçici teminat ilgisine iade edilmektedir.”* Riskli alan teklifinin onaylanarak Resmî Gazetede yayımlanması halinde ise, geçici

⁸⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/06/20190621-1.htm>, (Erişim Tarihi: 7 Nisan 2020).

⁸⁶ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200424-1.htm>, (Erişim Tarihi: 7 Nisan 2020).

teminat iade edilir ve hesaplanan tutarda yüklenicinin kesin teminat vermesi gerekir. “*Teminatın iadesi ise yapım işinin sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde tamamlanarak yapı kullanma izin belgesinin alınmasından sonra gerçekleştirilmektedir.*” İ şaat akitte belirlenen koşullarla örtüşecek bir biçimde, gereği gibi tamamlanamazsa teminat paraya çevrilmektedir. Bu para ise inşaatı tamamlayacak olan yeni yükleniciye aktarılmaktadır. Dolayısıyla yapım ruhsatı için aranan teminat şartı, yüklenici inşa edimini gereği gibi yerine getirip tamamlamadığında yükleniciye iade edilmeyerek ve yapım işini üstlenen yeni yükleniciye aktararak yüklenici bir nevi cezalandırılmakta ve yapının inşasının devamı için alınan teminat kullanılmaktadır.

Teminat verme zorunluluğu, riskli yapılarda yüklenicinin en azından yapının inşaatına başlaması için gerekli sermayesi olup olmadığının tespit edilmesi, arsa payı sahiplerinin bu noktada bir nebze daha güvende hissetmelerinin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Gerekli teminatı yatırmayan yükleniciye yapım ruhsatı verilmeyeceği için doğacak sorunlar bir nebze önlenebilmektedir.

VIII. Arsa Payı Karşılığı İ şaat Sözleşmesinin Fesih Şartları ve Sonuçları

Kentsel Dönüşüm Kapsamında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi 04.07.2019 tarihli Kanun ve 19.10.2019 tarihli Yönetmelikte yapılan değişiklikler ile birlikte TBK’dan farklı şartlara bağlanmıştır. Yüklenicinin yapım inşasına başlamadığı yahut yapımı durdurduğu durumlarda İdareye başvuran arsa payı sahiplerinin şik yetleri, İdarenin müdahale yetkisinin olmadığı, sorunun yüklenici ile malikler arasındaki sözleşmeden kaynaklandığı dolayısıyla  zel Hukuk hükümleri çerçevesinde dava yoluna başvurmaları gerekçesiyle reddolunmaktaydı⁸⁷. Arsa payı sahipleri ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin fesih şartlarının oluştuğunun tespiti için dava yoluna başvurmak zorunda kalarak bu davanın sonuçlanıp zararlarının tazmin olabilmesi için uzun yargılama süreleri geçtiğinden mağdur olmaktaydılar. Sözleşmenin feshi için getirilen şartlarla birlikte hak sahiplerinin sözleşmeyi feshetmeleri

⁸⁷ Nesrin Akın Sunay, “Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Kapsamında Akdedilen Arsa Payı Karşılığı İ şaat Sözleşmelerinde Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve   z mllemeler, ” **İstanbul Barosu Dergisi**, C.93, S.2, Mart 2019, s.238, <https://www.jurix.com.tr/article/18796>, (Erişim Tarihi: 8 Nisan 2020).

kolaylaşmış ve idareye verilen fesih tespiti yetkisi doğrultusunda hak sahiplerinin mağduriyetlerinin giderilmesi sağlanmıştır.

A. Sözleşmenin Feshine Sebebiyet Verecek Durumlar

Maliklere sözleşmenin feshi hakkı yüklenicinin yeni yapının yapımına hiç başlamamış olması durumu ve yapım işine başlanılmış olmakla durdurulmuş olması hali için tanınmıştır. Bu iki fesih gerektiren durum içinse şartlar ayrı olarak düzenlenmiştir. İlk olarak yapım işine başlanılmaması sebebiyle fesih için; *“bütün maliklerle anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanılmamış olması gerekir.”* Belirtilen sürelerden itibaren 1 yıl içinde yapım işine başlanılmamasının sebeplerinin ise yükleniciden kaynaklanması zorunludur. Sözleşme hükümlerine göre inşaa başlamadan önce hak sahiplerinin yerine getirmesi gereken hususlar var ise bunları hak sahipleri ifa etmiş olmalıdır. *“Ayrıca yapım işine başlanılmasına engel teşkil edecek bir yargı kararı, idare kararı veya uygulaması yahut benzeri geçerli bir gerekçe mevcut olmamalıdır.”* Yapım işine başlanmamasına sadece yüklenici sebebiyet vermelidir.

“Yapım işine başlanılmayan bir yıllık sürenin başlangıcı, bütün maliklerle anlaşma sağlanan hallerde en son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihinin, riskli yapılarda riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden, riskli ve rezerv yapı alanlarında ise alan belirleme işleminden önce mi yoksa sonra mı olduğuna bakılarak belirlenmektedir. En son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihi, riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden (riskli ve rezerv yapı alanı belirleme işleminden) önceki bir tarih ise bir yıllık sürenin başlangıcında riskli yapı tespitinin kesinleştiği (riskli ve rezerv yapı alanının belirlendiği) tarih esas alınır (Yönetmelik m.13/f.11-b).” *“En son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihi riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden (riskli ve rezerv yapı alanı belirleme işleminden) sonraki bir tarih ise, en son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşme tarihi esas alınarak hesaplama yapılır. Hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınan hallerde ise bir yıllık sürenin başlangıcı, en az üçte iki çoğunluk ile alınan karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra tapuda yeni malik adına devir işleminin yapıldığı tarih esas alınarak hesap edilir.”* (Yönetmelik m.13/f.11-b)

Yapım işinin durdurulmasından kaynaklı diğer fesih hali içinse; yapım işi “*belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması*” gerekmektedir. Üstelik bu husus “*ilgili idarenin tespit, tutanak ve kayıtları, yapı denetimi sistemindeki kayıtlar, fotoğraflar, uydu görüntüleri vb. bilgi ve belgeler ile ortaya konulmalıdır.*”

B. Fesih için Maliklerin Kararı

Yukarıda şartlarını belirttiğim yeni yapımın yapımına hiç başlanmamış olması ve yapım işine başlanılmış olmakla durdurulmuş olması hallerinin gerçekleşmesiyle birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi için maliklerin hisseleri oranında en az üçte iki çoğunluk ile karar almaları gerekmektedir. Fesih kararının alınması hiçbir şekle bağlı değildir. Sadece yönetmelikte sayılan örnek ve sair belgeler ile maliklerin fesih iradelerinin ispatlanabileceği belirtilmiştir. Yönetmelik m.13/f.11-c uyarınca “*fesih iradesi, fesih konusunda maliklerin en az üçte iki çoğunlukla anlaştıklarına dair anlaşan maliklerce imzalı karar tutanağı, maliklerin en az üçte iki çoğunluğu tarafından verilen fesih talebine ilişkin dilekçe, maliklerin en az üçte iki çoğunluğunun başka bir yükleniciyle anlaştıklarına dair sözleşme veya vek letname örnekleri gibi belgeler ile ispatlanabilir.*”

C. Fesih Müracaatı

Maliklerin hisseleri oranında en az   teki çoğunlukla aldıkları sözleşmenin feshine ilişkin karar ile birlikte sözleşme feshedilmiş olmaz. Bu kararın akabinde sözleşmenin feshi için Müdürlüğe veya İdareye başvurmak gerekmektedir. Fesih müracaatı, alınan fesih kararı ve gerekçesine uygun düşecek şekilde fesih şartlarının varlığını ispat eden bilgi ve belgelerle yazılı bir şekilde yapılmalıdır. Fesih gerekçesi yeni yapımın inşasına başlanılmamasına yüklenicinin sebebiyet vermesi ise, buna dair bilgi ve belgelerle; fesih en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede kişi ve araç ile yapıma devam edilmemesinden kaynaklanıyor ise bu duruma ilişkin bilgi ve belgeler ile müracaatta bulunulmalıdır (Yönetmelik m.13/f.11- ).

D. Fesih Müracaatının İncelenmesi

Fesih müracaatını, Müdürlük veya İdare kuracağı komisyon ya da görevli kılacağı personel ile incelemektedir. Öncelikle müracaat; yukarıda izah ettiğim fesih gerektiren iki halden birinin mevcut olup olmadığı, mevcut ise şartlarının oluşup oluşmadığı, maliklerin hisseleri en az üçte iki çoğunlukla fesih kararı alıp almadığı, fesih gerekçesine göre fesih hallerini belirten bilgi ve belgelerin mevcudiyeti yönünden incelenir. Müracaatın bu hususlara uygun olarak yapıldığı inceleme neticesinde tespit edilirse, *“fesih gerekçesine göre, yeni yapının yapım işine başlanılmamasının veya yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak yükleniciye on beş gün süre verilir ve yükleniciden bilgi ve belgeler istenir (Yönetmelik m.13/f.11-d).”*

Yükleniciye verilen on beş günlük sürenin bitiminde ise, fesih şartlarının oluşup oluşmadığına dair her türlü tetkik ve araştırma yapılmaya başlanır. *“Fesih şartlarının tespiti için yapı mahallinde inceleme yapılır, belediye, sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışmalar gerçekleştirilir.”*

E. Müracaat İncelemesinin Sonucu

“Yapılan inceleme ve araştırma neticesinde fesih şartlarının gerçekleşmediğinin tespit edilmesi durumunda bu konuda fesih müracaatında bulunan maliklere bilgi verilir. Fesih şartlarının gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda ise, yükleniciye otuz gün süre verilir.” Bu süre içerisinde fesih gerekçesine göre, inşaata başlaması veya projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki kişi ve araç ile inşaatı sürdürmesi gerektiği bildirilir. Bu sürenin sonunda yüklenicinin yapım işine başlamaması yahut gerekli ekipmanla işe devam etmemesi halinde, verilen sürenin sona ermesinden itibaren sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir.

“Otuz günlük sürenin sonunda ise yüklenicinin işe başlayıp başlamadığı veya projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edip etmediği mahallinde kontrol edilir.” Yüklenicinin yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki kişi ve araç ile sürdürüp sürdürmediğinin tespiti hakkı ise araştırmayı yapan Müdür veya İdareye verilmiştir (Yönetmelik m.13/f.11-e).

Gönderilen uyarıya rağmen yüklenicinin inşaatla başlamadığının veya inşaatla projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki kişi ve araç donanımı ile sürdürülmediğinin belirlenmesi halinde hak sahipleri ile yüklenici arasında imzalanmış olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resen feshedilmiş sayılmaktadır. Fesih için yükleniciye ayrıca bir ihtarname çekilmesine gerek olmadığı ve hak sahiplerinin muvafakatinin aranmadığı da belirtilmiştir. Sözleşmenin feshedilmiş sayıldığı maliklere ve yükleniciye bildirilmektedir. Sözleşmenin fesih tarihi ise yükleniciye işe başlaması yahut gerekli ekip ve ekipmanla işe devam etmesi gerektiği yönünde verilen otuz günlük sürenin bittiği tarihtir.

F. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshinin Sonuçları

“Arsa payı karşılığı sözleşmesinin feshi sonrasında maliklerin, Müdürlüğün veya İdarenin talebi üzerine, ilgili tapu müdürlüğünce taşınmazların tapu kaydına şerh edilmiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri terkin edilmektedir. Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda ise genel hukuk hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Fakat fesih tarihine kadar yüklenici tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemelerinin hak sahiplerinden geri talep edilemeyeceği belirtilmiştir (Kanun m.6/f.14, Yönetmelik m.13/f.11-f-g).” Görüleceği üzere hak sahiplerine tek taraflı olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini fesih hakkı tanınmıştır. Fesih şartları ise TBK’dan farklı olarak belirlenmiş, sonuçları ise yüklenici tarafından hak sahiplerine yapılan kira ödemeleri hariç tutularak genel hükümlere bırakılmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshinde, feshin ileriye yahut geriye etkili olacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte feshin bu doğrultuda sonuçları da değişmektedir. Yargıtay HGK kararları doğrultusunda sözleşmenin ileri etkili olarak feshedilmesi için inşaatın %90 ve üzeri tamamlanmış olması ve eksik kalan işlerin ise sözleşmede amaçlanan kullanıma engel teşkil etmemesi gerekmektedir⁸⁸. İleriye etkili fesihte yüklenici yaptığı inşaat oranına göre arsa payını ve bağımsız

⁸⁸ Erhan Günay, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Üçüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.77, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi: 9 Nisan 2020).

bölümün mülkiyetini malikten talep edebilmektedir⁸⁹. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre sözleşmenin geriye etkili feshinde ise sözleşme hiç akdedilmemişçesine tarafların halleri akit evveline dönmektedir⁹⁰. Buna bağlı olarak da olarak yükleniciye devredilen avans niteliğindeki arsa paylarının ya da bağımsız bölümlerinin arsa sahibine iadesi gerekmektedir⁹¹. Tarafların birbirlerine verdikleri edimlerin karşılıklı iadesi gereğinden, yüklenicinin belirli seviyede yaptığı inşaatın sökülemediği durumlarda sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca arsa sahibinin mal varlığında artışa sebebiyet verildiğinden imalat bedelinin yükleniciye iadesi gerekmektedir⁹². Yargıtay'ın içtihatları nazara alındığında ve Kanunun arsa maliklerine tek taraflı fesih hakkını, yapım işine hiç başlanılmış olmaması veya yapım işine devam ettirilmemesi hallerinde işin tamamlanamaması durumu için tanıdığından sözleşmenin geriye etkili olarak feshedilebileceği anlaşılmaktadır. Kanaatimce TBK m.473/f.1 uyarınca sözleşmeden erken dönülmesi söz konusu olmaktadır. Şöyle ki: *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* İlgili madde hükmünde görüleceği üzere sözleşmeden dönmek için arsa sahibince işin vaktinde bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılması gerektiğinden, kanunda arsa maliklerine tanınan fesih hakkının bu yönde olması sebebiyle sözleşmeden erken dönme gündeme gelmektedir. Dolayısıyla sözleşmeden erken dönme yani sözleşmenin geriye doğru feshi söz konusu olduğu için, edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade edilmesi ve devrolunan hisseler içinse tapu iptal ve tescil davasının açılması gerekecektir⁹³. Yüklenicinin inşaata başlamış olması

⁸⁹ İlhan Kara, “Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri,” **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, C. 3, S.1, Ocak 2016, s.171, <https://jurix.com.tr/article/8280>, (Erişim Tarihi: 9 Nisan 2020).

⁹⁰ Gülşah Sinem Aydın, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi,” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.141, 2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-141-1839>, s.422, (Erişim Tarihi: 9 Nisan 2020).

⁹¹ Kara, **a.g.m.**, s.170.

⁹² Günay, **a.g.e.**, s.82.

⁹³ Günay, **a.g.e.**, s.85.

durumunda, arsa maliklerinin ifa edilmiş edimleri geri verme borcu söz konusu olacaktır. İnşaata başlayan ve fakat inşaatı tamamlamayan yükleniciye ise “*inşaatın yapılan kısmının karşılığı olarak edimin ifa edildiği tarihteki parasal değeri verilecektir*”⁹⁴. Yüklenicinin inşaata hiç başlamadığı durumda ise arsa maliklerinin geri verme borcu dolayısıyla olmayacaktır. Yüklenici ise, önceden kendisine devredilen arsa paylarını veya bağımsız bölümleri arsa maliklerine iade borcu altındadır. Ayrıca TBK m.125/f.3 uyarınca arsa sahipleri sözleşmenin hükümsüz kalmasıyla uğradıkları menfi zararı yükleniciden talep edebileceklerdir. Bir başka deyişle arsa malikleri, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğu malvarlığı kayıplarını, kaçırılan fırsatları ve fiili zararları yükleniciden isteyebileceklerdir⁹⁵. Bunun yanı sıra yüklenicinin arsa maliklerinden aldıkları arsa paylarını yahut bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satmaları durumunda ise, üçüncü kişilerin mülkiyet haklarının akıbeti hususunda doktrin ve Yargıtay farklı görüşlere haizdir. Yargıtay’a göre; arsa sahibi tarafından yükleniciye verilen paylar avans niteliğinde olduğundan, “*yükleniciden pay alan üçüncü kişiler, bu payları arsa sahibine tapuda yapılan devre rağmen iade etmek zorundadır.*” Çünkü üçüncü kişilerin, yüklenicinin inşaatı tamamladığında bağımsız bölümleri alabileceğini bilmeleri gerektiğinden yahut bildiklerinden, TMK m.1023 uyarınca iyi niyetli kabul edilemezler ve iktisapları korunmaz⁹⁶. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kapsamında verdiği 20.07.2017 tarihli kararında; Yargıtay’ın içtihatlarını destekler nitelikte, yükleniciden tapuda hak iktisap etmiş olan üçüncü kişilerin mülkiyet haklarına aykırılık oluşturmadığı sonucuna varmıştır⁹⁷. Doktrinde ise Yargıtay’ın bu tutumu eleştirilmektedir. Arsa sahibinden yükleniciye yapılan arsa payı veya bağımsız bölüm devrinin geçerli bir hukuki sebebe yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanması sebebiyle tescilin geçerli

⁹⁴ Faruk Tekdemir, “**Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları,**” Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.96, http://sites.khas.edu.tr/tez/0097758FarukTekdemir_izinli.pdf, (Erişim Tarihi: 9 Nisan 2020).

⁹⁵ Tekdemir, **a.g.e.**, s.100.

⁹⁶ Yargıtay 23. HD. T. 9.5.2017, E. 2016/6432, K. 2017/1407, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim tarihi: 9 Nisan 2020); Tekdemir, **a.g.e.**, s.118; Aydın, **a.g.m.**, s.446.

⁹⁷ Bkz. RG. T. 27.9.2017, S. 30193., <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/09/20170927.htm>, (Erişim Tarihi:9 Nisan 2020).

olduğu ve bu tescile binaen üçüncü kişiye yapılan devrin de geçerli olduğu savunulmaktadır⁹⁸. Sözleşmeden dönmenin üçüncü kişiyi etkilemeyeceği, üçüncü kişi adına yapılan tescilin geçerli olduğu ileri sürülmektedir⁹⁹. Sözleşmeden dönme ile birlikte üçüncü kişiler adına yapılan tescil yolsuz olarak kabul edildiği takdirde de, üçüncü kişiler tapuya güven ilkesi doğrultusunda TMK m.1023 uyarınca iyiniyetli olarak mülkiyeti iktisap etmiş olduğu belirtilmektedir¹⁰⁰.

SONUÇ

Kentsel dönüşüm riskli alan ve yapılar ile rezerv yapı alanlarında sürdürülen yenileme ve iyileştirme süreci olduğundan, bu kapsamda yeni yapıların inşaatı için; vergi ve harç muafiyeti sağlanmakta, kira yardımı yapılmakta, konut veya iş yeri tahsis edilmekte ve kredi, faiz kolaylığı ile destek verilmektedir. Kentsel dönüşüm, riskli alan ve yapılar ile rezerv yapı alanlarının tespitiyle başlayarak, bu yapı ve alanların yıkılmasıyla birlikte maliklerin yapıların nasıl değerlendirileceği noktasındaki kararıyla birlikte ilerlemektedir. Gerek riskli yapıların tespitinde gerekse yıkılması noktasında maliklere öncelik verilmekle birlikte, yerine getirilmediğinde idarenin müdahale ettiğini görmekteyiz. Uygulamada en çok karşılaşılan sorunlardan biri ise; bağımsız bölüm mülkiyetlerinin arsa payı mülkiyetine dönüşürken, arsa paylarının hakkaniyetli ve gerçeğe uygun tahsis edilememesidir. Bu noktada arsa maliklerinin arsa payı düzeltme davası açması gerekmektedir. Bunun yanı sıra maliklerin yıkılan yapıların değerlendirilmesine ilişkin kararında, KMK'dan farklı olarak karar nisap sayısı oy birliğinden üçte ikiye düşürülerek sürecin daha hızlı ilerlemesi amaçlanmıştır. Öyle ki üçte iki çoğunluk kararına katılmayan diğer maliklerin payları riskli alan veya rezerv yapı alanlarında kamulaştırılırken, riskli yapılarda ise üçüncü kişilere satılarak kentsel dönüşüm süreci devam ettirilmektedir. Bu noktada, üçte iki kararlar çoğunlukla alınan kararlarda dürüstlük kurallarına riayet edilerek, tüm paydaşların ortak menfaatine bir karar alınmalıdır. Aksi takdirde azınlık paya sahip maliklerin hak kaybına uğramasına sebebiyet verilmektedir,

⁹⁸ Ayşe Arat / Mehmet Akçaal, “20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuyu Devralan Üçüncü Kişilere Etkisi, ” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.26, S.2, 2018, s.392, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/39131/405809>, (Erişim Tarihi:9 Nisan 2020).

⁹⁹ Arat/Akçaal, **a.g.m.**, s.392.

¹⁰⁰ Tekdemir, **a.g.e.**, s.119; Arat/Akçaal, **a.g.m.**, s.392; Aydın, **a.g.m.**, s.447.

böyle bir durumda da üçte iki çoğunluk kararının KMK hükümleri çerçevesinde iptal edilmesi gerecektir. Malikler arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yapının değerlendirilmesine, arsa paylarının üçte iki çoğunluğu ile karar verebilmektedirler. Fakat yüklenicinin belirlenmesi ve sözleşmenin imzalanması aşamasında tüm maliklerin onayı gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen, çift karma tipli bir sözleşme olup, noterde düzenlenme şeklinde akdedilmektedir. Sözleşme uygulamada; arsa paylarının satışının vaat edilmesi yahut tamamının veya bir kısmının satılması veya in aattaki aşamaya göre devri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeden doğan taşınmazın ayında değişiklik yapacak olan haklar be  yıl süreyle tapuda  erh edilebilmektedir. Kentsel dönüşüm sürecinde yıkılan binadaki hak ve  erhlerin, malikleri adına arsa payları üzerinde re'sen devam ettirilmesi, kat irtifakı veya mülkiyetinin re'se sona erdirilmesi, istem üzerine yeni yapının kat irtifakı veya mülkiyeti tesisin idare tarafından yapılması, hak ve  erhlerin yeni yapıda devam ettirilmesi, idarenin bu süreçte etkin bir rol aldığını ortaya koymaktadır. Arsa payı inşaat sözleşmesinin tercih edilmesindeki önemli bir sebep de maliklerin ücret yerine yükleniciye arsa payı vermesi ve yüklenicinin de arsa paylarını üçüncü kişilere satarak inşaat için sermaye sa layabilmeleridir. Fakat yüklenicinin in aata ba lamadı ı yahut tamamlamadı ı noktada üçüncü kişilere yapılan satışlar uygulamada problemlere sebebiyet vermektedir. Kentsel dönüşüm sürecinde ise bu sorunun önüne geçebilmek adına yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişilere satışı idare kontrolüne bırakılarak, inşaatın tamamlanma oranına göre sınırlandırılmıştır. Maliklerin oy birliği ile inşaatın tamamlanma oranında veya üzerinde satışa izin verebilmeleriyle de idarenin müdahalesi dengelenmiştir. Kentsel dönüşüm sürecinde akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bir diğer farkı ise; yükleniciye yapı ruhsatından önce idareye teminat verme zorunluluğu getirilmiş olması ve yapı tamamlanmazsa bir nevi ceza olarak teminatın iade edilmesidir. Arsa payı inşaat sözleşmelerinin kentsel dönüşüm kapsamında yapılmasının en büyük ayrımı ise sözleşmenin feshinde görülmektedir. Maliklere tek taraflı fesih hakkının tanınmış olması ve fesih şartlarının oluşup olu madığının tespiti için uzun mahkeme sürecine gerek kalmandan idareye yetki verilmiş olması ve idarece sözleşmenin feshedilmesi, kentsel dönüşümün idareyle yürütülen bir faaliyet olduğunun en büyük göstergesidir.

KAYNAKÇA

Akın Sunay, Nesrin: “Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Kapsamında Akdedilen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözümler, ” **İstanbul Barosu Dergisi**, C.93, S.2, s.272-291, Mart 2019, <https://www.jurix.com.tr/article/18796>.

Arat, Ayşe/Akçaal, Mehmet: “20.07.2017 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuyu Devralan Üçüncü Kişilere Etkisi, ” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.26, S.2, 2018, s.367-396, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/39131/405809>.

Arsan Sanrı, Peren: **Arsa Payı Düzeltme Davası**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, <https://www.turcademy.com/tr>.

Aydın, Gülşah S.: “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, ” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.141, s.417-453, 2019, <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2019-141-1839>.

Bayrakçı Usta, Ayşe: “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Düzenlenen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, ” **The Journal of International Scientific Researches**, C.4, S.2, s.162-177, 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/isrjournal/issue/47216/570343>.

Çağatay, Saliha: “6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uyarınca Kat Mülkiyetinin Sona Ermesi ve Sonuçları, ” **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.9, s.115-138, 2014, <https://www.jurix.com.tr/article/4395>.

Durak, Yasemin: “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, ” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, Özel Sayı, 2015, s.207-252, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/22413/239916>.

Günay, Erhan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Üçüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Halis, Gizem: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılık, ” **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.100, Aralık 2014, s.213-222, <https://jurix.com.tr/article/2689>.

İlgezdi, Ali Rıza: **Adım Adım Kentsel Dönüşüm**, İkinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Kara, İlhan: “Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, ” **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, C. 3, S.1, s.149-174, Ocak 2016, <https://jurix.com.tr/article/8280>.

Nomer, Haluk/Engin, Baki, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt:I Satış Sözleşmesi**, 3.Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Öz, Turgut: “Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi, ” **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15 Sayı 1-2, s. 391-402, Ocak-Şubat 2016, <https://jurix.com.tr/article/5551>.

Ruhi, Ahmet C./ Ruhi, Canan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Sönmez, Muhammet: **Kentsel Dönüşüm Hukuku (Teori ve Uygulamalı Bir Anlatım)**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Sütçü, Nezih: **Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt-1**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, <https://www.turcademy.com/tr>.

Tekdemir, Faruk: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, http://sites.khas.edu.tr/tez/0097758FarukTekdemir_izinli.pdf.

Tezcan, Murat/ Canbolat, Beyza: “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi, ” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.138, 2018, s.107-134, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-138-1795>.

Yazıcı, Gün: Yargı **Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, <https://www.turcademy.com/tr>.

Yenipınar Berberoğlu, Filiz: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Yılmaz, Derya: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi, ” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s.107-130, s.207-252, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/44382/549064>.

MENFİ TESPİT DAVALARI VE DAVA ŞARTI TİCARİ ARABULUCULUK

Av. Aybüke SAÇAN ÖZHAN

İstanbul Barosu

ÖZET

Bu çalışmada; dava şartı olan ticari arabuluculuk kavramı açıklanarak, ticari uyuşmazlığın dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olmasının kriterleri belirtilmiştir. Menfi tespit davasının hukuki nitelemesi yapılarak, dava sonucunda verilebilecek kararlara değinilmiştir. Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesi doğrultusunda ticari nitelikteki menfi tespit davasının dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında olup olmadığı, doktrin görüşleri ve yargı kararları doğrultusunda açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Ticari Arabuluculuk, Dava Şartı Arabuluculuk, Menfi Tespit Davası.*

ABSTRACT

In this study; The concept of commercial mediation, which is the requirement of the case, is explained and the criteria for the commercial dispute to be subject to the commercial condition of the case are specified. Legal qualification of the negative clearance case was made and the decisions that could be taken as a result of the case were mentioned. In accordance with the article 5 / A of the Turkish Commercial Code, whether the case of negative clearance is within the scope of commercial mediation is explained in accordance with the doctrine opinions and judicial decisions.

Key Words: *Commercial Mediation, Case Requirement Mediation, Negative Determination Lawsuit.*

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk; 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 23. maddesiyle, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlıklı 18/A; 20. maddesiyle de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na yine aynı başlık altında 5/A maddesinin eklenmesiyle birlikte dava şartı olarak karşımıza çıkmıştır. 01.01.2019 tarihi itibarıyla de ticari uyuşmazlıklardan TTK m.5/A kapsamına giren ticari davalar dava şartı arabuluculuğa tabi tutulmuşlardır. Bir başka deyişle bu tür davaları açmadan önce, arabulucuya başvurmak zorunlu hale getirilmiştir. Doktrin ve uygulamada ise; TTK m.5/A'nın nasıl yorumlanması gerektiği ve hangi ticari davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu hususu, tartışmalara sebebiyet vermiştir. İşbu tartışmalardan biri de ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarıdır. Menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alıp almadığı doktrin ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Bu çalışmayla birlikte ise; dava şartı olan ticari arabuluculuk kavramı açıklanarak, ticari uyuşmazlığın dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olmasının kriterleri belirtilecektir. Menfi tespit davasının hukuki nitelemesi yapılarak, dava sonucunda verilebilecek kararlara değinilerek, Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesi doğrultusunda ticari nitelikteki menfi tespit davasının dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında olup olmadığı, doktrin görüşleri ve bölge adliye mahkemesi kararları ile bölge adliye mahkemesi kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi yönündeki Yargıtay kararı değerlendirilerek açıklanacaktır.

I. Dava Şartı Ticari Arabuluculuk Kavramı

*"Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin yardımı ile bir araya gelen tarafların, kural olarak sürdürülmesi kendi iradelerine tabi olan bir süreç içerisinde uyuşmazlık konusunu bizzat müzakere ederek, çözümünü kendi iradeleri ve menfaatleri çerçevesinde şekillendirdikleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir."*¹ 2012 yılında Hukuk

¹ İbrahim Ermenek/ Betül Azaklı Arslan, "İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A), " **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.148, 2020, s.136, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-148-1915>, (Erişim Tarihi:8 Mayıs 2020); Başka bir tanım ise: "6325 sayılı Kanunda

Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte ihtiyarî olarak kabul edilen arabuluculuk, ticari uyuşmazlıklarda Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi gereğince 01.01.2019 tarihi itibarıyla zorunlu hale gelmiş, başka bir deyişle dava şartı olarak uygulanmaya başlamıştır². TTK m.5/A uyarınca; Türk Ticaret Kanun'un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri için dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunlu olup, dava şartıdır. 6325 sayılı Kanunu madde 18/A/f.2 uyarınca; davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olmakla, eklemeyeceği takdirde; mahkemece davacıya tutanağın sunulması için bir haftalık kesin süre verilmektedir. Bu süre içerisinde tutanak ibraz edilmezse, dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. *“Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde ise herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.”* Dolayısıyla TTK m.5/A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi bir ticari davada, arabulucuya başvurulmamasının yaptırımını dava şartının eksik olması sebebiyle usulden rettir.

arabuluculuk, 'sistematiik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi' olarak tanımlanmıştır.” Mustafa Yavuz, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculuk, ” **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, C. 5, S. 15, Ocak 2019, s.53, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/gumrukticaretdergisi/issue/53790/722638>, (Erişim Tarihi:8 Mayıs 2020).

² Tuba Eller, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, ” **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi**, Gaziantep 2019, s.55, <http://openaccess.hku.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.11782/2005/Ticari%20Uyu%20c5%9fmazl%20c4%b1klarda%20Zorunlu%20Arabuluculuk.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi:8 Mayıs 2020).

II. Ticari Uyuşmazlıkların Zorunlu Arabuluculuğa Tabi Olmasının Kriterleri

Öncelikle, arabuluculuğa başvurabilmenin genel koşulu, tarafların üzerinde serbest ce tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın bulunmasının gereklilięidir³. Dava şartı arabuluculuğun adından da anlaşılacağı üzere, bu uyuşmazlık bir dava olmalıdır⁴. TTK m.5/A uyarınca ticari uyuşmazlığın TTK m.4'te ve diğer kanunlarda düzenlenen ticari bir dava olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra ticari davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini içermesi gerekmektedir. Bu noktada dava konusu kavramı ile alacak ve tazminatın ifade ettiği anlamın belirlenmesi gerekmektedir. Doktrin ise dava konusunun belirlenmesi noktasında farklı görüşlerle ayrılmakta ve dolayısıyla ticari bir davanın dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı noktasında ayrı sonuçlara varmaktadır. Bir görüşe göre; dava konusunun belirlenmesinde olaylar ile talep sonucu eşit öneme sahip olduğundan talep ve vakıalar birlikte ele alınarak dava konusunun alacak veya tazminat içerip içermediği belirlenmelidir⁵. Diğer bir görüşe göre ise; dava konusunun belirlenmesinde talep sonucu esas olup, maddi vakıa önem arz etmemektedir⁶. Dolayısıyla benimsenen görüşe göre, söz konusu ticari davanın TTK m.5/A kapsamında olup olmadığı belirlenmektedir.

III. Menfi Tespit Davasının  ncelenmesi

Menfi tespit davası, kendilerinden alacakları bulunduğuna iddia edenlere karşı herhangi bir borcu olmadığını ileri süren şahısların, borçlu bulunmadığının tespiti amacıyla açtıkları bir davadır⁷. İcra ve İflas Kanunu madde 72 uyarınca, borçlunun icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığının ispatı için menfi tespit davası açma imkânı bulunmaktadır⁸. Menfi tespit davası borç ödenmeden

³ Ceyda Süral Efe ınar / Mehmet Ertan Yardım, **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s.93, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi:8 Mayıs 2020).

⁴ Efe ınar/ Yardım, **a.g.e.**, s.96.

⁵ Ermenek/ Arslan, **a.g.m.**, s.141.

⁶ Ermenek/ Arslan, **a.g.m.**, s.143.

⁷ Canan Ruhi/ Ahmet Cemal Ruhi, **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s.15, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi:9 Mayıs 2020).

⁸ Ruhi, **a.g.e.**, s.15.

açılacak bir dava olup, borç ödendikten sonra ise istirdat davası açılabilir⁹. Menfi tespit davası sonuçlanmadan, borcun alacaklı tarafa ödenmesi halinde ise dava istirdat davasına kendiliğinden dönüşmekte ve dava istirdat davası olarak görülmeye devam edilmektedir¹⁰. Ticari davadan doğan alacaklara ilişkin açılan menfi tespit davalarına örnek olarak ise; kambiyo senedi olan bononun tehditle alınması yahut çekin bedelinin ödenmiş olması sebebiyle açılan menfi tespit davaları verilebilir. Davanın kabulüne karar verilmesi halinde; borçlunun borcu olmadığı kesin hükümle tespit edilmiş olmakla birlikte; takip derhal duracak ve hüküm kesinleştikten sonra ise iptal edilecektir¹¹. Davanın sonuçlanmasından önce, borçlunun mallar haczedilmişse, hacizler kalkacak, mallar satılmış ise satış bedeli borçluya ödenecektir¹². Daha önce borçlu aleyhine itirazın kaldırılması aşamasında hükmedilen tazminat ve para cezaları da kalkacaktır (İİK m. 68/VII, 68a/VIII). Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibinde haksız ve kötü niyetli görülen alacaklı, borçlunun talebi ile takip konusu alacağın %20'sinden az olmayan bir tazminata mahkûm edilmektedir¹³. Bunun yanı sıra borçlunun borcu olmadığına tespiti halinde, borçlunun malları haksız yere haczedildiğinden kişilik haklarının ihlali sebebiyle manevi tazminata da hükmedilebilmektedir¹⁴. Davanın reddedilmesi durumunda; borcun varlığı kesin

⁹ Mahmut Coşkun, **İtirazın İptali-Menfi Tespit ve İstirdat- Tasarrufun İptali Davaları**, 5.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.565, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi:9 Mayıs 2020).

¹⁰ Coşkun, **a.g.e.**, s.856.

¹¹ Coşkun, **a.g.e.**, s.839.

¹² Coşkun, **a.g.e.**, s.839.

¹³ Coşkun, **a.g.e.**, s.840; Yargıtay 19.H.D. 08.01.2014 T., 2013/15749 E., 2014/773 K. sayılı kararı: “Davaya konu edilen bonolar üzerinde davacının imzasının bulunmadığı mahkemenin de kabulünde olduğuna göre, bu bonolara dayalı olarak davacı aleyhine icra takibine girişilmesinde davalının haksız ve kötüniyetli olduğunun kabulüyle, davacı yararına İİK 72/5. maddesi uyarınca kötüniyet tazminatına hükmedilmesi gerekirken yanılıgılı gerekçesiyle bu yöndeki talebin reddinde isabet görülmemiştir.”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:9 Mayıs 2020).

¹⁴ Yargıtay 4.H.D. 11.02.2013 T., 2012/18643 E., 2013/ 2129 K. sayılı kararı: “Dosya kapsamından taraflar arasında bir borç ilişkisinin bulunmadığı ancak icra dosyasındaki borçluyula davacının isim ve soyisminin aynı olması sebebiyle davacının Söke’de bulunan evine hacze gelindiği, aracının trafik kaydına haciz şerhi bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, yapılan işlemin haksız haciz niteliğinde olduğu ve davacının kişilik haklarına saldırıda bulunduğu kabulü gerekir. Mahkemece bu olgular gözetilerek, davacı yararına uygun görülecek miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, talebin reddine karar verilmesi

hükümle tespit edilmiş olacak ve borçlu lehine ihtiyati tedbir kararı verilmişse, davanın reddi kararıyla kalkacak ve alacaklı takibe devam edebilecektir¹⁵. İtirazın kaldırılması aşamasında, borçlu aleyhine hükmedilip menfi tespit davası sonuna ertelenen tazminat ve para cezaları da tahsil edilecektir ( İK m. 68/VII, 68a/VIII)¹⁶. Davanın alacaklının lehine sonuçlanmasıyla ihtiyati tedbir dolayısı ile alacağın ı geç almış olmasından dolayı, alacaklının talebine gerek olmaksızın, borçlu mahkeme tarafından re ‘sen takip konusu alacağın %20’sinden az olmayan bir tazminata mahkûm edilmektedir¹⁷. Bunum yanı sıra üçüncü kişiler de  İK m.89 uyarınca gönderilen haciz ihbarnamesi için menfi tespit davası aabilir¹⁸. Davanın kabulü halinde ise üçüncü kişi borcu ödemekten yahut malı teslim etmekten kurtulacak; reddi halinde ise borcu ödemek veya malı icra dairesine teslim etmek durumunda kalacaktır¹⁹.  İK m.89/3 uyarınca davanın reddedilmesi halinde borçlu üçüncü kişi takip konusu alacağın %20’sinden az olmayan bir tazminata mahkûm edilirken, davanın kabulünde ise üçüncü kişi lehine  İK m.89’da ayrıca belirtilmediğinden bahisle lehine tazminat verilmemektedir²⁰.

doğru görülmemiş ve hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir.”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:9 Mayıs 2020).

¹⁵ Coşkun, **a.g.e.**, s.815; Bu hususta bkz: Yargıtay 12.H.D. 30.06.2014 T., 2014/14747 E., 2014/18964 K., “*Somut olayda borçlular tarafından alacaklı aleyhine takipten önceki bir tarihte takip konusu borçla ilgili olarak açılan menfi tespit davası kapsamında 28.06.2012 tarihinde takibin tedbiren durdurulmasına karar verildiğ , menfi tespit davasının 03.12.2013 tarihinde reddi üzerine alacaklının talebi ile icra müdürlüğünce borçlular hakkında haciz işlemleri yapıldığı, borçlular vekilinin icra müdürlüğüne başvurusunda tedbir kararının devam ettiğ ni belirterek hacizlerin kaldırılmasını talep ettiğ , bu talebinin şikayete konu icra müdürlüğü kararı ile,  İK’nun 72/4. maddesi gerekçe gösterilerek reddedildiğ  anlaşılmıştır. Menfi tespit davasının reddi kararı ile ihtiyati tedbir kararı kendiliğ nden kalkar. Bunun için davanın reddi kararında ihtiyati tedbirin kalkmış olduğ nun açıkça belirtilmiş olması gerekli olmadığı gibi davanın reddi kararının kesinleşmesi de şart değildir. Mahkeme menfi tespit davasının reddi kararında davanın reddi kararının kesinleşmesine kadar ihtiyati tedbirin devamına karar veremez.  İK’nun 72/4.maddesi hükmü nedeniyle HMK 397/2 hükmü burada uygulanmaz.*”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:9 Mayıs 2020).

¹⁶ Coşkun, **a.g.e.**, s.816.

¹⁷ Coşkun, **a.g.e.**, s.816.

¹⁸ Coşkun, **a.g.e.**, s.582.

¹⁹ Coşkun, **a.g.e.**, s.584.

²⁰ Coşkun, **a.g.e.**, s.585.

IV. Menfi Tespit Davasının Dava Şartı Ticari Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığına İlişkin Doktrindeki Görüşler

A. Menfi Tespit Davasının Dava Şartı Ticari Arabuluculuğa Tabi Olmadığı Yönündeki Görüşler

Menfi tespit davasının dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olmadığı yönündeki görüşlerin dayanak noktalarını; bu davanın tespit niteliğinde olduğu, dava konusunun talep sonucuna göre belirlenmesi gerektiği ve kanunun dar yorumlanması gerektiği oluşturmaktadır. Özekes ve Çiftçi'ye göre “*Menfi tespit davasının konusu bir alacak talebi değildir, borcun bulunmadığını tespittir. Davacı borcunun olmadığını tespitini talep ediyorsa da bu talebin tersinden davalının alacağını olduğu, bu sebeple de kanunun aradığı “alacak” ve “paranın ödenmesi” gibi hususların gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilemez.*²¹” Erdoğan ve Atalı'ya göre ise alternatif uyuşmazlık yöntemi olan arabuluculuğun iradi olması esas iken zorunlu olması istisnai olup, kişinin mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına sebebiyet verdiğinden, TTK m.5/A hükmü dar yorumlanmalıdır; dolayısıyla menfi tespit davası dava şartı ticari arabuluculuğa tabi değildir²². Ermenek ve Arslan ise menfi tespit davasında borçlunun talebinin mahkemeye yönelik olduğu, tespit isteminin usuli nitelik taşıması sebebiyle arabulucuya iletilen taleplerin takip üzerinde bir etki doğurmadığı ve İİK m.72'de borçluya sunulan imkânların kullanılmamasına neden olacağı için zorunlu ticari arabulucuya başvurulması gerekmediği görüşündedir²³. Tanrıver'in görüşü ise; icra takiplerinden önce açılan menfi tespit davalarında borçlunun, İİK m.72'deki tedbir kolaylığından yararlanmasının engelleneceği ve özel bir dava şartı olan zorunlu arabuluculuğun genelleştirilmemesi gerekliliği sebebiyle menfi tespit davalarının dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olmadığı

²¹ Muhammet Özekes / Pınar Çiftçi, “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış),” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.148, 2020, s.129, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-148-1914>, (Erişim Tarihi:10 Mayıs 2020).

²² Murat Atalı / Ersin Erdoğan, “Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu,” **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, Nisan 2020, s. 217, <https://jurix.com.tr/article/20707>, (Erişim Tarihi:10 Mayıs 2020).

²³ Ermenek/ Arslan, **a.g.m.**, s.163.

yönündedir²⁴. Menfi tespit davasının dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olmadığı görüşüne göre; dava konusu davacının talebi ile belirlenir ve davacının talebi borcun olmadığına ilişkin bir tespit olup, alacak ve tazminata ilişkin para ödenmesini içermediğinden, işbu davanın zorunlu ticari arabuluculuğa tabi olması mümkün değildir²⁵.

B. Menfi Tespit Davasının Dava Şartı Ticari Arabuluculuğa Tabi Olduğu Yönündeki Görüşler

Menfi tespit davasının dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olduğu yönündeki görüşler ise; TTK m.5/A maddesinin lafzi değil, kanunun amacına göre yorumlanması gerektiğini ve dava konusunun sadece talep sonucuna göre değil davaya dayanak teşkil eden maddi vakaların da birlikte ele alınarak belirlendiğini ileri sürerler. Toraman'a göre; arabuluculuğa tabi olup olmaması dava türüne göre değil dava temeli veya sebebine göre belirlenmelidir. Bu sebeple menfi tespit davası uyuşmazlığın belirli bir miktar para borcunun bulunup bulunmadığına ilişkin olduğundan, dava şartı ticari arabuluculuğa tabidir²⁶. Akil ise TTK m.5/A'nın dava konusunu kast ettiğini ve kesin hüküm kurumunda da dava konusuna bakıldığından hareket ederek, menfi tespit davalarının dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olduğunu ileri sürer²⁷. Kökbudak'a göre; menfi tespit davası alacak-verecek ilişkisi barındırması sebebiyle dava şartı arabuluculuğa tabidir, menfi tespit davası istirdat davasına dönüşebildiğinden *"menfi tespitte dava sonucunda bir paranın ödenmesine değil de ödenmemesine karar verilecek olması onun alacak davası niteliğini değiştirmez."*²⁸ sonucuna varmaktadır. İlker ve Bulur ise; kanun

²⁴ Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler," **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.147, 2020, s.123, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-147-1905>, (Erişim Tarihi:10 Mayıs 2020).

²⁵ Özkes/Çiftçi, **a.g.m.**, s.132; Atalı/Erdoğan, **a.g.m.**, s.219; Efeçinar/ Yardım, **a.g.e.**, s.100.

²⁶ Barış Toraman, "Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu," **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, Nisan 2020, s.3166, <https://www.jurix.com.tr/article/20780>, (Erişim Tarihi:10 Mayıs 2020).

²⁷ Cenk Akil, "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler," **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.11, S. 41, Ocak 2020, s.321, <https://yayin.taa.gov.tr/makaleler/41/10.pdf>, (Erişim Tarihi:10 Mayıs 2020).

²⁸ Cihan Nebi Kökbudak, "Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi ile Çözülmesi," **KTO Karatay Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi**, Konya, 2019, s.119,

koyucunun TTK 5/A maddesinin gerekçesinde, yalnızca eda davalarının dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında kalarak diğer dava türlerinin kapsam dışı bırakıldığının belirtilmediğini ve iş uyuşmazlıklarında eda ve tespit davaları için doktrin ve uygulamada dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunun benimsendiğini, kanun koyucunun iş uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk başarısını nazara alarak ticari uyuşmazlıklara dava şartı arabuluculuk getirdiğini, dava türünden ziyade uyuşmazlığın önemli olduğunu ve kanunun amacı doğrultusunda da menfi tespit davalarının dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olduğu görüşündedir²⁹. Konca ise; icra takibine yapılan itiraz sonucu alacaklının açtığı itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olmasından hareketle, borçlu tarafın da icra takibine konu borç ile ilgili menfi tespit davası açabilmesi için zorunlu arabuluculuğa başvurması gerektiğini ifade etmektedir³⁰.

V. Yargı Kararları

Ticari nitelikteki menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığına ilişkin yargı kararları da çelişkili olup, Bölge Adliye Mahkemesi kararları incelenerek, Yargıtay'ın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi Başkanlar Kurulunun kararı üzerine, içtihat uyuşmazlığının giderilmesi için vermiş olduğu karara değinilecektir.

A. Menfi tespit Davasının TTK m.5/A Kapsamında Olmadığına İlişkin Kararlar

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20.Hukuk Dairesi Kararı³¹: “*Somut uyuşmazlıkta davacıların talebi, menfi tespit istemine ilişkindir.*

<http://acikerisim.karatay.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12498/1714/T%C4%B0CAR%C4%B0%20%20UYU%C5%9EMAZLIK%20ARABULUCULUK%20Y%C3%96NTEM%C4%B0%20%20C%C4%B0LE%20%20C%C3%87%20%20C%C3%96Z%20%20C%C3%96Z%20%20C%C4%B0HAN%20NEB%C4%B0%20K%C3%96KBUDAK%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2020).

²⁹ İlker Koçyiğit / Alper Bulur, **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Birinci Baskı, Ankara: ARCS Matbaacılık, 2019, s.141-142, <http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>, (Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2020).

³⁰ Nesibe Kurt Konca “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, ” **SETA Perspektif**, S.225, Aralık 2018, s.5, <https://setav.org/assets/uploads/2019/01/225.pdf>, (Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2020).

³¹ Davacı, belirsiz süreli iş sözleşmesinin rekabet yasağının ihlali nedeniyle yapılan icra takiplerinde, rekabet yasağının ihlali nedeniyle cezai şart bedeli ödeme

TTK'nın 5/A maddesine göre ise, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya ba vurulmu  olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu esas alınarak belirlenir. Talep sonucunun bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları 6100 Sayılı HMK'nın 106. maddesi uyarınca tespit davası niteliğinde olup, dava sonucunda borçlunun borçlu olmadığının anlaşılması halinde bu hususta tespit hükmüne yer verilir. Menfi tespit davaları sonucunda verilecek kararlar eda hükmü i ermeyeceğinden menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu itibarla İlk Derece Mahkemesi'nin kararı usul ve yasaya aykırıdır.” Görüleceği  zere Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, dava konusunun dava dilekçesindeki talebe göre belirleneceğini esas alarak menfi tespit davasının tespit hükmü içerip, eda hükmü içermediğinden bahisle, menfi tespit davasını dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığına karar vermiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17.Hukuk Dairesi Kararı³²: “....Tespit davaları ise, bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır. Menfi tespit davaları ile davacı, borçlu olmadığının tespitini talep etmektedir. Menfi tespit davalarında borçlu olunmadığının tespiti istendiğine ve alacak ya da tazminat ödenmesi istenemeyeceğine göre, bu tür davalardan önce arabulucuya başvurma şartı aranması, kanunun açık ifadesine aykırı olacaktır. Diğer taraftan alacaklının arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olmadan takip başlatması mümkün iken, borçlunun açtığı menfi tespit davasında arabuluculuğa ba vurulmasının dava şartı sayılması amaca uygun

borçlarını bulunmadığının ve taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 8. maddelerinin batıl olduğunun tespiti karar verilmesini talep ve dava etmiştir, fakat ticari arabuluculuğa ba vurulmadığından, dava şartı yokluğundan ilk derece mahkemesi usulden reddetmiştir. Ankara BAM 20.Hukuk Dairesi 29.11.2019 T., 2019/1498 E., 20191230 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:12 Mayıs 2020).

³² Davacı, davalının haksız fatura ke ide ederek alacak talep ettiğini, müvekkiline hizmet verilmediğini ve ücrete hak kazanılmadığını, ancak davalının haksız takip ba lattığını ve takibin usulsüz tebliğ ile kesinle tiğini, borçlu olmadıklarının tespitini ve kötüniyetli takip nedeniyle davacının icra tazminatına mahkûm edilmesini talep ve dava etmiştir, fakat ticari arabuluculuğa ba vurulmadığından, dava şartı yokluğundan ilk derece mahkemesi usulden reddetmiştir. İstanbul BAM 17. H.D. 27.02.2020 T., 2019/1227 E., 2020/594 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:12 Mayıs 2020).

düşmeyeceği gibi, borçlunun menfi tespit davasından önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun kabulü halinde, borçlunun İİK'nın 72. maddesinde menfi tespit davasında öngörülen tedbirden yararlanması imkanı ile ilgili gecikme ve sakıncalar da söz konusu olabilecektir. Öyleyse mahkemece, menfi tespit davasında, zorunlu arabuluculuğa başvuru dava şartının yerine getirilmediği gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmesi yerinde görülmediğinden, davacının istinaf başvurusunun kabulüyle... ” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ise, menfi tespit davasının tespit niteliğinde olmasından yola çıkarak, söz konusu dava icra takibinden önce açılan bir menfi tespit davası olduğundan, borçlunun İİK m.72'deki olanaklardan faydalanmasının engelleneceği sebebiyle, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı kararına varmıştır.

B. Menfi tespit Davasının TTK m.5/A Kapsamında Olduğuna İlişkin Kararlar

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi Kararı şöyledir:³³ “.....Ayrıca her menfi davasının, istirdada dönüşebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Kanun'da alacaklı veya borçlu tarafından açılacak dava ile ilgili herhangi bir ayırım ve sınırlama da yer almamıştır. Burada kanun koyucu talep veya dava türü ne olursa olsun 'dava konusu bir miktar para alacağı' olan tüm talepler hakkında, alacaklı ve borçlu açısından bir ayırım yapılmadan ve bir sınırlama getirilmeden dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını, dava şartı olarak düzenlemeyi amaçlamıştır. Elbette ki 'menfi tespit' talebi ile 'alacak' talebi hukuken aynı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır. Ancak burada dava konusu bir miktar para alacağı ise, açılacak davanın ya da talebin ne olduğunun bir önemi yoktur. İster alacak ister menfi tespit ister istirdat ister itirazın iptali ister tazminat talebi olsun bu davaların ortak noktası 'dava konusunun bir miktar para alacağı' olduğudur. Sadece netice-i talepler ve

³³ Davacı; kredi işlemlerinde kefalet işlemlerinin usul ve yasaya aykırı yapıldığının tespiti ile davacı kefilliğinin iptalinin, kredi sözleşmesine istinaden yapılmış olan İstanbul.... İcra Dairesinin... esas sayılı takip dosyasında kefil borçlu olmadığının tespiti ile kefil borçlu sıfatının kaldırılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir, fakat ticari arabuluculuğa başvurulmadığından, dava şartı yokluğundan ilk derece mahkemesi usulden reddetmiştir. İstanbul 12. BAM, 31.12.2019 T., 2019/2456 E., 2019/1688 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:12 Mayıs 2020).

mahkemelerce kurulacak hükümler birbirinden farklıdır. Sınırlayıcı bir yorum yaparak maddenin sadece ‘alacak’ veya ‘tazminat’ davalarıyla sınırlı bir uygulama yapmanın kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı muhakkaktır. Bu nedenle 6102 sayılı TTK’nın 5/A maddesi gereğince menfi tespit talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul edilmesi usûl ve yasaya uygun olduğundan...” Bu kararda ise İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, kanunun amacını esas alarak, ileri sürülen taleplerin davacı yahut davalı tarafından ileri sürülmesi noktasında bir ayırım yapılmadığını, dava konusunun bir miktar para olmasının yeterli olması sebebiyle menfi tespit davasını dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olduğunu ileri sürmüştür. İstanbul BAM 19.Hukuk Dairesinin Kararı³⁴: “*Davacının istinaf sebeplerinin incelenmesinde, TTK nun 3.kتابında düzenlenen kıymetli evrakla (TTK madde 645-849) ilgili ticari davalar mutlak ticari dava niteliğindedir. Bu davalar tacir olup olmadıklarına ve uyuşmazlığın ticari işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava olarak kabul edilir. Kıymetli evrakla ilgili ticari davaların niteliği gereği, taraflar dava konusu hak üzerinde çoğunlukla serbestçe tasarruf edebilmektedirler. Dava arabuluculuğa elverişli olmakla beraber dava şartı arabuluculuk kapsamında kalabilmesi için uyuşmazlık konusunun para alacağının ödenmesine ilişkin olması ve talep sonucunun tazminat veya alacağa ilişkin olması ya da her ikisini birlikte içermesi gerekir. Çek ve bono ile ilgili ticari davalar ise çoğunlukla menfi tespit talepli olarak ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar davacı eldeki menfi tespit davasında zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığını ileri sürmüş ise de, TTK nun 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, menfi tespit davalarının esas itibarıyla bir miktar paranın ödemesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir.*

³⁴ Davacı, senetlerin bedelinin vadesi gelmeden ödenmiş olması ve geçersiz olduğuna dair tutanak tutulduğu halde, icra takibi yapılacağını bildirilmesi üzerine senet hakkında tedbir kararı verilmesini, yapılacak yargılama neticesinde de borçlu olunmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir, fakat ticari arabuluculuğa başvurulmadığından, dava şartı yokluğundan ilk derece mahkemesi usulden reddetmiştir. İstanbul BAM 19.H.D., 28.06.2019 T., 2019/1734 E., 2019/1521 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:12 Mayıs 2020).

Aksinin kabulü halinde hem kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacak hem de uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacağından mahkemece taraflar arasındaki davanın zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilerek dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmuştur.” İşbu İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararında da, menfi tespit davalarının bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olması sebebiyle ve kanunun amacı gözetilerek menfi tespit davalarının dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır. Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi Kararı³⁵, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi Kararı³⁶ ve Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi Kararı³⁷ da ticari nitelikteki menfi tespit davalarının, dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olduğu yönündedir.

C. Yargıtay’ın Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri’nin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesi Kararı

Bakırköy 3.Asliye Ticaret Mahkemesi, belirtmiş olduğu kesinleşen Bölge Adliye Mahkemesi kararları arasında ticaret mahkemesi görev

³⁵ Davacı, davalı lehine hayali bir alacak yaratılarak kooperatif mallarının hukuksuz bir şekilde haczedildiği ve satışa çıkarıldığını, bu sebeple ihtiyati tedbir kararı verilmesini ve müvekkili kooperatifin bahse konu senede dayalı herhangi bir borcu olmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir, fakat ticari arabuluculuğa başvurulmadığından, dava şartı yokluğundan ilk derece mahkemesi usulden reddetmiştir. “Somut uyuşmazlıkta, davanın kambiyo senedine dayalı açılan menfi tespit davası olduğu, kambiyo senetlerinin Ticaret Kanunu’nda düzenlendiği, bu tür davaların TTK’ nın 3 ve 4/1-a maddeleri uyarınca ticari dava niteliğinde olduğu, ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olup tarafların arabulucuya başvurmadığı anlaşıldığından mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Erzurum BAM 3. H.D. 27.03.2019 T., 2019/531 E., 2019/549 K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:12 Mayıs 2020).

³⁶ Adana BAM 9.H.D.17.05.2019 T., 2019/274 E., 2019/605 K. (Karar UYAP’ta mevcut olmakla, tamamına erişilememiştir. Yargıtay 19.H.D. 13.02.2020 T., 2020/85 E., 2020/454 K. sayılı BAM arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi kararında incelenen kararlar arasındadır.)

³⁷ Konya BAM 6.H.D. 2019/1683 E., 2019/837 K. (Karar UYAP’ta mevcut olmakla, tamamına erişilememiştir. Yargıtay 19.H.D. 13.02.2020 T., 2020/85 E., 2020/454 K. sayılı BAM arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi kararında incelenen kararlar arasındadır.)

alanına giren menfi tespit davalarında TTK m.5/A uyarınca arabulucuya başvurunun dava şartı olup olmadığı hususunda çelişki bulunması sebebiyle, Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Ba kanlar Kurulu’ndan uyu mazlı ın giderilmesi için Yargıtay’dan karar alınmasını talep etmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Ba kanlar Kurulu ise ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının TTK m.5/A uyarınca dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı yönünde karar vererek, dosyayı Yargıtay’ın 19.Hukuk Dairesine iletmi tir. Yargıtay ise uyu mazlı ın bulunduğu Bölge Adliye Mahkemesi kararlarını inceleyerek kararların gerekçesini; dava koşulu olmadığı yönündeki kararlar açısından; davanın talep sonucu esas alınarak belirlendiği ve eda h km i içermemesi, dava koşulu olduğu şeklinde kararların ise; menfi tespit davasında öncelikle bir alacanın varlığının tarti ılması sebebiyle aynı alacak yönünden alacaklının zorunlu arabulucuya başvurması gerekirken, borçlunun ba vurmamasının hak arama yönünden e itsizli e sebebiyet vermesi olarak açıklamıştır. Doktrin görüşlerine yer verdikten sonra ise menfi tespit davası sonunda olumsuz tespit h km i kurulması sebebiyle bu davanın alacak ve tazminat davası olarak de erlendirilemeyece i, özel dava şartının genel dava şartı haline getirilmemesini de vurgulayarak, arabuluculuk son tutanağında verilen kararların ilam niteliğinde olmasına karşın, bu dava sonucunda verilen kararların cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceği sebebiyle maddenin amaçsal yorumundan kanun koyucunun bilinçli olarak menfi tespit davalarını dava şartı arabuluculuğa tabi tutmadı ı sonucuna varmı tır³⁸.

VI. Değerlendirme ve G r   m

Menfi tespit davasının TTK m.5/A kapsamında dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olup olmamasına karar verilebilmesi için; madde hükmünün açıklığa kavuşturulması ve menfi tespit davasının hukuki niteli mesinin yapılarak, dava neticesinde verilebilecek kararların ve etkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. TTK m.5/A uyarınca *“Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya ba vurulmu  olması dava şartıdır.”*

³⁸ Yargıtay 19.H.D. 13.02.2020 T., 2020/85 E., 2020/454 K., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2020-85-k-2020-454-t-13-2-2020>, (Erişim Tarihi: 11.06.2020)

TTK m.4 kapsamında kalan menfi tespit davaları ticari dava niteliğindedir³⁹. Menfi tespit davalarının ticari dava olmaları tartışmasız kabul edilirken, alacak ve tazminat talebi açısından hukuki niteliği itibariyle TTK m.5/A kapsamında olup olmadığı tartışılmaktadır. Maddede görüleceği üzere; dava türü bakımından eda davası olma şeklinde bir kısıtlama getirilmiş olmamakla birlikte, dava konusuna dikkat çekilmiştir. Ticari dava niteliğindeki menfi tespit davaları, borcun bulunup bulunmamasına ilişkin bir tespit yapmasına karşın, davanın hukuki sebebini senet, bono, çekten kaynaklı bir alacak oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra davanın kabulü kararıyla birlikte açılan takibin durması ve hüküm kesinleştikten sonra ise iptal edilmesinin, haczedilen mallar satılmış ise satış bedelinin borçluya ödenmesi yahut davanın reddiyle birlikte borçlu lehine ihtiyati tedbir kararı verilmişse, tedbirin kalkması ve alacaklının takibe devam etmesi şeklindeki davanın sonuçları göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan, menfi tespit davası itirazın iptali davasıyla benzerlik taşımaktadır. Zira itirazın iptali davasında, borçlunun icra takibine yapmış olduğu itirazın iptal edilerek, takibin devamı talep edilmektedir. Davanın kabulüyle birlikte ise itiraz iptal edilecek ve icra takibi devam edecektir⁴⁰. Reddi halinde ise takibin iptaline karar verilecektir⁴¹. Yılmaz'a göre⁴² “ ‘Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri ifadesi, ’ açılacak olan davanın adı ya da türü ne olursa olsun, nihayetinde alacağın/tazminatın ödenmesi veya ödenmemesi sonucunu

³⁹ Bknz: Yargıtay 19. HD. 21.05.2014 T., 2014/7634 E., 2014/9626 K. sayılı kararı; “Taraflar arasındaki menfi tespit davasında, bonodan kaynaklanan dava, bono TTK’da düzenlendiğinden, bu tür uyumsuzluklar 6102 sayılı TTK’nın 4. maddesi gereği tahdidi olarak sayılan ticari davalardan olduğundan, mahkemece bu durum gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekeceği...”; İstanbul BAM 12. H.D. 21.05.2020 T., 2020/401 E., 2020/518 K. sayılı kararı: “...Dava kambiyo senedine dayalı başlatılan takipte borç bulunmadığının (menfi tespit) tespitine ilişkin olup mutlak ticari dava niteliğindedir. ...Bu nedenle davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğine ilişkin tespit yerinde olmayıp; mutlak ticari dava niteliğindeki menfi tespit davasının asliye ticaret mahkemesinde bakılıp sonuçlandırılması gerekmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüyle...”, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2020).

⁴⁰ Coşkun, a.g.e., s.384.

⁴¹ Coşkun, a.g.e., s.383.

⁴² Abdülhamit Yılmaz, “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri,” **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, Ocak 2018, s. 226, <http://www.jurix.com.tr/article/19917>, (Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2020).

doğrudan ya da dolaylı olarak beraberinde getirebilecek her türlü uyuşmazlığı (ticari davayı) kapsamaktadır.” Bu sebeple, yargılama sonucunda takibin devamı ve alacağın tahsili ya da alacağın mevcut olmadığı ve takibin iptali sonuçlarını sağlayan itirazın iptali davasını, dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında değerlendirmiştir⁴³. Bu noktada aynı gerekçelerle yukarıda belirtilen sonuçları açısından menfi tespit davası da dava şartı arabuluculuğa tabidir.

Doktrin ve yargı kararlarının görüşlerine istinaden; menfi tespit davasını icra takibinden önce veya sonra açılmış bulunması durumuna ve üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesi sebebiyle üçüncü kişinin açtığı menfi tespit davasına göre, dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında olup olmadığını, getirilen eleştiriler yönünden ayrı ayrı değerlendirmek daha açıklayıcı olacaktır. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında, davanın kabulüne karar verilirse İİK M.72 uyarınca; *“Borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğu anlaşılırsa, talebi üzerine, borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir. Takdir edilecek zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olamaz.”* Dolayısıyla davacı borçlu, borcunun bulunmadığının tespiti ile birlikte takibinde haksız ve kötü niyetli olan alacaklının, kendisine %20’den az olmayan bir tazminat ödemesine karar verilmesini talep etmektedir. Bunun yanı sıra malları haksız yere haczedilen borçlunun kişilik haklarının ihlali sebebiyle, alacaklı manevi tazminata da hükmedilebilmektedir, bir başka deyişle davacı borçlu, menfi tespit davasında manevi tazminat talebinde de bulunabilmektedir. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davası, borçlunun tazminat talep edebilmesi sebebiyle TTK 5/A maddesinin dava konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat talepleri şartını sağlamaktadır. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında, eleştirilerin aksine davalı alacaklının alacağı sebebiyle tersten bir yorum yapılarak bu şart yerine getirilememekte, davacı olan borçlunun tazminat talebiyle doğrudan maddenin aradığı koşul sağlanmaktadır.

İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasında ise, tazminat talebi yönünden bir değerlendirme tek başına yeterli olmayacaktır. Şöyle ki icra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında, dava sırasında icra takibinin açılıp açılmamasına göre tazminat farklı şekillenmektedir.

⁴³ Yılmaz, **a.g.m.**, s.226.

İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasında, dava sırasında icra takibi açıldığı takdirde alacaklı takibinde haksız ve kötü niyetli ise tazminata mahkûm edilebilecektir. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında, tazminat talebi dava dilekçesinde belirtildiği halde; icra takibinden önce açılan menfi tespit davasında alacaklının takip yapıp yapamayacağı bilinemeyeceğinden, icra takibi açıldıktan sonra yargılama sonlanıncaya kadar tazminata hükmedilmesi istenebilmektedir⁴⁴. Fakat tazminatın talep edileceği zamanının farklı oluşu, kanunun düzenlediği menfi tespit davasının türüne göre değişmesinden kaynaklanmakla, tazminat talebinin varlığını değiştirmeyecektir. Dolayısıyla icra takibinden önce açılan ve fakat dava sırasında icra takibi açılmış olan menfi tespit davasında, davacı borçlu gerek haksız ve kötü niyetli takipten doğan tazminatın gerekse malları haksız yere haciz olmuş ise manevi tazminatın alacaklıdan tahsilini isteyebileceğinden, TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuk şartı sağlanmış olacaktır.

İcra takibinden önce açılan ve fakat dava sırasında icra takibi açılmamış olan menfi tespit davalarında ise mahkeme tazminat talebini kabul etmemektedir⁴⁵. Çünkü tazminata mahkûm edilebilmesi için icra takibinin yapılmış olması ve alacaklının haksız ve kötü niyetli olması gerekmektedir. Dolayısıyla tazminat talebinin şartları kanunen oluşmuş olmadığından, aslında davacı borçlunun, tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır diyebiliriz. Bu noktada ise gerek tazminat talep edilmeyen yukarıda bahsettiğim icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında gerekse icra takibinden önce açılmış olmakla icra takibi başlatılmamış olan menfi tespit davasında, gerekse üçüncü kişiler tarafından açılan menfi tespit davasında, silahların eşitliği ilkesine aykırılık sebebiyle dava şartı ticari arabuluculuğun uygulanması gerektiği savunulabilir. Şöyle ki alacaklının alacağının tahsili için açmış olduğu davanın dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olması sebebiyle davayı doğrudan açamaması karşısında, borçlunun yahut üçüncü kişinin doğrudan dava açabilme hakkının olması, yani zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemesi, alacaklı açısından Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim

⁴⁴ Coşkun, **a.g.e.**, s.842.

⁴⁵ Coşkun, **a.g.e.**, s.842.

hakkının ihlalini ve taraflara eşit davranılmış olmaması sebebiyle silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁴⁶.

Menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı görüşlerinden bazıları, icra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında   K m.72/f.2'deki ihtiyati tedbir kararından yararlanmanın geciktirilmesi, hatta engellenmesi sebebine dayanmaktadır. İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasında, ortada başlatılmış bir takip olmaması sebebiyle tarafların arabulucu sayesinde anlaşarak, takibin hiç başlatılmaması sağlanabileceğinden bu görüşe katılmamaktayım. Ayrıca tarafların arabuluculuk görüşmelerinde anlaşma ihtimali göz önünde bulunduğunda ve HUAK m.16/2 uyarınca arabuluculuk sürecinin başlangıcından sonuna kadar geçen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü s relerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaęından⁴⁷ hem borçlu hem de alacaklı için bu noktada bir hak kaybı olmayacaktır.

Son olarak teknik açıdan icra takibinden sonra açılan menfi tespit davası olmakla birlikte,   nc  kişinin   K m.89 uyarınca kendisine gönderilen haciz ihbarnamesi sonucunda açtığı menfi tespit davasında ise,   nc  kişi lehine tazminat ilgili maddede düzenlenmediğinden talep edilememekte, edilse de reddedilmektedir. Fakat bu noktada menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşebilme y n  nazara alınmalıdır. Menfi tespit davası devam ederken, tedbir kararı alınmamış yahut tedbirin bir şekilde kaldırılmış olması sebebiyle borcun ifa edilmesi halinde ise   K m.72/f.6 uyarınca menfi tespit davası davacının talebiyle yahut hâkim tarafından re 'sen istirdat davasına dönüşmektedir. İstirdat davası ise; borçlunun icra tehdidi altında borçlu olmadığı halde  demiş olduğu paranın, alacaklıdan alınarak kendisine geri verilmesi için açmış olduğu davadır⁴⁸. Davanın kabulüyle birlikte davacının talebiyle icra dosyasına yapılan anapara, masraf ve faiz ödemelerinin faiziyle birlikte davacıya istirdadına karar verilmektedir⁴⁹. Dolayısıyla menfi tespit davasının dava şartı ticari arabuluculuğa tabi tutulmaması halinde, istirdat davasına dönüşen menfi tespit davasında, alacak davası niteliğinde ve dava şartı

⁴⁶ Toraman, **a.g.m.**, s.3165.

⁴⁷ Burcu Melekoğlu Keser, **Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk**, Birinci Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s.29, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi:14 Mayıs 2020).

⁴⁸ Ruhi, **a.g.e.**, s.53.

⁴⁹ Ruhi, **a.g.e.**, s.52.

ticari arabuluculuğa tabi olan istirdat davasının durumunun ne olacağı hususu karmaşaya neden olacaktır. Bu karmaşanın önüne geçebilmek adına icra takibinden sonra açılan, üçüncü kişilerin açmış olduğu menfi tespit davaları dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında değerlendirilmelidir. Bu açıklamalar icra takibinden sonra borçlunun açmış olduğu menfi tespit davası ve icra takibinden önce açılmış olmakla dava sırasında icra takibi başlatılmış olan menfi tespit davası için de geçerlidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; borçlunun icra takibinden sonra açmış olduğu menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmüş olması, takibin haksız ve kötü niyetli olması halinde borçlunun alacaklının tazminata mahkûm edilmesini talep etmesine engel teşkil etmemektedir, hâkim şartları mevcutsa borçlu lehine alacaklının tazminat ödemesine karar verebilmektedir⁵⁰. İstanbul Anadolu 10.Asliye Ticaret Mahkemesi ise üçüncü kişinin açmış olduğu menfi tespit davasını, alacaklıya bir hakkın varlığının ispatı ve kendisine edasını isteyen alacaklı karşısında, borcunun olmadığını söyleyen ve ispatını isteyen tarafın da arabulucuya başvurma hakkı olduğundan bahisle dava şartı ticari arabuluculuğa tabi tutmuştur⁵¹.

Menfi tespit davasının eda davası olmaması ve davada sadece borçlunun borcu olup olmadığına ilişkin tespit hükmünün tesis edildiği şeklindeki işbu davanın dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı yönündeki görüşlere ve Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen kararına, davanın kabulü halinde; borçlu lehine, reddi halinde ise; alacaklı lehine tazminata hükmediliyor olması ve kanunda “sadece eda davaları için” dava şartı arabuluculuk belirlenmemiş olması sebebiyle, katılmak mümkün değildir.

Ayrıca 6325 sayılı HUAK'ın 1.maddesi yorumlanırken, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesinin emredici düzenlemelere aykırı olmamasına dikkat edilmektedir⁵². Bu açıdan da ticari nitelikteki menfi tespit davalarının dava şartı ticari arabuluculuğa tabi olmasına

⁵⁰ Ruhi, **a.g.e.**, s.51.

⁵¹ Ümit Erdem, **Ticaret Mahkemeleri Kararları'nda “Dava Şartı” Zorunlu Arabuluculuk**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.44, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi:15 Mayıs 2020).

⁵² Fatih Uşan, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Ankara: Pozitif Matbaacılık, 2019, s.206, <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TABI.pdf>, (Erişim Tarihi:15 Mayıs 2020).

bir engel bulunmamaktadır. Diğ er bir kıstas ise o davayla ilgili mahkeme kararına ihtiyaç duyulup duyulmamasıdır⁵³. Bu noktada ise tarafların anlaşması suretiyle, icra takibinin durdurulması, sonlandırılması yahut alacaklının borçlunun borcunun bulunmadığını kabul etmesi mümkün olduğundan menfi tespit davasında arabulucuya başvurunun zorunlu olması uygundur.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanununa eklenen 5/A maddesiyle birlikte karşımıza çıkan dava şartı ticari arabuluculuk, arabulucuya başvurulmadığı takdirde davanın usulden reddedilmesine sebebiyet vermektedir. Maddenin kaleme alınış biçimi sebebiyle, hükmün farklı yorumlanması, doktrin ve yargı kararlarında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu tartışmaların çıkış noktasını, esasında dava konusu kavramının belirlenış şekli ve hükmün lafzi yahut amaca göre mi yorumlanması gerektiğı oluşturmaktadır. Kanaatimce, kanunun amacına göre, dava şartı arabuluculuk kapsamının bir bütün olarak ele alınması daha doğru olacaktır. Aksi takdirde silahların eşitliğı ve mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde, bir alacağın varlığını ispat eden alacak davaları için alacaklı arabulucuya başvurmak zorunda kalırken, karşı taraf olan borçlunun, borcun varlığının olmadığını menfi tespit davasında arabulucuya başvuru zorunluluğı bulunmadan, doğrudan mahkemeye başvurarak ispat edebilmesi eşitsizliğe yol açacaktır. Menfi tespit davasının türleri incelendiğinde, türünün özelliklerine göre dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında olup olmadığı hususunu ayrı ayrı ele almanın daha doğru sonuçlar verdiğı kanaatindeyim. Doktrin görüşlerinde ve yargı kararlarında ise, menfi tespit davasının türlerinin farklılıkları göz ardı edilerek tümü için ortak gerekçeler sunulmuştur. Fakat göz ardı edilen bu ayrımlar, davanın türüne uygun düşmeyen, altı boş gerekçelerin sunulmasına sebebiyet vermektedir. Esasen borçlu lehine olan tazminata ilişkin yapmış olduğum açıklamalar neticesinde; gerek icra takibinden önce açılan ve dava sırasında icra takibi yapılmış olan gerekse takipten sonra borçlu tarafından açılan menfi tespit davalarında tazminat talebinin bulunması sebebiyle dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında olduğı ortadadır. Bunun yanı sıra tazminat talebi içermeyen menfi tespit davaları içinse belirtmiş olduğum gerekçelerle silahların

⁵³ Uşan, **a.g.e.**, s.207.

eşitliği ilkesi doğrultusunda alacaklıya getirilen dava şartı ticari arabuluculuk karşısında borçlunun da menfi tespit davası açarken dava şartı arabuluculuğa tabi olması gerekmektedir. Ayrıca menfi tespit davasının - icra takibinden önce açılan ve fakat dava sırasında takip başlatılmamış olan türü hariç- istirdat davasına dönüşme ihtimali göz önünde bulundurulurken doğacak karmaşanın önüne geçmek adına da dava şartı ticari arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi kanunun amacına da uygun düşecektir. Menfi tespit davaları her ne kadar tespit davası olarak nitelendirilse de, davanın takibe olan etkisi nazara alındığında ve davanın sonunda alacaklı yahut borçlu lehine tazminata hükmedilmesi sebebiyle tesis edilen hükmün yalnızca tespit niteliği taşımadığı ortadadır. Bunun yanı sıra davanın sonucunun takip üzerindeki etkileri nazara alındığında, alacağın ödenmesi veya ödenmemesi sonucunu dolaylı da olsa sağladığından TTK m.5/A hükmündeki bir miktar para olan alacağın ödenmesi şartını karşılamaktadır. Ticari nitelikteki menfi tespit davaları, tarafların serbestçe tasarruf edebilmelerine kanunen engel bulunmayan bir dava olup, mahkeme kararı olmaksızın da tarafların anlaşmaları suretiyle icra takibini başlatmamaları, sonlandırmaları yahut durdurmaları ve alacaklının borçlunun borcu olmadığını kabul etmesi mümkün olduğundan zorunlu arabuluculuğa uygundur.

Sunmuş olduğum açıklamalar, kanun koyucunun iş uyuşmazlıklarındaki dava şartı arabuluculuğun göstermiş olduğu başarıyı gözeterek, ticari uyuşmazlıklar için zorunlu arabuluculuğu getirmiş olması gerekçesine dayanmakla birlikte, kanunun lafzının gerek yargı gerekse doktrinde tartışmalara mahal vermeyecek şekilde değişiklik yaparak düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler,” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.11, S. 41, Ocak 2020, s.307-324, <https://yayin.taa.gov.tr/makaleler/41/10.pdf>.

Atalı, Murat/Erdoğan, Ersin: “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu,” **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, Nisan 2020, s. 205-221, <https://jurix.com.tr/article/20707>.

Coşkun, Mahmut: **İtirazın İptali-Menfi Tespit ve İstirdat- Tasarrufun İptali Davaları**, 5.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Efeçinar S.Ceyda/ Yardım E.Mehmet: **Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Eller, Tuba: “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk,” **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi**, Gaziantep, 2019, <http://openaccess.hku.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.11782/2005/Ticari%20Uyu%20c5%9fmazl%20c4%b1klarda%20Zorunlu%20Arabuluculuk.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Erdem, Ümit: **Ticaret Mahkemeleri Kararları’nda “Dava Şartı” Zorunlu Arabuluculuk**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Ermenek, İbrahim/ Arslan Azaklı, Betül: “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A),” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.148, 2020, s.135-196, <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2020-148-1915>.

Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper: **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Birinci Baskı, Ankara: ARCS Matbaacılık, 2019, <http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>.

Kökbudak, N.Cihan: “Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi İle Çözülmesi,” **KTO Karatay Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi**, Konya, 2019, <http://acikeri-sim.karatay.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12498/1714/T%C4%B0C AR%C4%B0%20%20UYU%C5%9EMAZLIK LARIN%20ARABULUCULUK%20Y%C3%96NTEM%C4%B0%20%20C4%B0LE%20%20C3%87%C3%96Z%C3%9CL MES%C4%B0%20-%20-C%C4%B0HAN%20NEB%C4%B0%20K%C3%96KB U-DAK%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Kurt Konca, Nesibe: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk,” **SETA Perspektif**, S.225, Aralık 2018, s.1-6, <https://setav.org/assets/uploads/2019/01/225.pdf>.

Melekoğlu Keser, Burcu: **Arabuluculuk ve Zorunlu Arabuluculuk**, Birinci Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, <https://www.turcademy.com/tr>.

Özekes, Muhammet/ Çiftçi, Pınar: “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış), ” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.148, 2020, s.101-134, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-148-1914>.

Ruhi, Canan/ Ruhi, A.Cemal: **İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit ve İstiradat Davaları**, Birinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, <https://www.turcademy.com/tr>.

Tanrıver, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, ” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.147, 2020, s.111-142, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-147-1905>.

Toraman, Barış: “Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu, ” **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, Nisan 2020, s.3141-3170, <https://www.jurix.com.tr/article/20780>.

Uşan, Fatih: **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Ankara: Pozitif Matbaacılık, 2019, <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARA-BULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TABI.pdf>.

Yavuz, Mustafa: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculuk, ” **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, C. 5, S. 15, Ocak 2019, s.52-61, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/gumrukticaretdergisi/issue/53790/722638>.

Yılmaz, Abdülhamit: “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, ” **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, Ocak 2018, s. 219-238, <https://www.jurix.com.tr/article/19917>.

SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ HAL VE SONUÇLARI

Av. Aybüke SAÇAN ÖZHAN

İstanbul Barosu

GİRİŞ

Sözleşmeler hukuk dünyasında ve ticaret hayatında büyük bir öneme sahiptir. Türk Borçlar Kanununda sözleşme serbestisi ilkesi hâkimdir. Sözleşme özgürlüğünün ise elbette sınırlamaları olacaktır. Öncelikle sözleşmenin kurulabilmesi için kurucu unsurlarının mevcut olması gerekmektedir. Sözleşme kurulduktan sonra ise geçerli olabilmesi için tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik koşullarını taşıması gerekmektedir. Bunun yanı sıra ise sözleşmenin geçerliliğini sakatlayacak hususların da var olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşmelerin hükümsüzlüğü hali gündeme gelecektir. “Sözleşmelerin hükümsüzlüğü Türk Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmemiştir, sadece hükümsüzlük hallerine çeşitli maddelerde yer verilmiştir (TBK m.12, 17, 27, 28, 30, 36, 37, 39, 46).¹”

Sözleşmelerin hükümsüzlüğü ise dar ve geniş anlamına göre farklı şekillerde ifade edilmektedir. Dar anlamıyla hükümsüzlük sözleşmenin geçerli olmadığı haller iken; geniş anlamıyla hükümsüzlük sözleşmelerdeki eksiklik, sakatlık ve sözleşmelerin sonradan etkisizleştiği hallerin tamamını kapsar.² Bu çalışmayla birlikte geniş anlamda sözleşmelerin hükümsüzlüğü hal ve sonuçları incelenecektir. Sözleşmelerin geçerlilik şartları ile birlikte sözleşmenin unsurlarındaki sakatlık, eksiklik ve sözleşmenin sonradan etkisiz hale geldiği durumlar ele alınacaktır. Bu kapsamda sözleşmenin hükümsüzlüğü halleri; kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik, noksanlık ve kısmi hükümsüzlük olarak gruplandırılarak açıklanacaktır.

¹ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, Gözden Geçirilmiş 12.Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s.178.

² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.178.

I. Sözleşme Kavramı ve Unsurları ile Sözleşmenin Kurulması

“Sözleşme; tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları ile meydana gelen hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır.”³ Sözleşmenin kurucu unsurlarını ise öneri ve kabul beyanları oluşturmaktadır.  neri; sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli olan ve sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren, kesin ve bağlayıcı nitelik taşıyan, karşı tarafın kabulü ile birlikte sözleşmenin kurulmasını sağlayan irade açıklamasıdır.⁴ Kabul ise; öneriye uygun olarak sözleşmenin kurulmasını sağlayan, tek taraflı ve öneride bulunana varması gerekli irade açıklamasıdır.⁵ Kabul beyanının içeriği öneriye uygun olmalıdır. Kabul, irade beyanı veya irade faaliyeti yoluyla açıklanabilir.⁶ Irade beyanı açık veya örtülü olabilir, kural olarak susma kabul şeklinde yorumlanamayacaktır.⁷ Fakat TBK m. 503 hükmünde olduğu gibi kanunen red cevabı vermek zorunluluğu varken muhatap susmuşsa bu davranış kabul teşkil eder ve sözleşme kurulmuş olur.⁸

Hazır olanlar ve olmayanlar arasındaki sözleşmelerin kurulma anı TBK’da farklı düzenlenmiştir. Hazır olanlar arasında; öneride bulunan kabul beyanını kabulün yapıldığı anda öğreniyorsa, sözleşme kabul beyanının yapıldığı anda kurulmuş olacaktır.⁹ Taraflar sözleşmenin hükümlerinin yürürlüğe girmesini belli bir vadeye bağlamadıkları takdirde kabul beyanı ile sözleşme hükümlerini doğuracaktır. Hazır olmayanlar arasında ise; kabul beyanının öneriyi yapan kişiye ulaşması için kabul beyanı oluştuktan sonra gönderme, varma ve öğrenme anı şeklinde üç aşama bulunmaktadır. TBK m.11 uyarınca sözleşme hazır olmayanlar arasında; kabul beyanı  nerene ulaştığı anda yani varma anında kurulurken, sözleşme hükümlerini ise geçmişe etkili olarak gönderme anında doğurmaktadır.¹⁰

³ Oğuzman/ z, a.g.e., s.42

⁴ Oğuzman/ z, a.g.e., s.51.

⁵ Oğuzman/ z, a.g.e., s.65.

⁶ Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 13.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s.33.

⁷ Nomer, a.g.e., s.32

⁸ Oğuzman/ z, a.g.e., s.66.

⁹ Oğuzman/ z, a.g.e., s.74.

¹⁰ Oğuzman/ z, a.g.e., s.76.

II. Yokluk

Yokluk, sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halidir.¹¹ Bu durumda sözleşme varlık kazanamaz. Sözleşmenin kanuni tanımında yer alan, asgari içeriğini oluşturan, sözleşmeye tipini veren zorunlu hususlar sözleşmenin objektif esaslı noktasını oluşturur.¹² Sübjektif esaslı nokta ise; sözleşmenin yan (ikinci derece) noktasını oluşturmakla birlikte tarafların anlaşması ile esaslı nokta haline gelen hususlardır.¹³ İkinci derecedeki noktalar ise esaslı nokta dışında kalan durumları ifade etmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; bir kitabın satışındaki satış sözleşmesinde satılan kitap ve karşılığında ödenecek olan ücret bu sözleşmenin objektif esaslı noktasını oluştururken, kitabın İstanbul'daki ev adresine teslim edilecek şekilde ifa yerinin taraflarca önemsenerek belirlenmesi sözleşmenin sübjektif esaslı noktasını teşkil etmektedir. İfa zamanı ise kararlaştırılmadığı için sözleşmenin ikinci derecedeki unsurlarındandır. Sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların "esaslı noktalar" üzerinde uyuşmaları şarttır.¹⁴ Esaslı noktalarda uyuşma sağlanamadığı takdirde sözleşme kurulamamış sayılacaktır. Taraflar ikinci derecedeki noktaları tartışmış fakat sonuca varamamışlar ve sözleşmenin tamamlanması bu noktalara bağlanmışsa, uyuşma gerçekleşmeden sözleşme kurulamayacaktır.¹⁵ Taraflar bu noktaları hiç konuşmamış veya konuşmuş fakat anlaşmamışlarsa buna rağmen sözleşme tamamlanmış, anlaşılamayan konuları ileri bir tarihe kadar saklı tutacaklarını kabul etmişlerse sözleşme kurulmuş olacaktır.¹⁶ Tarafların müzakere etmedikleri ya da erteledikleri ikinci derecedeki konularda ihtilaf çıkması halinde ise bu hususlar TBK m.2 hükmüne göre hâkim tarafından işin niteliğine göre karara bağlanacaktır. İkinci derecedeki noktalar taraflar tarafından hiç konuşulmamış ve kararlaştırılmamış ise Borçlar Kanununun tamamlayıcı hükümleri doğrultusunda doldurulacaklardır.¹⁷

¹¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.179.

¹² Nomer, **a.g.e.**, s.43;

¹³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.74.

¹⁴ **A.g.e.**

¹⁵ Erol Cansel/Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 2.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s.104, <https://www.turcademy.com/tr>, (Erişim Tarihi:2 Nisan 2020).

¹⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.74.

¹⁷ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.105.

A. Yokluğun Sonuçları

Sözleşmenin yokluğu, ilgili herkes tarafından ve her zaman ileri sürülebilir.¹⁸ Kurucu unsurların bulunmaması halinde yokluk kendiliğinden ortaya çıkar. Beyana, karara ve bu hususta dava açmaya ihtiyaç yoktur.¹⁹ Açılmış herhangi bir davada, bir sözleşmenin yokluğu anlaşılırsa, yokluğu hiç kimse ileri sürmemiş olsa dahi, hâkim bunu re'sen nazara almak zorundadır.²⁰ Çünkü yokluk yaptırımı def'i değil, itiraz niteliğindedir. Açılan davada iptal edilebilecek bir işlem mevcut olmadığından işlemin yok hükmünde olduğu tespit edilecektir.²¹ Yok hükmündeki sözleşmeye dayanarak hak ileri sürülemez. Sürüldüğünde ise karşı taraf süreye bağlı olmaksızın yokluğu ileri sürerek istenileni yerine getirmekten kaçınabilme imkânına haizdir. Yok hükmündeki bir işlem icazet yoluyla veya sonradan geçerli hale getirilmesi mümkün değildir.²²

III. Kesin Hükümsüzlük Halleri

Kurucu unsurları tamam olan sözleşmenin, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek derecede önemli olanların eksikliği halinde sözleşme kesin olarak hükümsüz kabul edilmektedir.²³ TBK m.27 uyarınca “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Bunun yanı sıra detaylı anlatılacağı üzere sözleşmede iradesini açıklayan tarafın ehliyetsizliği, geçerlilik şekil şartını taşıyama ve muvazaa halleri kesin hükümsüzlüğe sebebiyet vermektedir.

A. Ehliyet

“Sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların o sözleşmeyi yapmaya ehil olmaları gerekir. Hukuki işlem ehliyetinin temel şartı, irade beyanında bulunanın mutlaka ayırt etme gücüne sahip olmasıdır.”²⁴ TMK m.15 uyarınca ayırt etme gücü olmaksızın yapılan sözleşmeler

¹⁸ Sinan S. Akkurt, “Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış,” **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, Haziran 2014, s.101, <https://www.jurix.com.tr/article/4109>, (Erişim Tarihi:2 Nisan 2020).

¹⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.179.

²⁰ Akkurt, **a.g.m.**, s.101.

²¹ **A.g.m.**, s.102.

²² **A.g.m.**

²³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.179.

²⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.81.

kesin hükümsüzdür. Ayırt etme gücüne haiz kimse ergin ve kısıtlı değil ise sözleşme yapmaya tam ehliyetlidir. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlı ve küçükler ise kendilerini borç altına sokmayan ve hak kaybına uğratmayan hukuki işlemleri tek başına yapabilirler.²⁵ “Örneğin; *bağış kabul edebilirler ve bağışlananı geçerli olarak iktisap edebilirler.*”²⁶

Ayırt etme gücüne sahip olan kimse ergin olmaması veya kısıtlı bulunması halinde, TMK m.16/f.1 uyarınca kendisini borç altına sokmak üzere yaptığı sözleşmenin hüküm ifade etmesi kanuni temsilcinin (veli veya vasisinin) bu sözleşmeye önceden izin vermesine veya yapılan sözleşmeye sonradan onamasına bağlıdır.²⁷ “*Rıza beyanı sözleşme geçerlilik şekline tabi olsa dahi herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir.*”²⁸ Kanun bazı işlemlerde vasinin muvafakatinin yanında ayrıca vesayet makamının iznini de aramıştır. Örnek vermek gerekirse; TMK m.345 küçüğün babasının borcu için bono tanzim edebilmesi için kayyımın katılımı ve hakim onayını aramaktadır.²⁹

Yasal temsilcinin onayı olmadığı veya yasak işlemlerden olması sebebiyle geçersiz olan işlem, küçük sonradan ergin olsa veya kısıtlının kısıtlılık halinin sona ermesi ile kendiliğinden geçerli hale gelmez.³⁰ “*Ayrıca o kişinin yaptığı işleme onay vermesi gerekir. Onayla birlikte işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Şekle tabi işlemlerde onay da şekle tabidir.*”³¹ Yargıtay 19.H.D., 02.10.2001 Tarih, 2001/2053 E., 101/6100 K. sayılı kararında³² “*Hacir altına alınan kişinin vesayeti sonu ermeden imzaladığı kefalet akdi geçersizdir. Geçerlik kazanabilmesi için, vesayet sona erdikten sonra akdi benimsemenin de yazılı şekilde yapılması gerekir.*” şeklinde hüküm vererek sınırlı ehliyetsizin tam ehliyetli hale gelmesiyle, sınırlı ehliyetli iken yaptığı geçersiz işlemin geçerli kılınabilmesi için söz konusu işleminin geçerlilik şekline uygun bir şekilde onay vermesi gerektiği ortaya koymuştur.

²⁵ Nomer, **a.g.e.**, s.55.

²⁶ **A.g.e.**, s.55.

²⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.82.

²⁸ Nomer, **a.g.e.**, s.54.

²⁹ **A.g.e.**

³⁰ **A.g.e.**, s.57.

³¹ **A.g.e.**

³² <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:4 Nisan 2020).

Ayırt etme gücünden yoksun şekilde yapılan işlemler her ne kadar kesin hükümsüz olarak kabul edilse de, bu durumun ileriye sürülmesinin dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı durumlarda hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girerek, geçersizliğin ileri sürülmesini engelleyecektir³³. Şöyle ki 09.03.1955 tarihli 22/2 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı uyarınca³⁴ “*Ayırt etme gücü olmadan sözleşme yapan kişi, eğer bu gücü olsaydı bile bunu yapacak idiyse, (normal zekalı bir insan dahi aynı tarzda işlem yapacak idiyse) bu sözleşmenin geçersizliğini iddia edemez. Bunu yapması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.*”   bu içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda verilen Yargıtay 19.H.D.’nin, 22.02.2012 tarihli 2011/10971 Esas, 2012/2633 Karar sayılı kararı ise  u şekildedir:³⁵ “*Vesayet altındaki kişi, f l ehliyetine haiz olduğu hususunda diğer tarafı yanılmı  ise karşı tarafın bu yüzden uğradığı zarardan sorumludur. Davalı, tam ehliyetli kişilerin dahi her zaman yararlanma olanağı bulamadıkları banka kredi kartından yararlanmış ve bu suretle bir menfaat elde etmiştir. Bankanın  deme talebine kadar tam ehliyetli biri gibi hareket edebilen davalının, borcun ifası istendiğinde ehliyetsizliğini ileri sürerek ifadan kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Hacir altındaki kişi, karşı tarafın aleyhine olacak şekilde kendi mal varlığında meydana gelen sebepsiz zenginleşme oranında sorumlu olur.*” örnek kararda da görüleceği üzere tam ehliyetsiz kişi dürüstlük kuralıyla bağda mayacak şekilde hareket ettiğinde, yapılan işlemin geçersizliğini ileri süremeyecek ve işlemden sorumlu tutulacaktır.

B. Emredici Hukuk Kurallarına, Kişilik Haklarına ve Ahlağa Aykırılık

1. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

Emredici kurallara aykırılık ile kast edilen sadece Borçlar Kanunun emredici hükümlerine değil, hukuk düzenindeki bütün emredici kurallara sözleşmenin konusunun aykırı olmaması gerekliliğidir.³⁶ Esasen Borçlar Kanundaki kuralların büyük bir kısmı yedek hükümler içermekle birlikte emredici hukuk kuralları da mevcuttur. Örneğin; TBK m.42/f.2 “*Temsil olunan, bu hakkından önceden feragat edemez.*” ile TBK

³³ Akkurt, **a.g.m.**, s.107.

³⁴ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:4 Nisan 2020).

³⁵ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:4 Nisan 2020).

³⁶ Oğuzman/ z, **a.g.e.**, s.83.

m.115/f.1 “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmü emredici hukuk kuralı niteliğindedir. Bir hukuk kuralının emredici nitelik taşıyıp taşımadığı ise hükmün lafzından veya amacından anlaşılmaktadır.³⁷ Toplumun menfaatini, ahlakını ve fertlerin şahsiyetini koruyan hükümler genellikle emredici niteliktedir. TBK m.81 “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir.*” maddesi ahlaki esasları korumaya örnek emredici bir hukuk kuralıdır. Fertlerin kişiliğini korumaya yönelik olarak ise TMK m.23 “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.*” hükmü emredicidir. Ayrıca ekonomik, sosyal veya fiziki yönden zayıf olanları koruyan hükümler de emredicidirler³⁸. Fakat bu emredicilik nisbi nitelikte olup sadece korunan kimse aleyhine sözleşme konusu yapılamayacaktır³⁹. Bunun en öne çıkan örneği ise işçi ve tüketicileri koruma amacı taşıyan hükümlerdir. Sözleşmenin konusu emredici hukuk kurallarına aykırı ise kesin hükümsüz yaptırımıyla karşılaşacaktır. Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; TBK 147’de sayılan ve 5 yıllık bir zamanaşımına tabi olan bir alacak, sözleşme taraflarınca 3 veya 7 yıllık bir zamanaşımına bağlanmış olsa dahi, TBK 148’in emredici hükmü nedeniyle bu alacak bakımından 3 veya 7 yıllık süre değil, 5 yıllık yasal süre uygulama alanı bulur. Dolayısıyla sözleşme emredici hükme aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır.

2. Kamu Düzenine Aykırılık

Ortada herhangi bir somut emredici hüküm bulunmasa dahi, yapılan sözleşme kamu düzenini ihlal ettiği takdirde sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır. Kamu düzeni ise, toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzenin bütünü olarak tanımlanabilir.⁴⁰ En belirgin örneği ise; Yargıtay’ın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanundan önce 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun kapsamındaki kira sözleşmelerinde kanundaki boşluk doğrultusunda kamu düzenine aykırılık

³⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.85.

³⁸ **A.g.e.**, s.84.

³⁹ **A.g.e.**, s.84.

⁴⁰ **A.g.e.**, s.85.

teşkil ettiği gerekçesiyle yıllık kira artışlarına ilişkin sözleşme hükümlerini sınırlandırması yönündeki kararlarıdır⁴¹.

3. Kişilik Haklarına Aykırılık

Bir sözleşmenin konusu kişilik haklarına aykırılık teşkil ediyorsa sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Kişilik hakları ise maddi bütünlük, manevi bütünlük ve iktisadi bütünlük olarak gruplandırılabilir.⁴² Maddi bütünlük kapsamında hayat ve beden sağlığı, manevi bütünlük ise hürriyet, şeref hususları ve iktisadi bütünlük olarak varlık ile mesleki şeref olarak örneklendirilebilir.⁴³ Kişilik haklarına aykırılık Türk Medeni Kanununda ve Borçlar Kanununda kalem kalem ele alınmamıştır. Dolayısıyla bir olayın kişilik haklarına aykırılık teşkil edip etmemesi hâkim takdirindedir. Din değiştirme taahhüdü içeren bir sözleşme yahut makul olmayan bir ameliyata razı olma sözleşmesi, çok uzun süre bağlayıcılık içeren sözleşmeler elbette ki kişilik haklarına aykırılık teşkil ettiklerinden kesin hükümsüz kabul edileceklerdir⁴⁴.

4. Ahlaka Aykırılık

Ahlaka aykırılık, sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olması veya sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olması halinde ortaya çıkmaktadır⁴⁵. Ahlak ise topluma mal olmuş ahlak kurallarını ifade etmektedir⁴⁶. Söz konusu sözleşmenin akdedildiği zamanda yaşayan normal zekâyâ sahip, dürüst, akıllı başında kişilerin ahlak anlayışı esas alınarak, bu ahlak kurallarına konusu veya amacı yönünden aykırı olan sözleşmeler kesin hükümsüz kabul edilecektir⁴⁷. Ancak bir sözleşmenin yapılmasında ahlaka aykırı bir amaç güdülmesi sebebiyle o sözleşmenin kesin hükümsüz olarak kabulü için; söz konusu ahlaka aykırı amacı her iki tarafın da gütmesi yahut en azından bir tarafın güttüğü amacın diğer tarafça bilinmesi

⁴¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.85.

⁴² Akkurt, **a.g.m.**, s.110.

⁴³ **A.g.m.**

⁴⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.86.

⁴⁵ Akkurt, **a.g.m.**, s.109.

⁴⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.86.

⁴⁷ Nomer, **a.g.e.**, s.63

gerekmektedir.⁴⁸ Üçüncü kişinin aldatılmasına, tuzağa düşürülmesine yönelik sözleşmeler ahlaka aykırılık teşkil eden sözleşme örnekleridir.⁴⁹

C. İmkânsızlık

1. İmkânsızlık Kavramı ve Şartları

TBK. m.27 uyarınca konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Sözleşmenin kesin hükümsüz olabilmesi içinse imkânsızlığın bir takım şartları vardır. İmkânsızlığın zamanı ve türü sözleşmenin akıbetini belirlemektedir. Şöyle ki; Türk Borçlar Kanunda sözleşmenin kurulduğu sıradaki imkânsızlık ile sözleşme kurulduktan sonraki imkânsızlık halinin sonuçları farklı şekillerde düzenlenmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra sözleşme konusunun imkânsız hale gelmesi durumunda ifa imkânsızlığı söz konusu olacak ve TBK m.136 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁵⁰. Oysa sözleşmenin kurulma safhasında sözleşme konusu imkânsız ise sözleşme geçersiz olacaktır. Ayrıca bu imkânsızlık halinin ise objektif ve sürekli olması gerekmektedir⁵¹. Geçici bir imkânsızlık, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir⁵². İmkânsızlığın objektif olmasındaki kasıt ise herkes için sözleşmenin konusunun imkânsız hale gelmesidir⁵³. Yalnızca sözleşmenin edimi ifa edecek olan tarafı için bir imkânsızlık mevcut, başka bir kişi bu edimi yerine getirebilecek ise bu durum sübjektif imkânsızlık olarak nitelenecek ve sözleşme geçerli olacaktır⁵⁴. Sözleşmenin konusunun imkânsızlığı ise hukuk düzeninin getirdiği yasak sebebiyle hukuki olabileceği gibi fiili durumdan kaynaklı fiili imkânsızlık da söz konusu olabilir⁵⁵.

⁴⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.88.

⁴⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.87.

⁵⁰ Nomer, **a.g.e.**, s.65.

⁵¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.91.

⁵² Alihan Sağır, “Borçlunun Bildiği Baştaki İmkânsızlığa Bağlanan Butlan Yaptırımının Culpa In Contrahendo ile Daraltılması,” **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, Haziran 2018, s. 229, <https://www.jurix.com.tr/article/14784>, (Erişim Tarihi:6 Nisan 2020).

⁵³ Nomer, **a.g.e.**, s.64.

⁵⁴ Sağır, **a.g.m.**, s.229.

⁵⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.89.

2. İmkânsızlığın Sonuçları

Sözleşmenin konusunun sözleşme kurulduğu sırada, objektif ve sürekli olarak fiili yada hukuki sebeplerle imkansız olduğu takdirde sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır. İmkânsızlığın sonuçları ise TBK’da özel olarak düzenlenmediğinden genel hükümler uygulama alanı bulacaktır⁵⁶. Sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde ise kesin hükümsüzlük sebebiyle sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda edimler geri verilecektir⁵⁷. Eğer edimler ifa edilmemişse, borçlunun borcunu ifa etmesi istenemeyecektir. İmkânsızlığın sözleşmenin borçlusu tarafından bilinmesi ve fakat karşı tarafa söylenmemesi halinde ise borçlunun sorumluluğu gündeme gelecektir⁵⁸. Bu takdirde karşı tarafın uğramış olduğu zarar borçlu tarafından tazmin edilmelidir. Lakin bu tazminata ilişkin Yargıtay ve Doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Yargıtay borçlunun objektif imkânsızlığı bilerek sözleşme yaptığı durumlarda, alacaklının yalnızca menfi zararının tazminini kabul etmektedir⁵⁹. YHGK, 28.09.2011 T., 2011/13528 E., 2011/571 K. sayılı taşınmaz satış vaadi sözleşmesindeki söz konusu taşınmazın aslında taraflara değil de belediyye ait olması nedeniyle, hukuki imkansızlık durumunda taşınmazın rayiç bedelinin araştırılarak menfi zararın karşılanması gerektiğine ilişkin kararı ise şöyledir⁶⁰: “Davacı ile davalı arasında davalıya ait olmayan tapuya kayıtlı taşınmazın satışının vaadine yönelik sözleşmenin noterde ve usulünce düzenlenmekle geçerli olarak kurulduğu, satışı vaad edilen taşınmazın, üzerinde muhdesat bulunan mülkiyeti belediyye ait taşınmaz olduğu, ancak daha sonra vaade konu taşınmazla ilgili olarak üçüncü kişi tarafından açılan dava sonucunda taşınmazın mülkiyetinin devrine ilişkin ifanın imkansız hale geldiği göz önüne alınarak davacı vaad alacaklısının üçüncü kişi tarafından açılan mahkeme kararının kesinleştiği tarih itibariyle bilirkişi marifetiyle; taşınmazın üzerindeki muhdesatla birlikte rayiç bedelinin araştırılıp tespit edildikten sonra tazminata hükmedilmesi gerekir.” Edimlerin iadesi ve talepler içinse sebepsiz zenginleşme sorumluluğu kapsamında 2 yıllık zamanaşımına tabi olmaktadır. Oysa doktrindeki görüşlere göre bu durum culpa

⁵⁶ Sağır, **a.g.m.**, s.230.

⁵⁷ Sağır, **a.g.m.**, s.231.

⁵⁸ Oğuzman/ z, **a.g.e.**, s.91;Nomer, **a.g.e.**, s.65.

⁵⁹ Sağır, **a.g.m.**, s.237.

⁶⁰ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:6 Nisan 2020).

in contrahendo yani sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde çözümlenmelidir⁶¹. Şöyle ki; taraflar dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerini aydınlatma yükümlü olduklarından ve bir güven ilişki tesis edildiğinden, objektif imkânsızlığı bilmesine rağmen gizleyerek sözleşme yapan ve karşı tarafı zarara uğratan borçlu TMK m.2/f.1 uyarınca güveni zedelediğinden bu hareketinden culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır⁶². Böylece alacaklının yalnızca menfi zararlarının değil müspet zararlarının da tazmini sağlanacaktır⁶³. TBK’da sözleşmenin kurulması anı ile kurulduktan sonraki bu kadar küçük bir zaman farkının hukuki olarak büyük farlılıklara yol açması eleştirilmektedir⁶⁴. Çünkü ifa imkânsızlığında yani sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin konusunun imkânsız hale gelmesinde ise borçlunun sorumlu olduğu durumda alacaklının müspet zararı da tazmin edilebilmekte ve sözleşmesel sorumluluk sebebiyle zamanaşımı 10yıldır⁶⁵. Oysa baştaki imkânsızlık halinde alacaklının yalnızca menfi zararının tazmin imkânı vardır. Doktrin TBK’daki imkânsızlığın zamanına göre ayırımına kanun değişikliği haricinde bir çözüm sunamasa da en azından imkânsızlığı bildiği halde sözleşme yapan tarafın culpa in contrahendo kapsamında sorumlu tutulmasını savunmaktadır⁶⁶. Böylece alacaklının zararının tazmin kapsamı genişleyerek müspet zararların da tazmin edilmesinin sağlanacak ve zamanaşımı sözleşmeye aykırılık çerçevesinde 10 yıl olacaktır. Çünkü Yargıtay culpa in contrahendo kapsamındaki tazminatta haksız fiile ilişkin hükümleri sözleşmenin kurulmamış olması sebebiyle uygulamayarak, sözleşmeye aykırılık hükümlerini kıyasen uygulamaktadır ve zamanaşımını 10 yıl olarak kabul etmektedir⁶⁷.

D. Şekle Aykırılık

Şekle aykırılığın anlaşılabilmesi için öncelikle şekil türlerini incelemekte fayda vardır. Şekle ilişkin temel ayırım sözleşmelerin geçerliliğine ve ispatına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Geçerlilik şekli

⁶¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.91;Nomer, **a.g.e.**, s.65.

⁶² Sağır, **a.g.m.**, s.234.

⁶³ **A.g.m.**, s.238.

⁶⁴ **A.g.m.**, s.231.

⁶⁵ **A.g.m.**, s.231.

⁶⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.91;Nomer, **a.g.e.**, s.65.; Sağır, **a.g.m.**, s.239.

⁶⁷ **A.g.m.**, s.236.

 ng r len  ekle uyulmadığı takdirde sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet veren  ekil şartı iken; ispat şartı öngörülen  ekle uyulmaması durumunda sözleşmenin geçerli olduğu, sadece sözleşmenin varlığının ispatı için gerekli olan  ekil şartıdır⁶⁸. HMK madde 200 uyarınca belirli meblağı aşan sözleşmelerin senetle ispat edilmesi kuralı, bir ispat şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. TBK Genel Hükümleri esasen geçerlilik şartını içermektedir. Bir  ekil kuralının geçerlilik yahut ispat şekli olduğu belirtilmemesi halinde karine olarak geçerlilik şekli olarak kabul edilmektedir. Borçlar Kanununda kural  ekil serbestisidir, yani bir sözleşmeyi oluşturan irade beyanları için belirli bir  ekle uyma zorunluluğu yoktur⁶⁹. Örneğin; kira sözleşmesi, taşınır satım, taşınır bağışlama, eser ve hizmet sözleşmeleri  ekle bağlı deėillerdir⁷⁰. Fakat bu kuralın istisnaları kanundan veya tarafların iradesinden doğmaktadır. Sözleşme, kanuni ya da iradi bir  ekle tabi tutulmamışsa sözleşme için  ekil sınırlaması bulunmamaktadır. Şekil serbestisinin istisnaları olan iradi  ekil ve kanuni  ekil birer geçerlilik şekli olarak TBK’da düzenlenmiştir.

Kanuni  ekil; bir sözleşmenin kanundan kaynaklı  ekle tabi tutulduğu tür d r. Sözlü, yazılı ve resmi  ekil olmak üzere üç kanuni  ekil türü bulunmaktadır. Sözlü  ekil; tarafların iradelerini sözlü bir şekilde açıkladıkları  ekildir. Evlenme ve sözlü vasiyetnamede sözlü  ekil şartı bulunmaktadır⁷¹. Yazılı  ekil ise adi yazılı ve nitelikli yazılı  ekil olarak ikiye ayrılmaktadır. Adi yazılı  ekil, sözleşmenin taraflarının irade beyanlarının yazılı bir şekilde metine yazılarak imzalanması ile oluřmaktadır⁷². Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borç altına giren tarafın, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise her iki tarafın da yazılı metnin altında imzası bulunması gerekmektedir. TBK’da alacağın temliki, şufa sözleşmesi, bağışlama vaadi ve kefalet sözleşmeleri için adi yazılı  ekil şartı aranmaktadır⁷³. Nitelikli yazılı şekilde ise tarafların iradelerinin metne aktarılması ve imzalanmasına ek olarak bir takım şartlar getirilmiştir⁷⁴. Örneğin; kefalet sözleşmesinde kefil olunan meblağın ve kefalet

⁶⁸ Cansel/ zel, **a.g.e.**, s.200.

⁶⁹ Oğuzman/ z, **a.g.e.**, s.141.

⁷⁰ Nomer, **a.g.e.**, s.79.

⁷¹ Cansel/ zel, **a.g.e.**, s.202.

⁷² Nomer, **a.g.e.**, s.81.

⁷³ Oğuzman/ z, **a.g.e.**, s.145; Nomer, **a.g.e.**, s.86.

⁷⁴ Cansel/ zel, **a.g.e.**, s.208.

tarihinin de gösterilmesi gerektiğinden nitelikli şekil şartı mevcuttur⁷⁵. TBK madde 14 uyarınca “*Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.*” Son olarak “*resmi şekil ise; sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının kanunda belirtilen usule göre resmi memur tarafından düzenlenen belgede açıklanması ile gerçekleştirilir.*”⁷⁶ Kanunda farklı bir makam öngörülmedikçe resmi şekle tabi işlemlerde resmi şekli vermeye yetkili olan resmi memur noterlerdir. Noterler, resmi şekle tabi işlemleri resen düzenleyerek taraflara imzalatabileceği gibi, taraflarca hazırlanan metindeki tarihi ve imzayı onaylayarak da sözleşmeye resmi şekli kazandırabilmektedirler⁷⁷. Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler resmi şekle tabi olmakla birlikte, yetkili resmi memur ise Tapu Kanunu m.26/I uyarınca tapu sicil görevlileridir. Fakat taşınmaz satış vaadi sözleşmesi noterlerde yapılabilmektedir⁷⁸. Ayrıca bazı sözleşme türlerine resmi şekli, resmi vasiyetname ve miras sözleşmesinde olduğu gibi Sulh Hukuk Mahkemeleri de verebilmektedir⁷⁹. Resmi şekil şartı aranan diğer sözleşme örnekleri ise; mal rejimi sözleşmesi, motorlu araç devri sözleşmesi, ipotek sözleşmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir⁸⁰.

İradi şekil ise; kanunen şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin tarafların kararlaştırılması üzere şekle bağlı olarak gerçekleştirildiği şekil türüdür⁸¹. İradi şekil şartı, tarafları korumak ve hem tarafların hem de üçüncü kişiler açısından hukuki emniyeti sağlamak amacıyla belirlenmektedir. TBK m.17/f.II’de, herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa ise yasal yazılı şekle ilişkin hükümlerin sözleşmeye uygulanacağı belirtilmiştir.

⁷⁵ Nomer, **a.g.e.**, s.87.

⁷⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.153.

⁷⁷ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.209.

⁷⁸ Nomer, **a.g.e.**, s.91.

⁷⁹ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.209.

⁸⁰ Nomer, **a.g.e.**, s.94.

⁸¹ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.200.

1. Şekle Aykırılığın Sonuçları

TBK madde 12/f.II uyarınca, kanunda yukarıda belirttiğim kanuni şekil şartlardan biri sözleşme için şekil şartı olarak öngörülmüşse, o şekle aykırı yapılan sözleşmeler geçersiz olacaktır. TBK m.17 uyarınca sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırıldığı halde belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme geçersiz olacak ve tarafları bağlamayacaktır. Sözleşmenin şekle aykırı olmasının yaptırımı, doktrindeki baskın görüşe ve Yargıtay'a göre kesin hükümsüzlüktür⁸². Şekle aykırılık zamanının geçmesiyle veya icazetle ortadan kalkmayacak, herkes tarafından ileri sürülebilecek ve şekle aykırılık kesin hükümsüz olması sebebiyle itiraz niteliği taşıdığından hâkim tarafından resen nazara alınacaktır⁸³. Bunun yanı sıra şekle aykırılığın farklı yaptırımlara tabi olacağını ileri süren görüşler de mevcuttur. Kısaca değinmek gerekirse; kendine özgü geçersizlik görüşü şekle aykırılığın sadece taraflar arasında cereyan edeceği, herkes tarafından ileri sürülemeyecek olup sadece tarafların ileri sürebileceği bir defî olarak nitelendirmektedir⁸⁴. Dolayısıyla hâkimin re'sen dikkate alamayacağını ve bilerek, istenerek yapılan ifaların geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Yokluk görüşü ise; şeklin sözleşmeler için kurucu unsur olduğunu, bu sebeple işlemin yok hükmünde olduğunu savunmaktadır⁸⁵. Bilerek ve istenen yapılan ifayla ise sözleşme kurulmadığından, sözleşmenin geçerlilik kazanamayacağını ve hakkın kötüye kullanılmasının da ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir⁸⁶. Bir diğer görüş ise eksik borç görüşü olup; şekle aykırı işleme dayanılarak alacak veya hak karşı tarafa devredilmişse, hakkın kötüye kullanılması hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu taraf söz konusu hakkı iyiniyetli üçüncü kişiye devretmemişse bu hakların eski malikin aynı hakkı veya alacaklının alacağı olarak kalacağını iddia etmektedir⁸⁷. Son olarak fiili sözleşme görüşüne göre, şekle aykırılık olsa da taraflar arasında fiili bir hukuki işlem var olduğundan TBK m.27/f.2 uyarınca kısmi butlan hükümleri uygulanmalıdır⁸⁸.

⁸² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.157.

⁸³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.157.

⁸⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.157; Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.211.

⁸⁵ Akkurt, **a.g.m.**, s.112.

⁸⁶ **A.g.m.**

⁸⁷ **A.g.m.**, s.113.

⁸⁸ **A.g.m.**

2. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesinde Hakkının Kötüye Kullanılması

Şekil noksanı sebebiyle kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin sınırı hakkın kötüye kullanılması halidir. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanılması ise karşımıza; tarafların sözleşmeden kaynaklanan edimlerini kendi rızalarıyla ifa etmelerinden sonra şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hali ile şekil noksanına hükümsüzlüğü ileri süren tarafın kasten sebep olmuş bulunması durumlarında çıkmaktadır⁸⁹. Sözleşmenin başlıca edimlerinin taraflar tarafından kendi rızalarıyla ifa edilmiş olması halinde şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceğine ilişkin Yargıtay İçtihatı Birleştirme 30.9.1988 T., 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı Genel Kurul Kararı ise şöyledir⁹⁰: “*Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; Bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; Olayın özelliğine göre hakim M. K.nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi.*”⁹¹

Yargıtay 13. H.D.’nin 30.1.1992 Tarih, 1991/8879 E. ve 1992/645 K. sayılı Kararında şekle aykırılık sebebiyle sözleşme ifa edilmiş olmasa dahi bunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği durumlar şöyle izah edilmiştir: “*Bir kimsenin: Şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olduğu, Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duyguları rencide ediyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, aksine, sırf kendi borçlarını yerine getirmekten*

⁸⁹ A.g.m., s.114.

⁹⁰ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:8 Nisan 2020).

⁹¹ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1987-2-k-1988-2-t-30-9-1988>, (Erişim Tarihi:8 Nisan 2020).

kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığı anlaşılıyorsa, Yine taahhütlerini mutlaka ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse, ortak sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması anlamını taşır ve bu savunma yasal korunmadan yoksun kalır.⁹²”

Dolayısıyla şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verdiği, dürüstlük kuralını ihlal ettiği yukarıda izah olunan durumlarda, sözleşme kesin hükümsüz olmayacak ve geçerliymişçesine hükümlerini doğuracaktır.

3. Şekle Aykırılığın Tahvil Yoluyla Giderilmesi

Bir işlem kesin hükümsüz olsa dahi, işleme yakın amaç taşıyan bir başka işlemin tüm geçerlilik şartlarını taşıması halinde ve tarafların geçersiz olan işlem yerine bu işlemin inşa edilmesini kabul etmeleri ile geçersiz olan işlem kendisine yakın amaç taşıyan işleme dönüştürülebilmesine tahvil denmektedir⁹³. Kanunda tahvile ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, TMK m.1/f.1 uyarınca hâkim bu şekilde boşluğu doldurmaktadır⁹⁴. Dolayısıyla şekle aykırılık sebebiyle geçersiz sayılan bir sözleşme, başka sözleşmenin şekil şartını sağlıyor ve tarafların iradeleri yaptıkları sözleşmenin geçersiz olduklarını bilselerdi bu sözleşmeyi yapacakları yönünde ise, geçersiz sözleşme diğer sözleşmenin şekil şartını sağlıyor ise kesin hükümsüz sözleşme, şartları sağlayan sözleşmeye çevrilerek, sözleşme ayakta tutulur⁹⁵. Şekle aykırı sözleşmelerde tahvilin en belirgin örneği ise; noter tarafından düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi geçersiz olduğundan, tarafların farazi iradelerine göre sözleşmenin noterdeki şekil şartını sağlayan taşınmaz satış vaadi olarak tahvil edilmesi ve sözleşmenin hüküm doğurmasının sağlanmasıdır⁹⁶.

⁹² <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi:8 Nisan 2020).

⁹³ Nomer, **a.g.e.**, s.50.

⁹⁴ Nomer, **a.g.e.**, s.50.

⁹⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.159.

⁹⁶ **A.g.e.**, s.157.

E. Muvazaa

1. Muvazaanın Tanımı ve Türleri

“Muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususundaki anlaşmaları olarak tanımlanmaktadır.”⁹⁷ Basit, nitelikli ve kısmi muvazaa olmak üzere muvazaanın üç türü bulunmaktadır. Basit muvazaa; tarafların sözleşmenin hüküm ifade etmeyeceği konusunda anlaşarak, üçüncü kişilere karşı sözleşme yapmış gibi gözükmeleri sonucu oluşmaktadır⁹⁸. Basit muvazaa için tarafların muvazaada anlaşmaları ve görünüşte bir sözleşme yapmaları gerekmektedir. Muvazaa anlaşması, tarafların sadece görünüşte sözleşme yapılması ama bununla bağlı olmayacakları konusunda anlaşmalarını ifade etmektedir⁹⁹. Basit muvazaaya, alacaklılarından mal kaçırmak için eşiyile satış sözleşmesi yapan kocanın yapmış olduğu satış sözleşmesi örnek gösterilebilir. Burada icralık olan kocanın eşyalarını eşine satmak gibi bir amacı olmayıp, alacaklılardan mal kaçırmak için göstermelik bir satış sözleşmesi yaptığı için bu sözleşme muvazaalı olacaktır.

Nitelikli muvazaa ise tarafların görünüşteki sözleşmeden başka, gizli bir sözleşmenin hükümlerinin meydana gelmesi hususundaki anlaşmalarıdır. Nitelikli muvazaa için tarafların, kendi aralarında başka bir işlem yapıp bunu dış dünyaya başka bir işlem gibi göstermek hususunda yani muvazaada anlaşması ve görünürde bir sözleşme yapmalarının dışında bir de gerçek amacı belirten gizli bir sözleşme yapmaları gerekmektedir¹⁰⁰. Bir örnekle açıklayacak olursak; diğer çocuklarını mirastan mahrum bırakmak için babanın hayattayken en sevdiği oğluna mallarını satmış gibi göstermesi oysa bunları ona bağışlaması. Esasında babanın amacı çocuğuna malını bağışlamak iken, mallarını satmış gibi göstererek satış sözleşmesi yaptıklarından, asıl sözleşme bağış sözleşmesi olup bunu gizlemelerinden dolayı burada nitelikli muvazaa söz konusudur.

Son olarak sözleşmenin bazı hükümlerine ilişkin hususlarda muvazaa var ise kısmi muvazaa söz konusu olmaktadır¹⁰¹. Karşımıza en çok

⁹⁷ A.g.e., s.130.

⁹⁸ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.130.

⁹⁹ Cansel/Özel, a.g.e., s.211.

¹⁰⁰ Akkurt, a.g.m., s.112.

¹⁰¹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.130.

çıkan örneği ise; satış sözleşmesinin bedelinin gerçek bedelinden düşük yahut yüksek gösterilmesi halidir. Buna aynı zamanda bedelde muvazaa olarak adlandırılmaktadır.

2. Muvazaanın Sonuçları

Muvazaalı sözleşmenin akıbetini ise muvazaanın türleri doğrultusunda incelemek gerekmektedir. Basit muvazaada asıl irade sözleşme yapmamak doğrultusunda olduğu için TBK m.19 uyarınca tarafların gerçek ve ortak arzuları nazara alınacağından sözleşme kesin hükümsüz olarak kabul edilecek ve hüküm ifade etmeyecektir¹⁰². Yukarıda vermiş olduğum örnekte ise aslında bir satış olmamasına rağmen alacaklılardan mal kaçırma amacıyla satış varmış gibi gösterildiğinden satış sözleşmesi muvazaa sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır.

Nitelikli muvazaada ise görünürdeki sözleşme, tarafların gerçek iradeleri bu yolda olmadığı için geçersiz kabul edilirken, gizli sözleşme açısından tarafların iradesi uyduğu için kural olarak geçerli sayılmaktadır¹⁰³. Ancak gizli sözleşme, kanunen şekle bağlıysa ve görünürdeki sözleşme gizli sözleşmenin şekil şartını sağlamıyor ise kesin hükümsüz olacaktır¹⁰⁴. Gizli işlem için öngörülen şekil şartları yerine getirilmişse, bu sözleşme tarafların iradeleri birbiriyle uyumlu olduğundan geçerli sayılacaktır¹⁰⁵. Vermiş olduğum örneği hatırlayacak olursak, baba evini oğluna bağışlamak istediği halde satış olarak gösterdiklerinde; taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekle tabidir ve tapuda yapılmaktadır. Taşınmaz satım sözleşmesinin resmi şekil şartı, gizli sözleşme olan taşınmaz bağış sözleşmesinin şekil şartını karşılayıp karşılamayacağı dolayısıyla taşınmaz bağış sözleşmesinin geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁶. Azınlık görüşe göre; muvazaalı taşınmaz satım sözleşmesinde uyulan resmi şekil, gizli sözleşme olan bağış için de şekil şartını gerçekleştirdiği için taşınmaz bağış sözleşmesi geçerlidir¹⁰⁷. Doktrindeki hâkim fikre ve Yargıtay'a göre satış sözleşmesindeki şekil, bağışlama sözleşmesi için gerekli şeklin yerine geçmemektedir ve bu nedenle bağış sözleşmesi de

¹⁰² Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.192.

¹⁰³ Akkurt, **a.g.m.**, s.117.

¹⁰⁴ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.192.

¹⁰⁵ **A.g.e.**

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.134.

¹⁰⁷ Akkurt, **a.g.m.**, s.117.

şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüzdür¹⁰⁸. Yargıtay 1.Hukuk Dairesinin 21.1.2013 T., 2012/13587 E., 2013/439 K. sayılı bu yöndeki kararı şöyledir¹⁰⁹: “*Bilindiği gibi; uygulamada ve öğretilde "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Bu durumda, yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunun 706, Borçlar Kanununun 213 ve Tapu Kanununun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler”.*

Kısmi muvazaada ise satım sözleşmesinde bedelin gerçekteki bedelden düşük veya yüksek gösterilmesi halinde örnekimdeki muvazaa üzerinden açıklayacak olursam; sözleşmenin akıbetine ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. Baskın görüş; sözleşme geçerli olduğu sadece gösterilen bedelin geçersiz sayılacağı yönündedir. Gerçek bedelin düşük gösterildiği durumlarda vergi borcunun cezasıyla birlikte tahsil edileceği dolayısıyla Vergi Hukuku açısından bir yaptırımın olduğu ve bu hüküm sebebiyle bedelde muvazaa şeklindeki kısmi muvazaalarda şekle aykırılıktan dolayı gizli sözleşmenin geçersiz sayılmasına kanunun engel olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁰. Satış sözleşmesinde bedel gerçeğe aykırı biçimde önalım hakkı olan kişileri caydırabilmek amacıyla daha yüksek meblağlı gösterilmişse, satış sözleşmesinin tamamen geçersiz sayılacaktır. Diğer görüş ise gerçek bedelin sözleşmede yer almaması dolayısıyla şekle aykırılık nedeniyle sözleşmeyi kesin hükümsüz kabul etmektedir¹¹¹.

¹⁰⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.134.

¹⁰⁹ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2020).

¹¹⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.135.

¹¹¹ Akkurt, **a.g.m.**, s.117.

Muvazaa, kesin hükümsüzlük sebebi olarak kabul edildiği için muvazaayı herkes, her zaman ileri sürebilecektir.

3. Muvazaanın İleri Sürülemeyeceği Durumlar

TBK m.19/f.2 uyarınca “Yazılı borç tanınmasına güvenerek alacağı iktisap eden 3.kişiye karşı borçlu, senedin muvazaalı olduğunu ileri süremez. İradi şekil yeterli olup, kanuni şekil gerekli değildir.” İşbu hüküm sebebiyle taraflar arasında muvazaalı bir sözleşme var ise, sözleşmenin muvazaalı olduğunu bilmeye üçüncü kişi, taraflar arasındaki yazılı sözleşmeye güvenerek alacağı devralırsa, sözleşmenin tarafları muvazaayı ileri süremeyecek ve borcu ödemek durumunda kalacaktır¹¹².

Muvazaanın ileri sürülemeyeceği diğer durumlar ise TMK m.988 ve 1023 hükümlerinin vuku bulduğu durumlardır¹¹³. Şöyle ki: TMK m.988 uyarınca “Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.” TMK m.1023 uyarınca “Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.” Bu hükümler muvazaa durumunda da geçerli olacak ve iyi niyetli ayni hak kazanan üçüncü kişilerin kazanımları korunacak ve muvazaa ileri sürülemeyecektir. Dikkat edilmesi gerekli husus ise ayni hakkın korunduğu yani üçüncü kişinin iktisabının şahsi hak olması durumunda bu kazanımın korunmayacağıdır.

4. Muvazaanın İspatı

Muvazaayı iddia eden ispatla yükümlü olacaktır. Muvazaalı sözleşmenin tarafı ile üçüncü kişilerin muvazaayı ispatındaki aranan şartlar farklıdır. Şöyle ki; tarafların ispatında, muvazaalı işlem adi veya resmi senede bağlanmış ise tanıkla ispat olunamayacaktır. En azından adi yazılı belgeyle ispat edilebilecektir¹¹⁴. Sözlü yapılmış ise her türlü delille, yemin ve tanıkla da ispat edilebilecektir. Oysa üçüncü kişilerin ispatında böyle bir şekil sınırlaması olmayıp görünürdeki işlem adi veya resmi bir senede bağlı olmuş olsa bile her türlü delille, tanık ve yeminle de ispat

¹¹² Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.193.

¹¹³ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.193.

¹¹⁴ Nomer, **a.g.e.**, s.74.

edebileceklerdir¹¹⁵. Bunun yanı sıra YİBK 27.03.1957 T., 1956/12 E., 1957/2 K. sayılı kararı ile birlikte hısımlar arası satış sözleşmesinde nitelikli muvazaanın olduğu fiili karine olarak kabul edilmiştir¹¹⁶. YİBK kararı doğrultusunda verilen Yargıtay HGK 15.12.2010 T., 201/6-572 E., 2010/656 K. sayılı kararı ise şöyledir¹¹⁷: “*Paylı mülkiyet halindeki taşınmazın paydaşı payını karı-kocaya evlada veyahut akrabaya temlik ederse şeklen satış olarak gösterilen bu akdin gerçekte satış olmayıp miras hakkına bağlı veya hibe gibi maksada yönelik işlem olduğu iddia ve ispat edilirse önalım hakkının ileri sürülemeyeceği 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda açıkça belirtilmiştir. Bu yön-deki savunmanın tanık dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Anılan İçtihadı Birleştirme Kararı sözleşmede taraf olan kişinin işlemde muvazaa savunmasında bulunamayacağı kuralının bir istinasıdır.*” Dolayısıyla hısımlar arası bir taşınmaz satış sözleşmesinin aslında satış değil de bağış olduğu şeklindeki nitelikli bir muvazaa halinde tarafların ispatına ilişkin, her türlü delille ispat edilebileceği ve sözleşmenin tarafı olan kişinin muvazaa savunmasında bulunabilmesine ilişkin istisnalar getirmiştir.

F. Kesin Hükümsüzlüğün Sonuçları

Kesin hükümsüz bir sözleşme baştan itibaren geçersiz olacaktır. Kesin hükümsüz bir sözleşme, belli bir sürenin geçmesi yahut kesin hükümsüzlük sebebinin sonradan ortadan kalkması veya batıl sözleşmeden doğan borçların ifa edilmiş olması ya da sonradan verilen bir icazet ile düzelmez¹¹⁸. Sonradan geçerli hale gelemeyecek kesin hükümsüz sözleşmeyle tarafların amaçları, ancak geçerli ve yeni bir sözleşme kurularak elde edebilecektir. Kesin hükümsüzlük halinde ise dava açmaya gerek yoktur¹¹⁹. Açılmış olan bir dava ise tespit davası niteliğinde olacaktır. Geçersizliği taraflar ve yararı olan üçüncü kişiler ileri sürebilecektir. Kesin hükümsüzlük halinin ileri sürülmesi hakkın doğmamış olduğuna

¹¹⁵ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.194.

¹¹⁶ İpek Yücer Aktürk, “Hısımlararası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa,” **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, S.2, Aralık2015, s.44, <https://www.jurix.com.tr/article/5389>, (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2020).

¹¹⁷ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2020).

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.181.

¹¹⁹ Akkurt, **a.g.m.**, s.114.

ilişkin bir itiraz niteliğinde olduğundan, hâkim de re'sen dikkate alacaktır.¹²⁰

Borçlandırıcı sözleşmeler kesin hükümsüz olduğu takdirde; kesin hükümsüzlük alacak hakkının ve fer'i hakların (rehin, kefalet vb.) doğmasına engel olacaktır. Eğer taraflardan biri edimini önceden ifa etmişse, ifa ettiği ediminin iadesini somut olaya göre mülkiyet davası (TMK.m.683 ve m.1025) ya da sebepsiz zenginleşme davasıyla (TBK.m.61 vd.) isteyebilecektir.¹²¹

Kesin hükümsüzlük, herkes tarafından geçersiz sözleşmeye dayanarak hak sahibi olduğunu ileri süren bütün üçüncü kişilere karşı süre ile sınırlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir. Fakat bunun sınırını ise hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlar oluşturmaktadır. Kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa, kesin hükümsüzlüğü ileri süren korunmayacaktır. Hakkın kötüye kullanılmasının olmadığı diğer kesin hükümsüzlük hallerinde ise sözleşme tarafları ve üçüncü kişiler kesin hükümsüz sözleşmeye dayanarak herhangi bir hak elde edemeyeceklerdir.

IV. İptal Edilebilirlik

Sözleşmenin hükümsüzlüğü hallerinden bir diğeri de iptal edilebilirliktir. Belli bir sakatlık sebebiyle iptal hakkına sahip olan kişi tarafından iptal edilebilen sözleşmeler için söz konusu olur. Bu hükümsüzlük çeşidinin en önemli özelliği ise sözleşmenin geçerli hale getirilmesinin de geçersiz olarak bırakılma imkânının da bulunmasıdır. İptal edilebilirlik halleri ise irade bozukluğu halleri ile aşırı yararlanmadır.

A. İrade Bozukluğu Halleri

Kişiyi irade beyanı vermeye yönelten irade; yanıltma (hata), aldatma (hile) ve korkutma (ikrah) durumlarında sağlıklı değildir, sakattır. Dolayısıyla yanıltma, aldatma ve korkutma hallerinde irade bozukluğu gündeme gelmektedir.

¹²⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.180.

¹²¹ Akkurt, **a.g.m.**, s.114.

1. Yanılma (Hata)

Yanılma; irade ile beyan arasında bir uyumsuzluk olmadığı halde, sözleşme yapmaya sevk eden temel amaçta yanılma yani saikte yanılma olarak, iradenin bir araç ile iletilmesi halinde yanlış iletilmesiyle iletmede yanılma şeklinde ve son olarak irade beyanının dışı yansırken zihinden geçen düşünceye uygun olmaması açıklamada yanılma (beyanda hata) olmak üzere üç farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır.

a- Saikte Yanılma (Saik Hatası)

Bir kimse, kendisini sözleşme kurmaya iten temel sebepte, amaçta yanılmışsa söz konusu olur. TBK m.32 uyarınca saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmamakla birlikte, yanılanın yanıldığı hususu, amacı sözleşmenin temeli sayması ve bunun dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmemesi şartıyla, bu durum karşı tarafça bilinebiliyor ise yanılma esaslı sayılır. Yani yanılanın yanıldığı husus sözleşmenin kurulmasının amacıdır ve yanılan gerçek durumu bilseydi sözleşmeyi hiç ya da mevcut şartlarla kurmayacak olmalıdır¹²². Karşı tarafın sözleşmeye kurmaya sebep olan saiki bilmesi yeterli olup yanılanın yanıldığını bilmesi ya da bilecek durumda olması gerekli değildir. İş hayatındaki dürüstlük kurallarının ise yanılan hususun, sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini haklı göstermesi gerekmektedir¹²³.

b-İletmede Yanılma (İletmede Hata)

TBK m. 33 uyarınca “Sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci veya çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması hâli iletmede yanılmadır ve yanılma hükümleri uygulanır.” Önemle belirtmek gerekir ki temsilcinin yanılması iletmede yanılma değil, açıklamada yanılma olarak kabul edilmektedir.

c-Açıklamada Yanılma (Beyanda Hata)

Açıklamada yanılma; konuda, şahısta, şahsın niteliğinde, sözleşmenin niteliğinde ve miktarda yanılma olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu haller TBK m.31’de esaslı yanılma halleri yol gösterici olarak

¹²² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.105.

¹²³ Nomer, **a.g.e.**, s.68.

sayılmıştır, keza yanılma esaslı değilse sözleşme iptal edilemeyecektir¹²⁴. Açıklamada yanılmanın türlerini örnekler üzerinden açıklayacak olursam; internet üzerinden kod girilerek yapılan bir alışverişte, yanlış kod girilmesi sonucu TV yerine  t n n alınması konuda yanılma; kişinin kefalet sözleşmesi yapacağım zannederek, borcu üstlenme sözleşmesi yapması sözleşmenin niteliğinde yanılma; A)'nın (B)'ye yapmak istediğı icabı ( )'ye göndermesi ve ( )'n n kabulü ile sözleşmenin kurulması halinde şahista yanılma;  ocuk bakıcısı evdeki sağılıklı çocuğı bakmak için sözleşme yaptığını zannederken yanılarak zihinsel  z rl  çocuğı bakmak üzere sözleşme akdetmesi ise şahsın niteliğinde yanılma örnekleridir. Son olarak miktarda yanılmada ise dikkat edilmesi gereken husus; miktarın yanılanın gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az olması halinde iptalin g deme gelecek olmasıdır¹²⁵. Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek ve bunların düzeltilmesi ile yetinilecektir.

d-Yanılmanın Sonuçları

TBK m.30 uyarınca esaslı bir yanılmaya düşen taraf sözleşme ile bağılanmaz. Yanılan taraf, yanıldığını öğrenmesinden itibaren 1 yıl içinde sözleşmeyi hükümsüz kılmak üzere iptal beyanında bulunmazsa, bu durum kişinin o sözleşmeye onay verdiğı anlamına gelir ve sözleşme baştan itibaren geçerli olur¹²⁶. Eğer yanılan kendi kusuruyla hataya düşerse ve sözleşmenin karşı tarafı iyi niyetli olsa da sözleşme iptal edilebilir. Fakat karşı taraf kötü niyetli ise yanılma hükümleri uygulanmaz ve sözleşme yanılanın iradesine uygun bir biçimde kurulmuş sayılır. Kişinin yanılmada kusuru var ise karşı taraf iyi niyetli ise, karşı tarafın menfi zararını tazmin eder¹²⁷. Hakim hakkaniyete göre müspet zarara da karar verebilir¹²⁸. Yanılmanın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması durumunu teşkil etmesi halinde ise sözleşme iptal edilemeyecektir¹²⁹. Bu duruma örnek ise; TBK m.34 uyarınca karşı tarafın sözleşmenin yanılan

¹²⁴ Oğuzman/ z, **a.g.e.**, s.94.

¹²⁵ **A.g.e.**, s.97.

¹²⁶ Oğuzman/ z, **a.g.e.**, s.107.

¹²⁷ **A.g.e.**, s.109.

¹²⁸ Cansel/ zel, **a.g.e.**, s.170.

¹²⁹ **A.g.e.**, s.168.

kişinin kastettiği anlamda kurulmasına razı olması halinde sözleşme bu doğrultuda kurulmuş sayılacak ve yanılma ileri sürülemeyecektir.

2. Aldatma(Hile)

Kişinin, karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin aldatması sonucu sa-ikte yanılmaya düşürülmesi halidir¹³⁰. Aldatmadan bahsedilmemiz için aldatma kastının varlığı ve aldatıcı davranış ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir¹³¹. Aldatma ise, taraf aldatması ve üçüncü kişi aldatması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

a-Taraf Aldatması

TBK m. 36 hükmüne göre, “*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.*” Yani sözleşmenin bir tarafı, sözleşme yapma hususunda karşı tarafı aldatarak yanılmaya düşürmüş olmalıdır. Bu yanılmanın esaslı olması gerekmemekle birlikte, esaslı ise aynı zamanda yanılma hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Karşı tarafın aldatması ise aktif veya pasif (susma) şeklinde olabilir¹³².

b-Üçüncü Kişinin Aldatması

Üçüncü Kişinin Aldatmasında sözleşmenin iptali için, sözleşmenin karşı tarafının üçüncü kişinin yaptığı aldatmayı bilmesi yahut bilebilecek durumda olması gerekmektedir¹³³. Belirtmek gerekir ki; karşı tarafın temsilcisi veya yanında çalışanı tarafından aldatılma halinde, üçüncü kişinin aldatması söz konusu olmaz. Taraf aldatması olarak değerlendirilir.

c-Aldatmanın Sonuçları

Aldatmaya maruz kalanın sözleşmeyle bağlı olmaması için, hileyi öğrenmesinden itibaren 1 yıl içinde akdi iptal etmesi gerekmektedir. Bu sürede iptal hakkı kullanılmazsa sözleşme başlangıçtan itibaren geçerli hale gelecektir¹³⁴. Hileyi yapan taraf veya 3. şahıs, sözleşme ister hile sebebiyle iptal edilmiş olsun, ister iptal edilmiş olmasın hileye maruz

¹³⁰ Nomer, **a.g.e.**, s.70.

¹³¹ Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.172.

¹³² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.112.

¹³³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.114.

¹³⁴ **A.g.e.**, s.115.

kalanın bu yüzden uğradığı zararı tazmine mecburdur. “Sözleşmeye icazet vermiş olma tazminat istemekten feragat anlamına gelmez (TBK m.39/2).” Aldatılan kişi sözleşmeyi onar ise müspet zararını isteyebileceğini savunanlarla birlikte, baskın görüş istenemeyeceği yönündedir¹³⁵. Hileyi yapanın kendi hilesinden sorumluluğu culpa in contrahendo, üçüncü şahsın hilesi ise haksız fiil hükümlerine tabidir¹³⁶.

3. Korkutma(İkrah)

Korkutma, bir kimsenin yapmak istemediği bir hukuki işleme, aksi takdirde zarara uğrayacağı tehdidi ile razı olmasına yol açan söylem veya davranıştır¹³⁷. Bir sözleşmenin korkutma sebebiyle iptal edilebilmesi için; iradenin korkutma sonucu sakatlanması gerekmektedir, yani bir ikrah olmasaydı bu irade oluşmayacak olmalıdır. İkrah; ağır, ciddi ve derhal vuku bulacak nitelikte ve sözleşmenin tarafına ya da onun yakınlarının mal ve can güvenliğine yönelik olması gerekmektedir¹³⁸. Ayrıca korkutma, hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmiş olmalıdır. Son olarak, sözleşme tehdidin yarattığı korku sonucu yapılmış olmalı yani korkutma ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı bulunmalıdır¹³⁹. Korkutma sözleşmenin tarafı yada üçüncü kişi tarafından yapılabilir. Bu noktada bir ayrıma dikkat çekmek gerekir ki; üçüncü kişinin yaptığı korkutmada aldatmadan farklı olarak, sözleşmenin karşı tarafı bilmeseydi ve hatta bilmesi gerekmeseydi bile korkutulan taraf sözleşmeyi iptal edebilme imkânına haizdir.¹⁴⁰

Sözleşmenin tarafı korkutan ise sorumluluğu culpa in contrahendo, üçüncü şahsın hilesi ise haksız fiil hükümlerine tabi olacaktır¹⁴¹.

a-Korkutmanın Sonuçları

Korkunun ortadan kalkmasından sonra 1 yıl içinde korkutulan taraf akdi iptal ettirebilir (TBK m.39/f.1). Aksi halde sözleşme geçerli hale gelecektir. Korkutmaya maruz kalan, korkutmayı yapan kişiden

¹³⁵ A.g.e.

¹³⁶ Cansel/Özel, a.g.e., s.173.

¹³⁷ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.115; Nomer, a.g.e., s.72.

¹³⁸ Cansel/Özel, a.g.e., s.175.

¹³⁹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.118.

¹⁴⁰ Cansel/Özel, a.g.e., s.177.

¹⁴¹ Cansel/Özel, a.g.e., s.173.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.119.

korkutma sebebiyle uğradığı menfi zararın tazminini talep edebilir. Korkutulan sözleşmeye icazet vermiş olsa bile bu tazminat istemekten feragat anlamına gelmeyecektir (TBK m.39/f.2). Üçüncü kişinin korkutması sebebiyle korkutulanın sözleşmeyi iptal etmesi durumunda hakkaniyet gerektiriyorsa ve karşı taraf bu üçüncü kişinin korkutmasını bilmiyor ise, korkutulan karşı tarafın sözleşmenin iptal yüzünden uğradığı zararı tazminle yükümlüdür (TBK m.37/2).

4. İrade Bozukluklarının Sonuçları

Yanılma, aldatma ve korkutma hallerinde yukarıda izah edilen şartlar gerçekleştiğinde yanılan, aldatılan ve korkutulan taraf sözleşmeyle bağlı olmayacakken, karşı taraf ise sözleşmeyle bağlıdır. Bozucu yenilik doğuran bir hak olan iptal hakkı, hak sahibi tarafından karşı tarafa yöneltilcek tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır ve bu beyanın karşı tarafa ulaşması ile sözleşme iptal edilmiş olur¹⁴². İptal beyanı şekle bağlı değildir. Dava açma zorunluluğu iptal hakkının kullanılması için şart değildir¹⁴³. İrade bozukluğu halleri def'i niteliğinde olup hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz. Fakat iptal hakkının 1 yıllık sürenin hak düşürücü olması sebebiyle, hâkim iptal hakkının süresinde kullanılıp kullanılmadığını re'sen nazara alacaktır. ¹⁴⁴İptalle birlikte tarafların ifa yükümlülükleri sona erecektir. İptal hakkının kullanılmasından önce ifa edilmiş edimler ise somut olaya göre istihkak veya sebepsiz zenginleşme davasıyla geri alınacaktır. Sözleşmenin iptali kural olarak geriye etkili olmakla birlikte sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, iptalin geçmişe etkili olması işin niteliğine uygun görülmediğinden, genellikle dürüstlük kuralından yararlanılarak burada, hükümsüzlüğün iptal anına kadar ki edimleri etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu tür borç ilişkilerinde iptalin sözleşmeye etkisi ileriye dönük olur ve baştan iptale kadar verilenler geçerli olur. Örneğin; kira sözleşmesinin geçersiz olduğu anlaşıncaya, bu tarihe kadar ödenen kiralar geri verilmez.

¹⁴² Cansel/Özel, **a.g.e.**, s.179.

¹⁴³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.121.

¹⁴⁴ Bkz: Sürenin niteliği ve başlangıç noktası hakkında; YHGK, 13.12.2018, E. 2018/889, K. 2018/1939, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim Tarihi: 1 Nisan 2020).

B. Aşırı Yararlanma(Gabin)

Aşırı yararlanma, bir sözleşmede bir tarafın edimi ile diğer tarafın edimi arasında açık bir orantısızlık bulunmasıdır. Aşırı yararlanma, ancak karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde söz konusu olur. Aşırı yararlanmanın unsurları objektif ve sübjektif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif unsur; edimler arası açık oransızlığı ifade ederken, bu oransızlığın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerekmektedir. Sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen değer farklılıkları oransızlık olarak nitelendirilemeyecektir. Oransızlığın tespiti ise somut olayın şartları ve edimin piyasadaki emsal fiyatına göre hâkim tarafından takdir edilecektir. Zarar görenin zor durumda kalması, düşüncesizliği yahut deneyimsizliği ise zarar gören açısından sübjektif unsur niteliğindedir. Zor durumda kalmak, iktisadi sebeplerden ileri gelebileceği gibi psikolojik kaynaklı da olabilirken; düşüncesizlik ise düşünmeden karar vermeyi ifade eder; deneyimsizlik ise söz konusu sözleşmeyi yapmak için gerekli özel bilgiye sahip olmamaktır. Sözleşmede yararlanan tarafın, karşı tarafın zayıflığından faydalanma kastının bulunması ve bu durumlardan yararlanması ile sözleşmenin kurulmuş olması gerekmektedir.

a) Aşırı Yararlanmanın Sonuçları (Gabinin Sonuçları)

TBK m. 28 hükmü uyarınca zarar görenin, durumun özelliğine göre sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Bunun yanı sıra zarar gören sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de isteyebilme imkânına sahiptir. Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilmektedir. Bu süreler hak düşürücü nitelikte olduğundan, sürelerle riayet edilerek sözleşme iptal edilmediğinde sözleşme geçerli olmaya devam edecektir. Hâkim ise hak düşürücü süreleri re'sen nazara alabilecekse de gabinin varlığını re'sen dikkate alamayacaktır. Bu sebeple aşırı yararlanmaya mazur kalan tarafın bunu ileri sürmesi gerekmektedir.

C. İptal Edilebilirliğin Sonuçları

İptal edilebilirlik hallerinin yani irade bozuklukları ve gabinin şartlarının sözleşme için mevcut olması durumunda iptal hakkının

kullanılmasıyla birlikte sözleşmenin akıbetine ilişkin olarak iki farklı görüş mevcuttur. Bu görüşlerden ilki ise düzelebilir hükümsüzlük görüşüdür. Bu görüşe göre iptal hakkı sahibi sözleşme ile sözleşmenin kurulmasından itibaren bağlı değildir ve sözleşme baştan beri hükümsüzdür. Fakat kanunda öngörülen süre içinde iptal sahibi bu hakkını kullanmazsa veya süre bitmeden sözleşmeye icazet verirse, sözleşme geçerli hale gelmektedir. Diğer görüş ise bozulabilir geçerlilik olup; sözleşmenin kurulmasından itibaren hüküm doğurduğunu, fakat iptal hakkı sahibinin bu hakkını kullanarak, sözleşmeyi baştan itibaren kesin olarak hükümsüzleştirebildiğini savunur. İptal hakkı süresi içinde kullanılmalıdır, aksi halde iptal hakkı düşecek ve sözleşmenin iptali imkânı kalmayacaktır. İrade bozuklukları hallerinde; yani yanıltma, aldatma ve korkutma sebebiyle iradenin sakatlanmış olması halinde düzelebilir hükümsüzlük söz konusu olduğu çoğunluk görüşüne kabul edilmektedir. Aşırı yararlanmada ise TBK m.28 hükmünün lafzı sebebiyle bozulabilir geçerlilik söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. İptal edilebilirlik hallerinden olan irade bozuklukları ile aşırı yararlanma halinin ortak özelliği de ister düzelebilir hükümsüzlük görüşü isterse bozulabilir geçerlilik görüşü savunulsun, sözleşmenin bu nedenlerle geçerli yahut geçersiz kılınabiliyor olmasıdır. İptal hakkının kullanılmasının ise hak düşürücü sürelerle kısıtlanmış olması bir diğer ortak özelliktir. İptal hakkı, karşı tarafa yöneltilen tek taraflı bir beyanla kullanılabilmekte olduğundan bunun için dava açılmasına gerek yoktur. Fakat açılmış bir davada iptal edilebilirlik halinin tespiti istenebilir. İrade bozukluklarının ve gabinin sonuçları yukarıda ayrıntılı anlatılmış olması sebebiyle üzerinde tekrardan durulmayacaktır.

V. Noksanlık

Kurucu unsurları bulunduğu için kurulmuş olan bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi için bir veya birkaç unsur eksik ise, tamamlanması gerekiyorsa, sözleşme tamamlanmamış durumda olduğundan noksanlık söz konusu olacaktır. Noksanlık bulunan hallerde; sözleşme eksikliğinin tamamlanması yahut kesin olarak tamamlanamayacağı anlaşılan kadar askıda hükümsüzdür. Başka bir ifadeyle sözleşmenin hüküm doğurması askıdadır. Ya tamamlayıcı unsurlar gerçekleşecek ve sözleşme hüküm ifade edecektir ya da tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceği kesin olarak belli olacak ve sözleşme kesin olarak hükümsüzleşecektir.

Sözleşmeye icazet verildiği takdirde sözleşme geçerli olacak, verilmez ise baştan itibaren geçersiz olacaktır. Sınırlı ehliyetsiz küçük veya kısıtlının yaptığı bir sözleşmeye kanuni temsilcisinin sonradan onay vermesi ile işlem başlangıçtan itibaren geçerli hale gelecektir. Bir diğer örnek ise yetkisiz temsilcinin akdettiği sözleşmeye onay verilene kadar sözleşmenin askıda hükümsüz olup, icazetle birlikte geçerli hale gelmesi, onaylanmadığı takdirde ise geçersiz olması durumudur. Yetkisiz temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişinin zararını tazmin etme zorunluluğu ise saklıdır. Noksanlık halinde dikkat edilmesi gereken nokta ise, sınırlı ehliyetsize yahut yetkisiz temsilci ile sözleşme akdeden karşı tarafın sözleşmeye icazet verilinceye kadar sözleşmeyle bağlı olduğunun kabul edilmesidir.

VI. Kısmi Hükümsüzlük

Sözleşmenin tümünün değil, bazı hükümlerinin geçerlilik unsurlarının eksik olması halinde gündeme gelen hükümsüzlük çeşididir. Kısmi hükümsüzlük, sözleşmedeki sakatlığın sadece sözleşmenin bir kısmını etkilediği ve diğer kısmı geçerli tutmanın, tarafların farazi arzusuna uygun düştüğü hallerde söz konusu olabilmektedir. Kısmi hükümsüzlük için aranan objektif ve sübjektif şartlar mevcut olması gerekmektedir. Kısmi hükümsüzlüğün objektif şartları ise şöyledir: Öncelikle sözleşmenin geçerli şekilde kurulmuş borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra sözleşme bölünebilir olmalıdır. Ve son olarak geçersizliğin sözleşmenin içeriğinin bir kısmına ilişkin olması şarttır. Sübjektif şart ise; tarafların farazi iradelerinden sakat kısım olması sözleşmenin yapılmayacağının anlaşılması gerekmektedir.

a) Kısmi Hükümsüzlüğün Sonuçları

Bir sözleşmedeki sakatlık sözleşmenin belirli bir kısmına ilişkinse ve tarafların bu hükümsüzlüğü bilselerdi de sözleşmeyi yapacak olmaları halinde, sözleşme kalan hükümleriyle geçerli olur. Yani kısmi hükümsüzlükte kural, sözleşmenin ayakta tutulmasıdır. Batıl olan söz konusu hükümler sözleşmeye yazılmamış kabul edilecektir. Batıl olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur. (TBK m.27/f.2) Örnek vermek gerekirse; sözleşmenin bazı hükümlerinin ahlaka aykırılık teşkil etmesi halinde, aykırı hükümler kesin hükümsüz olacak ve sözleşme geçerli sayılacaktır. Fakat bu ahlaka aykırı sözleşme hükmü olmaksızın tarafların sözleşmeyi

yapmayacağı anlaşılırsa sözleşme bütünüyle kesin hükümsüz olacaktır. Bir diğer kısmi hükümsüzlük örneği ise; tarafların kararlaştırılan edim için -faiz gibi- kanun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınır aşılmışsa, sözleşmenin geçersiz olmayıp, sadece sınırı aşan madde hükmünün yok sayılarak, sözleşmenin en yüksek sınır üzerinde yapılmış sayılması halidir.

KAYNAKÇA

Oğuzman, Kemal/ z, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

Nomer, Haluk: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 13.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

Sağır, Alihan: “Borçlunun Bildiğı Baştaki İmkânsızlığa Bağlanan Butlan Yaptırımının Culpa In Contrahendo ile Daraltılması,” **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S.1, Haziran 2018, s. 225-242, <https://www.jurix.com.tr/article/14784>.

Akkurt, Sinan S.: “Hukuki İşlemlerde Geçersizlik Olgusuna Genel Bir Bakış,” **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, Haziran 2014, s.99-131, <https://www.jurix.com.tr/article/4109>.

Aktürk, Y. İpek: “Hısımlararası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa,” **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, S.2, Aralık2015, s.37-51, <https://www.jurix.com.tr/article/5389>.

Cansel, Erol/  zel, Çağlar: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 2.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, <https://www.turcademy.com/tr>.

**KEFALET SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA
TEMİNAT OLUŞTURMASI AMACIYLA
TESİS EDİLEN İPOTEK BORÇLUNUN
DİĞER BORÇLARI AÇISINDAN DA
TEMİNAT FONKSİYONUNU
SÜRDÜRÜR MÜ?
BU İPOTEĞİN KALDIRILMAMASI
MÜLKİYET HAKKININ
İHLALİ KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ?**

(ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU,
K.T. 14/09/2021, B.N. 2018/25663, R.G. 31695)

Av. İsmail KARADANA

I. UYUŞMAZLIK KONUSU

Cahide DEMİR, 1948 doğumlu olup Çanakkale'de ikamet etmektedir. Başvurucu, Çanakkale ili Çan ilçesi Karşıyaka Mahallesi'nde kâin 16 pafta 312 ada 349 parsel numaralı taşınmazda bulunan 5 No.lu bağımsız bölümün malikidir.

Cahide DEMİR'in damadı E.K. 12/8/2008 tarihinde X Bank (Banka) Çan Şubesinden 36 ay vadeli ev kredisi kullanmıştır. E.K.'nın kullandığı ev kredisinin teminatı olarak başvurucunun taşınmazı üzerinde Banka lehine ipotek tesis edilmiştir. İpotek senedinin ilk sayfasında *"... taşınmazın ... Cahide DEMİR adına iken bu kere malik bizzat müraacaatla işbu taşınmazın tamamını [E.K.'nın X Bank A.Ş.'den] kullanmış olduğu ve kullanacağı bilcümle krediler nedeniyle doğmuş olan bütün borçlarının teminatını teşkil etmek üzere 120.000, 00 YTL... 1. derece 1.sırada % 68 faizli ve fekki bankaca bildirilinceye kadar.... ipotek tesis edilmesini talep etti."* açıklaması yer almaktadır. İpotek senedinin ikinci sayfasında yer alan 1. maddede ise "[E.K.'nın]... kredilerinden doğmuş veya doğacak her türlü asalet ve kefalet kredi borçları... ile sair bankacılık ve borç işlemlerinden dolayı doğmuş ve doğacak asalet ve kefalet borçlarının ayrıca herhangi bir şekilde bankaya karşı doğmuş ve doğacak ipotek verenin asalet borçlarının teminatı olarak...gayrimenkulü... ipotek vermeyi kabul ettiği" ibaresi bulunmaktadır.

Borçlu E.K. kredinin son taksitini 12/8/2011 tarihinde ödeyerek kredi borcunu kapatmıştır. Bununla birlikte E.K.'nın Ö. Anonim Şirketiyle ticari ilişkisi kapsamında anılan firma adına düzenlediği 23/7/2014 keşide tarihli, 41.712 TL tutarlı ve 16/10/2014 keşide tarihli, 40.000 TL tutarlı iki çek Bankaya ciro ve teslim edilmiştir. Banka bu iki çekin tahsili için E.K. aleyhine icra takibi başlatmış ve takip kesinleşmiştir.

Cahide DEMİR, E.K.'nın ev kredisi borcunun tamamen ifa edilmesinden sonra ipoteğin kaldırılmasını Bankadan talep etmiştir. Talebinin reddedilmesi üzerine başvuru bu sefer de 27/6/2014 tarihinde Bankaya ihtarname çekerek ipoteğin derhâl kaldırılmasını, aksi takdirde hukuki yollara başvurulacağını bildirmiştir. Banka, 27/6/2014 tarihli ihtarname ile başvurucuya E.K.'nın kullanmış olduğu ev kredisi borcundan ayrı olarak Ö. Anonim Şirketiyle ticari ilişki kapsamında anılan Şirket lehine düzenlediği çeklerden ötürü Bankaya borçlarının bulunduğunu ve söz konusu borçlara ilişkin olarak icra takibi başlatıldığını belirterek anılan borçların da ipotek kapsamında olması nedeniyle ipoteğin kaldırılmayacağını bildirmiştir.

II. YARGI AŞAMASINDA VERİLEN KARARLAR

1. Çan Asliye Hukuk Mahkemesi

Davacı Cahide DEMİR, 14/11/2014 tarihinde ipoteğin kaldırılması amacıyla Çan Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Dava dilekçesinde, ipoteğin tesis edilme sebebi olan ev kredisi borcu kapatıldığı hâlde ipoteğin kaldırılmamasının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Dilekçede 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre bir yıllık süresi içinde yenilenmeyen ipoteğin düştüğü ifade edilmiştir. Dilekçede ayrıca 11/01/2011 tarihli ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu uyarınca kredi sözleşmesinde kefalet miktarının el yazısıyla yazılması gerektiğinden el yazısıyla yazılmayan önceki kredi sözleşmesine dayanılmasının kamu düzenine aykırı olduğu vurgulanmıştır.

Davalı Bankanın cevap dilekçesinde, ipotek sözleşmesinde E.K.'nın doğmuş ve doğacak tüm borçlarının 120.000 TL'ye kadarının ipotek kapsamında olduğu belirtilmiştir. Üst sınır ipoteğinin tek bir borç için teminat teşkil etmediğinin savunulduğu cevap dilekçesinde, Bankaya ciro edilen çeklerdeki borcun da ipotek kapsamında olduğu ve bu borcun ödenmemiş olması nedeniyle ipotek fekkinin istenemeyeceği ifade edilmiştir.

Mahkeme, bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. 22/04/2016 tarihli bilirkişi raporunda, Bankanın ciro ile temellük ettiği alacağın ipotek kapsamında kabul edilmesinin hukuka ve ipotek tablosundaki hükümlere aykırı olduğu görüşü açıklanmıştır. Bilirkişiye göre üst sınır, ipoteği Bankadan kullanılan her tür kredi (nakit, teminat mektubu, kredi kartı, kredili

mevduat vs.) ile kefaleti kapsamakta temellük edilen alacaklar için teminat teşkil etmemektedir.

Mahkeme 29/12/2016 tarihinde bilirkişi raporundaki görüş doğrultusunda ipoteğin kaldırılmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; ipoteğin E.K.'nın Bankaya olan borçlarını kapsadığı, başka kişilere olan ancak Banka tarafından temellük edilen borçları kapsamadığı belirtilmiştir. Kararda E.K.'nın Ö Anonim Şirketi lehine keşide ettiği çeklerin kredi sözleşmesiyle bağlantısının bulunmadığı ifade edilmiştir. Kararda son olarak Yargıtay içtihadına göre ipotek sorumluluğunun Bankadan kullanılan her türlü kredi ile bu kredi için yapılan kefaleti kapsadığı vurgulanmış, bu nedenle somut olayda ciro yoluyla teslim alınan çeklerdeki borcu kapsamadığı açıklanmıştır.

2. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi

Banka yerel mahkemenin kararına karşı istinaf yoluna müracaat etmiştir. Dilekçede, ipotek resmî senedinde doğmuş ve doğacak tüm borçlarının teminatını teşkil etmek üzere ipoteğin tesis edildiği hususu hatırlatılarak E.K.'nın çeklerden dolayı Bankaya borcunun bulunması nedeniyle ipoteğin kaldırılmaması gerektiği savunulmuştur.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 09/05/2017 tarihinde mahkeme kararını kaldırarak davayı reddetmiştir. Kararda, davalı Banka lehine tesis edilen ipoteğin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 851. maddesi uyarınca üst sınır ipoteği olduğu ve üst sınır ipoteğinde ipoteğin kaldırılabilmesi için teminat altına aldığı herhangi bir alacağın bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Başvurucunun E.K. lehine tesis etmiş olduğu ipoteğin teminat altına aldığı alacağın E.K.'nın Bankadan kullandığı 12/08/2008 tarihli krediden ibaret olmadığı, kredi sözleşmesi dışında borçlunun Bankaya sair bankacılık ve borç işlemlerinden dolayı doğmuş ve doğacak asalet ve kefalet borçlarının teminatını teşkil etmek üzere de verildiği ifade edilmiştir. E.K.'nın keşidecisi olduğu çeklerden dolayı Bankaya ödemesi gereken borçlarının olduğunun ve bu borçlara yönelik olarak icra takibi başlatıldığının vurgulandığı kararda, dava konusu ipoteğin bu alacağın da teminatını teşkil ettiğine ve E.K.'nın Bankaya olan tüm borçları kapatılmadan ipoteğin terkinin olanaksız olduğuna hükmedilmiştir.

3. Yargıtay

Davacı, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz dilekçesinde ipotek senedinin birinci ve ikinci sayfalarında ipoteğin kapsamına ilişkin çelişki bulunduğu dikkat çekilmiştir. Ayrıca ipotek senedinin ilk sayfasında ipoteğin sadece E.K.'nın kullandığı veya kullanacağı kredilerden doğan borçları kapsadığının yazıldığı altı çizilmiştir. Başvurucuya göre ipotek senedinin ikinci sayfasındaki hükmünden bile ipoteğin E.K.'nın sadece Bankaya olan borçlarını kapsadığı anlaşılmaktadır. Başvurucu, E.K.'nın üçüncü kişilere olan borçlarının ipotek kapsamında kabul edilmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 14/03/2018 tarihli kararıyla temyiz istemi reddedilerek Bölge Adliye Mahkemesinin kararı onanmıştır. Nihai karar davacıya 10/07/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir.

4. Anayasa Mahkemesi

Davacı 09/08/2018 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Başvurucu, başvuru dilekçesinde;

i. İpotek tesis edilirken borçlunun sadece Bankaya olan borçlarının dikkate alındığını, üçüncü kişilere olan borçlarının da ipotek kapsamına alınması niyetinin bulunmadığını belirtmiştir. Banka tarafından hazırlanan maktu sözleşme metninin içeriğinin bilinme ihtimali söz konusu olmadığı gibi Bankaca kredi sözleşmesine yönelik aydınlatıcı bilgi de verilmediğini ifade etmiştir. Yaş itibarıyla ipotek sözleşmesinde yer alan hukuki kavramlara vâkıf olmasının mümkün olmadığını vurgulamıştır. E.K.'nın üçüncü kişilere olan borçlarının da bu kapsamda olduğunu bilebilmesinin mümkün olmadığını, bu bağlamda Bankanın iradesi ile kendi iradesi arasında uyumsuzluk bulunduğunu iddia etmiştir.

ii. Bankanın tek taraflı hazırladığı sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Derece mahkemelerinin güçlü konumda bulunan Banka lehine yorum yapmalarının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur.

iii. İpoteğin -alacağa bağlı olması ilkesi gereğince- alacak sona erince kendiliğinden hükümsüz hâle geldiğini belirtmiştir. Yargıtay kararının gerekçesiz olmasından yakınmıştır. E.K.'nın üçüncü kişilerle

yaptığı ancak haberinin dahi olmadığı ticari ilişkilerden doğan borçtan sorumlu tutulmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir.

iv. İpotek senedinin başlangıcında "[E.K.'nın X Bank A.Ş.'den] *kullanılmış olduğu ve kullanacağı biçimle krediler nedeniyle doğmuş olan bütün borçlarının teminatını teşkil etmek üzere*" açıklaması yer aldığı hâlde senedin devamındaki belirsiz birtakım kavramlardan hareketle sorumluluğunun genişletilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın yorumunun Bankaya geniş bir keyfiyet verdiği için dürüstlük kuralına aykırı olduğunu vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi, yapılan başvurunun mülkiyet hakkının ihlali yönünden kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Esasa ilişkin kararı ise şu şekildedir;

"Olayda başvuru, taşınmaz üzerinde E.K.'nın borcunun teminatı olarak Banka lehine tesis edilen ipoteğin borç kapandığı hâlde kaldırılmaması nedeniyle dava açmıştır. İpotek, bir borcun ödenmemesi hâlinde teminat olarak gösterilen taşınmazın satılarak borcun satıştan elde edilen bedelden ödenmesine rıza gösterilmesi yükümlülüğünü doğuran bir hukuki işlemdir. Taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesi kendi başına mülkü kaybettirici bir işlem olmasa da taşınmazın mülkiyetinin kaybedilmesi riskini içinde barındırmaktadır. Öte yandan bir taşınmazın üzerinde ipotek tesis edilmesi taşınmazın değerini belli ölçüde etkilediği gibi malikin taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunma imkânını da sınırlandırmaktadır. Bu sebeple ipotek tesisi malike kayda değer şekilde külfet yükleyen bir mülkiyet kısıtlamasıdır.

İpotek tesisi diğer yönüyle malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan bir tasarruf yetkisidir. Mülkiyet hakkı malikin taşınmazının üzerinde -kural olarak- dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisini güvence altına alır. Bu bağlamda malikin taşınmazını ipoteğe konu etme yetkisinin sınırlandırılması onun mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin kısıtlanması anlamına gelir. Asıl olan malikin mülkü üzerinde tasarrufta bulunabilme ve taşınmazını ipoteğe konu edebilme serbestisine sahip olmasıdır. Malikin kendi rızasıyla taşınmazını ipotek altına alma serbestisi kural olarak kısıtlanamaz. Buna bağlı olarak bireyin kendi rızasıyla yükümlendiği edimlerin sonuçlarına katlanması kişisel sorumluluğun bir gereğidir.

Diğer taraftan özel borç ilişkilerindeki edimler kural olarak eşit konumda bulunan tarafların serbest iradeleriyle belirlenir. Sözleşmedeki edimlerin belirlenmesinde mutlak anlamda bir eşitlik ve adalet fikrinden hareket edilmiş olması gerekmez. Özerk bir varlık olarak birey kendi çıkarının ne olduğunu ve ne tür bir edimin kendi menfaatine sonuç doğuracağını en iyi bilebilecek konumdadır. Buna bağlı olarak bireyin yaptığı sözleşmenin hukuksal sonuçlarına katlanma sorumluluğu ve mecburiyeti bulunmaktadır. Bireylerin özgür iradeleriyle akdettikleri sözleşmelerin onlara yüklediği edimler arasında dengesizlik bulunması da söz konusu olabilir. Ancak özerk bireyin serbest iradesiyle yükümlendiği edimin taraflardan birine ölçüsüz bir külfet yüklemiş olması ve edimler arasında dengesizlik bulunması kural olarak devletin müdahalesini gerektirmemektedir. Kamu müdahalesi ancak tarafların iradeleri arasında uyumsuzluk bulunması ya da hata, hile, zorlama gibi bireyin iradesini sakatlayan hâllerin varlığı veya sözleşmenin kamu düzenine, hukuka ve ahlaka açıkça aykırı hükümler içermesi şeklinde istisnai durumların varlığı koşuluyla haklı görülebilir. Bu gibi müstesna hâller haricinde kamunun özel hukuk sözleşmeleriyle yüklenen edimlere -adalet düşüncesiyle bile olsa- müdahale etmesi, özerk bireyin devletin vesayeti altına sokulması anlamına gelir ki bu durum özgürlükçü demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Devletin özel borç ilişkilerindeki rolü üstün buyurma gücüne dayanarak sözleşmelerin ifasını sağlamaktan ibarettir. Dolayısıyla sözleşmeyle tayin edilen edimin dengesiz olduğu gerekçesi tek başına yargı organlarının o sözleşmenin hükümlerini ihmal ederek karar vermesini gerektirmez (Mustafa Karaca, B. No: 2014/11657, 22/6/2017, § 54).

Tarafların ipotek sözleşmesi akdetme yetkilerinin sınırlandırılması mülk üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması anlamına geldiğinden devletin müdahalesinin sınırlı tutulması ve kural olarak erişilebilirlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini temin eden hukuksal çerçeveyi belirlemekten ibaret olması gerekir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin inceleyeceği öncelikli mesele ipotek konusunun erişilebilir, belirli ve öngörülebilir bir hukuksal çerçevesinin bulunup bulunmadığıdır. İpotek tesis edilmesinin hüküm ve sonuçları 4721 sayılı Kanun'un 881. ve devamı maddelerinde detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Başvurucunun bu hukuksal çerçevenin yetersizliğiyle ilgili bir şikâyeti bulunmaktadır. Başvurucunun şikâyeti ipotekle güvence

altına alınan borcun kapsamının öngörülemez biçimde genişletildiğidir. Diğer bir ifadeyle başvuru, tarafların iradesi arasında uyumsuzluk bulunduğu ileri sürmektedir. Başvuru, ipoteğin E.K. 'nın sadece Bankaya olan borcunu kapsadığını, üçüncü kişilere olan ancak Banka tarafından temellük edilen borçlarını kapsamadığını belirtmekte; Bölge Adliye Mahkemesinin ipoteğin kapsamını Banka tarafından ciro yoluyla temellük edilen borca sirayet ettirmesinin öngörülebilir olmadığını savunmaktadır.

4721 sayılı Kanun'un 851. maddesinin birinci fıkrasında taşınmaz rehininin, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabileceği kurala bağlanmış ve alacağın miktarının belli olmaması hâlinde alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınırın taraflarca belirtileceği ifade edilmiştir. Bu suretle ipoteğin spesifik bir alacakla sınırlı tutulması şart koşulmamış, -üst sınır getirilmek kaydıyla- birden fazla alacak için ipotek işleminin tesis edilebilmesine imkân getirilmiştir. Yine 4721 sayılı Kanun'un 881. maddesinde mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacağın da ipotekle güvence altına alınabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla henüz doğmamış alacaklar için de ipotek işlemi tesis edilebileceği anlaşılmıştır.

Somut olaydaki ipotek senedine bakıldığında senedin ilk sayfasında E.K. 'nın kullanmış olduğu veya kullanacağı kredilerden doğan borçların ipotek kapsamında olduğu belirtildiği hâlde ikinci sayfasında ipoteğin E.K. 'nın kullandığı kredilerin yanında sair bankacılık ve borç işlemlerinden doğan borçlar ile herhangi bir şekilde Bankaya karşı doğmuş borçları da içerdiği belirtilmiştir. Bu manada ipoteğin kapsamına ilişkin olarak ipotek senedinde çelişkili hükümlerin yer aldığı gözlemlenmektedir. Bununla birlikte Bölge Adliye Mahkemesinin ipotek senedinin ikinci sayfasındaki hükmü gözeterek karar verdiği anlaşılmıştır. Başvuru bu hususun tarafların iradeleri arasındaki uyumsuzluğun işareti olduğunu temyizde de ileri sürdüğü hâlde Yargıtay'ın buna yönelik olarak herhangi bir değerlendirme yapmadığı görülmektedir.

İpotek senedinin hükümleri arasındaki bu farklılığın ipotek anlaşmasının kapsamını ve dolayısıyla uyumsuzluğun esasını etkileyecek nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Zira ipotek senedinin ilk sayfasındaki hükümde ipoteğin sadece E.K. 'nın kullandığı kredilerden doğan

borçlara münhasır kılındığı açıktır. Buna karşılık senedin ikinci sayfasındaki hükmün kapsamı ilkinde nazaran biraz daha geniştir. Temyiz merciinin alt derece mahkemesi kararlarındaki gerekçelere atıfla karar vermesi yeterli görülebilir ise de somut olayda Bölge Adliye Mahkemesi kararında çelişki iddiası konusunda bir değerlendirme bulunmadığından Yargıtay'ın başvurucunun bu iddiasına açık bir cevap vermesi beklenir. Yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında yargı mercilerinin sözleşme hükümleri arasında çelişki bulunduğu, dolayısıyla sözleşmenin taraflarının iradeleri arasında uyumsuzluk mevcut olduğu iddiasını karşılama yükümlülüklerini ifa edemedikleri anlaşılmıştır.

Öte yandan ipotek senedinin ikinci sayfasındaki hükümden bile ipoteğin E.K.'nın üçüncü kişilere olan borçlarını da kapsadığı anlamının çıkarılması güçtür. Senedin ikinci sayfasındaki hükümde borcun kapsamı biraz daha genişletilmiş olsa bile E.K.'nın sair bankacılık ve borç işlemleri ile herhangi bir şekilde Bankaya olan borçlarından söz edilmektedir. Bu hükümlerin lafzından E.K.'nın üçüncü kişilere olan ancak Banka tarafından temellük edilen borçlarının da ipotek kapsamında değerlendirileceği kolaylıkla anlaşılamamaktadır. Başvurucunun bir tacir olmadığı gözetildiğinde ipotek senedinin bu hükmünden E.K.'nın üçüncü kişilerle olan ticari ilişkileri çerçevesinde doğan fakat Banka tarafından temellük edilen borçların da ipoteğin kapsamına dâhil olduğunu makul olarak öngörebileceği ifade edilemez.

Devletin mülkiyet hakkından doğan yükümlülüğü sadece hukuksal çerçeve oluşturmaktan ibaret olmayıp aynı zamanda ipotekten kaynaklanan uyumsuzlukları bu hukuksal çerçeveye uygun olarak ve öngörülebilirlik ilkesi ışığında uygulama sorumluluğu da bulunmaktadır. Somut olayda ise Bölge Adliye Mahkemesinin yorumu nedeniyle başvuru makul olarak öngöremeyeceği ağır bir külfetle karşılaşmıştır. Bu yorum başvurucunun E.K.'nın Banka dışındaki üçüncü kişilere olan ve ipoteğin tesis edildiği 12/8/2008 tarihinden önce doğmuş ya da bu tarihten sonra doğacak olan her türlü borcunu üstlenme riskine yol açmıştır. Gerçekten Bankanın E.K.'nın üçüncü kişilerin alacağını temellük etmesinin önünde bir engel bulunmadığına göre başvurucunun E.K.'nın herhangi bir kişiye olan borcundan dolayı Bankaya karşı sorumlu hâle gelmesi ve evinin satışını önlemek için bu borcu üstlenmesi uzak bir ihtimal olmayacaktır. Nitekim Banka E.K.'nın ticari faaliyeti kapsamında Ö. Anonim Şirketi lehine düzenlediği ve toplam tutarları 81.712 TL olan 23/7/2014

ve 16/10/2014 keşide tarihli iki adet çek içeriğindeki alacağı ciro yoluyla temellük etmiştir. Bankanın E.K.'nın başka kişilere olan borcunu da temellük etmesine hukuki bir engel bulunmadığı gözetildiğinde Bölge Adliye Mahkemesinin yorumunun başvuru açısından ciddi bir belirsizliğe ve öngörülemezliğe yol açtığı açıktır.

Bu yorumun E.K.'nın üçüncü kişilere olan borcunu temellük etme konusunda Banka lehine ticari bir avantaj sağladığı da izahtan varestedir. İpotekle teminat altına alınmış bir alacağın temellük edilmesi Banka yönünden daha risksiz olacağından borçlusunun E.K. olduğu alacakların temellük edilmesi Banka yönünden ticari bakımdan tercih edilebilir olacaktır. Bu durum başvuru menfaati ile ipotek alacaklısı olan Bankanın menfaati arasında kurulması gereken adil dengeyi başvuru aleyhine bozmaktadır.

Sonuç olarak ipoteğin kapsamı konusunda tarafların iradeleri arasında uyumun bulunup bulunmadığının kesinliğe kavuşturulmasının, ipotek kapsamında kalan borcun başvuru tarafından makul olarak öngörülemeyecek derecede genişletilmesinin ve bu suretle başvurusunun ölçüsüz bir külfete maruz bırakılmasının ipotek alacaklısı ile ipotek borçlusunun menfaatleri arasında ciddi bir dengesizliğe yol açtığı, bu nedenle devletin Anayasa'nın 35. maddesinin öngördüğü pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

III. HUKUKİ PROBLEM

Uygulamada bankaların kullandırmış oldukları kredi kapsamında üçüncü kişi ile kefalet sözleşmesi yaptıkları ve bu sözleşme dışında başkaca teminatlar talep ettikleri bilinen bir gerçek. Bu bağlamda ikincil bir teminat olarak genellikle kefil olan üçüncü kişi üstündeki taşınmazların üzerinde banka lehine ipotek tesis edilmektedir. Bu bilgiler ışığında kefalet sözleşmesi ve banka lehine tanınan ipotek hakkı kapsamında kefilin, borçlunun borcuna karşılık olarak göstermiş olduğu teminat amaçlı ipotek, alacaklının borçludan, kefilin taraf olduğu kefalet sözleşmesi kapsamındaki borcundan başka alacaklarını da kapsayıp kapsamadığı işbu yargı kararının hukuki problemini oluşturmaktadır.

IV. DEĞERLENDİRME

Somut olaydan da anlaşılacağı üzere başvuru Cahide DEMİR, damadı E.K.’nın X bankası ile yapmış olduğu kredi sözleşmesi bağlamında kefil konumundadır. Bankanın mevcut ilişki özelinde çeklere ilişkin bakiye alacağı, Cahide DEMİR’in damadı E.K.’dan tahsil etmeye çalışmadan Cahide DEMİR’e başvurması ise banka ile başvuru arasında akdedilen kefalet sözleşmesinin¹ adi kefalet değil müteselsil kefalet sözleşmesi ya da garanti sözleşmesi olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan kullanılan kredinin ev kredisi olduğu düşünülecek olursa bankanın Cahide DEMİR ile akdetmiş olduğu müteselsil kefalet sözleşmesi ya da garanti sözleşmesinin hüküm ifade etmesi mümkün değildir². Zira kullanılan ev kredisi bir tüketici kredisidir³. Bu bağlamda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 4/VI⁴ hükmü tüketicilerden alınacak kişisel teminatlar bakımından adi kefalet zorunluluğu getirmiştir.

Kefalet sözleşmesi, fer’i bir sözleşme olması sebebiyle kefalet borcunun varlığı asıl borca bağlıdır⁵. Bir başka deyişle asıl borcun sona ermesi halinde, kefalet borcu da sona erecektir. Bu olay özelinde ise asıl

¹ TBK m.581, “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”. Kefalet sözleşmesinin tanımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 759 – 760; Seren Düden, “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Borçlu Arasındaki İlişkiler”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, 2020, s. 189 – 190.

² Öz Seçer, “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Kefalet”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 139 – 140, 2016, s. 93; Ebru Ceylan, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 19, 2021, s. 108 – 112.

³ TKHK m. 22/I, “Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.”.

⁴ TKHK m. 4/VI, “Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır.”;

⁵ Seza Reisoğlu, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, 2013, s. 45; Özlem Acar, **Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 83 – 84.

borç E.K'nın ev kredisi olduğuna göre ev kredisinin sona ermesi Cahide DEMİR açısından kefalet borcunu da sona erdirecektir.

Cahide DEMİR, banka ile yapmış olduğu bu kefalet sözleşmesi dışında damadının çekmiş olduğu krediye karşılık Çanakkale ili Çan ilçesi Karşıyaka Mahallesi'nde kâin 16 pafta 312 ada 349 parsel numaralı taşınmazda bulunan 5 No.lu bağımsız bölümü teminat olarak göstererek banka lehine ipotek tesis etmiştir. Bu durumda Cahide DEMİR, hem banka ile akdedilmiş bir kefalet sözleşmesinin kefil olarak tarafıdır hem de kendisine ait bir taşınmaz üzerinde banka lehine ipotek hakkı tesis etmiştir.

İpotek hakkı, doğmuş yahut doğacak, şartlı ya da şartsız bir alacağın teminine ilişkin olarak bir taşınmazın tahsis edilmesini sağlayan asıl alacağa bağlı ayni fer'i bir haktır⁶. Yani kefalet sözleşmesinde olduğu gibi ipotek hakkında da asıl alacağın kaderi ipotek hakkının kaderini belirleyecektir.

Yukarıda belirtilen ilişkiler bağlamında gösterilen ipoteye bağlı teminat sözleşmesinin varlığı bir kredi sözleşmesi kapsamında bankaya ait belirli bir alacak hakkına dayanmaktadır. Başka bir ifade ile sözleşme konusu alacağa teminat fonksiyonu sağlayan ipotek hakkı alacağa bağlı fer'i bir haktır. O halde tüm bağlı haklarda olduğu üzere, ipoteğin bağlı olduğu alacak hakkının sona ermesi ile teminat fonksiyonu gören ipoteğin de sona ermesinin beklenmesi gayet doğaldır. Ancak dava konusu olayda alacaklı konumundaki banka mevcut ipotek hakkının yalnızca kredi sözleşmesinin konusunu oluşturan alacak için değil fakat borçludan talep edebileceği tüm mevcut alacakları için teminat fonksiyonuna sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu durum hem gösterilen ipoteye bağlı teminat sözleşmesi bakımından hem de somut olaydaki kefalet sözleşmesi özelinde oldukça sakıncalı bir durumdur. Çünkü mevcut kefalet sözleşmelerinde kefil, borçlunun belirli bir borcuna karşılık bu yükümlülüğün altına girmiştir. Kefilin rızası olmadan borçlunun tüm borçlarından kefil sorumluluğuna tutmak, kefilin mülkiyet hakkının açık ihlali niteliğindedir.

⁶ Nedim Meriç / Ahmet Cahit İyilikli, “Taşınmaz Teminatının Üçüncü Kişi Alacaklının Alacağını Perdeleyip Takibi Semeresiz Bırakması Üzerine Bir İnceleme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 33, 2018, s. 41.

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi ve ipoteğe bağlı teminat sözleşmesi banka kredi sözleşmeleri kapsamında teminat fonksiyonun sağlanması amacıyla tahsis edilen sözleşmelerdir.

Kefalet sözleşmesi, 6098 sayılı TBK m. 581’de tanımlanmaktadır. Buna göre, *“Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”*

Kefalet sözleşmesinin tanımından da anlaşılacağı üzere kefalet, alacaklıya kefilin, mevcut alacağını teminat altına almasını sağlamak amacıyla kendi malvarlığı ile sorumlu olması halidir. Bu bağlamda ilişkinin süresini ve sona ermesini alacaklının alacak hakkının belirleyeceğini söylemek yanlış olmaz. Başka bir deyişle kefalet ilişkisi bakımından alacaklının sahip olduğu haklar, alacak hakkına bağlı fer’i nitelikte haklardır.

Somut olay kapsamında kefil ve banka arasındaki kefalet ilişkisi yanında bankanın alacağı kefilin taşınmazı üzerinde banka lehine tanınan ipotek hakkına bağlı teminat sözleşmesi ile ayrıca teminat altına alınmıştır. Ancak taraflar arasındaki uyuşmazlık, kefilin banka lehine tanıdığı ipotek hakkının kapsamının bankanın borçluya vermiş olduğu kredi alacağı ile mi yoksa bankanın borçludan talep edebileceği tüm alacaklarla mı sınırlı olduğu noktasındadır.

Teminat sözleşmesinin tanımı, kanunun ruhu ve somut olayın özellikleri dikkate alındığında kefilin banka lehine tanımış olduğu ipotek hakkının sınırlarının kefilin bildiği ve kefil olmayı taahhüt ettiği borç ya da borçlarla sınırlı olması hem hayatın olağan akışına hem de kanunun özüne daha uygundur. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu karar hukuka ve hakkaniyete uygundur.

KAYNAKÇA

ACAR, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

CEYLAN, Ebru: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 17, 2021, s. 93 – 131.

DÜDEN, Seren: “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Borçlu Arasındaki İlişkiler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2020, s. 187 – 211.

ELÇİN, Gülçin: “Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 3, 2013, s. 16 – 33.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

MERİÇ, Nedim /

İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: “Taşınmaz Teminatının Üçüncü Kişi Alacaklının Alacağını Perdeleyip Takibi Semeresiz Bırakması Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 33, 2018, s. 39 – 93.

REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.

SEÇER, Öz: “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Kefalet”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 139 – 140, 2016, s. 91 – 120.

**İPOTEK BEDELİNİN
GÜNCELLENMİŞ DEĞERİNİN
ÖDENMESİ İSTENEBİLİR Mİ?
BU İSTEĞİN REDDİ MÜLKİYET
HAKKININ İHALİLİNİ
OLUŞTURUR MU?**

(ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU,
K.T. 07/10/2021, B.N. 2018/13952, R.G. 31706)

Av. İsmail KARADANA

I. UYUŞMAZLIK KONUSU

Davacıların murisi olan şahıs (H.K.), davalıların murisine (G.D.) uyuşmazlık konusu olan arsa niteliğindeki taşınmazı tapuda hazırlanan resmi senet ile 23/10/1984 tarihinde 3.500.000 TL (eski para ile) bedel karşılığında satmıştır. Ancak satış sırasında alıcı tarafından satış bedeli ödenmediğinden, teminat olarak satıcı lehine resmi senette satıcı lehine 15/04/1985 vadeli ve 3.500.000 TL bedelli ipotek tesis edilmiştir. Alıcı 11/09/2007 tarihinde vefat etmiştir. Bunun üzerine 15/06/2012 tarihinde alıcının mirasçıları 09/06/1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 153. maddesi uyarınca bedeli karşılığında ipoteğin çözülmesini talep etmişlerdir.

II. YARGI AŞAMASINDA VERİLEN KARARLAR

1. İcra Takip Süreci

Alıcının mirasçıları 15/06/2012 tarihli dilekçe ile 09/06/1932 tarih ve 2004 sayılı İİK m. 153 uyarınca bedeli karşılığında ipoteğin çözülmesi talebiyle icra dairesine başvuruda bulunmuştur.

İcra Müdürlüğü bu talep üzerine satıcının mirasçılarına ihtarname göndermiştir. İhtarnameyi alan ilgililer 04/03/2013 tarihli dilekçe ile satış bedeli kendilerine ödenmediğinden ipoteğin kaldırılması isteğine itiraz etmiştir.

2. Bakırköy 2. İcra Hukuk Mahkemesi

Alıcının mirasçıları ipotek alacaklısı olan satıcının mirasçılarının parayı almaktan ve ipoteği çözmekten imtina etmesi sebebiyle mahkemeye başvurarak depo edilen bedel karşılığında ipoteğin çözülmesini talep etmiştir.

Bakırköy 2. İcra Hukuk Mahkemesi 23/09/2013 tarihli kararla ipoteğin çözülmesine karar vermiştir.

Hüküm satıcının mirasçıları tarafından temyiz edilmiştir. Bunun üzerine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi makbul bir sebep ileri sürerek ipoteğin çözülmesine itiraz edildiğinden davanın reddine karar üzere 31/10/2014 tarihinde hükmü bozmuştur.

Bakırköy 2. İcra Hukuk Mahkemesi 25/02/2015 tarihinde bozma doğrultusunda davanın reddine karar vermiştir.

3. Bakırköy 7. Asliye Hukuk Mahkemesi

Davacılar (satıcının mirasçıları), 24/02/2015 tarihli dava dilekçesinde, 10 parsel sayılı taşınmazın babaları adına kayıtlı iken 23/10/1984 tarihinde davalıların murisi G.D. ye resmi senetle satıldığını ancak satış anında bedel ödenmediğinden murisleri lehine 3, 5 TL bedelle ipotek tesis edildiğini bildirmiştir. Davacılar aradan 28 yıl gibi uzun bir zaman geçmesine rağmen satış bedelinin kendilerine ödenmediğini ve hal böyle iken davalıların hakkaniyete aykırı biçimde 35 TL gibi oldukça düşük bir bedelle ipoteğin çözülmesi talebinde bulunduklarını ileri sürmüştür. Davacılara göre ipotek bedeli arsanın güncel değeri ve Amerikan doları üzerinden günümüze uyarlanarak kendilerine ödenmelidir.

Davacılar 20/03/2015 tarihli dilekçe ile davalının harca esas değerini 30.000 TL olarak bildirmiş ve bu değer üzerinden harç yatırmıştır.

Davalılar 27/03/2015 tarihli cevap ve karşı dava dilekçesiyle ipotek bedelinin güncel değeri ile ödenmesine ilişkin isteğin haksız olduğunu belirterek davanın reddini talep etmiş ve karşı dava olarak – bedeli icra dairesine depo ettiklerinden – ipoteğin çözülmesine karar verilmesini istemiştir.

Bakırköy 7. Asliye Hukuk Mahkemesi 09/05/2017 tarihli kararla davacıların ipotek bedelinin güncel değeri ile ödenmesini isteğinin reddine ve davacıların aleyhine açılan ipoteğin çözülmesi istekli davanın kabulüne karar vermiştir. Mahkemeye göre 23/10/1984 tarihli resmi senette açıkça belirtildiği üzere satış bedeli 3, 5 TL olup bu borcun ödenmesini temin amacıyla satıcının murisleri lehine kesin borç ipoteği tesis edilmiştir. Hal böyle iken borçlulardan N.D. 19/06/2012 tarihinde icra dosyasına 35 TL

depo etmiş olup bu miktar, bilirkişi tarafından ayrıntılı ve seçenekli olarak tespit edilen ana para, faiz ve masrafları karşılamaktadır.

Davacılar hükme karşı istinaf talebinde bulunmuştur. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 7. Hukuk Dairesi 28/09/2017 tarihinde davacıların istinaf isteğinin esastan reddine temyiz yolu açık olmak üzere karar vermiştir.

Davacılar, BAM kararını temyiz etmiştir. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 12/02/2018 tarihli kararla başvuruolarının 33, 80 TL olarak gösterdiği dava değerinin karar tarihi itibarıyla geçerli olan 41.530 TL temyiz sınırının altında olduğunu belirterek temyiz isteğini reddetmiştir.

4. Anayasa Mahkemesi

Başvuruolar (satıcının mirasçıları), satış bedelinin ödenmemesi üzerine murisleri adına 23/10/1984 tarihinde tescil edilen 3, 5 TL bedelli ipoteğin güncel değeri belirlenmeden ana para, faiz ve masraflar karşılığı olarak toplam 35 TL üzerinden çözülmesine karar verildiğini bildirmiştir. Başvuruolarına göre aradan geçen 28 yıl nedeniyle ipotek bedelinin güncellenmesi gerekli olup Mahkemenin bu yola başvurmaması nedeniyle borcunu ödemeyen borçlular hatalı davranışlarından menfaat temin etmiştir. Başvuruolar ayrıca ipoteğin güncel değerinin tespiti için talep ettikleri yeni bilirkişi incelemesinin gerekçesiz olarak reddedildiğini, hukuka aykırı olduğuna inandıkları karara karşı temyiz yoluna gittiklerini ancak Yargıtay'ın belirsiz alacak davasına ve 30.000 TL üzerinden harç yatırılmış olmasına rağmen ilk dava dilekçesindeki 33, 80 TL'yi dava değeri olarak kabul etmek suretiyle temyiz isteğinin usulden reddine karar verdiğini belirterek adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Somut olayda başvuruolar murisi lehine 23/10/1984 tarihinde tesis edilen ipotek şerhi, borçlulardan N.D.nin ana para borcu, faiz ve masraflardan oluşan miktarı icra dairesinde başvuruolar adına depo etmesi nedeniyle mahkemece yapılan yargılama sonucunda kaldırılmıştır. Başvuruolar ipoteğin tesisinden 28 yıl sonra yapılan ödemenin (paranın enflasyon karşısında uğradığı değer kaybı nedeniyle) alacaklarını karşılamadığını iddia etmektedir. Başvuruolar 2012 yılı itibarıyla 35 TL tutarındaki ödemeyi kabul etmemiştir. Buna göre başvuruoların mülkiyet hakkına doğrudan kamu makamlarınca yapılan herhangi bir müdahale

söz konusu değildir. Ancak mülkiyet hakkına yönelik müdahale özel kişiler tarafından gerçekleşse dahi devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde mülkiyet hakkının korunması için gerekli idari ve adli tedbirleri alması gerekmektedir. Bu sebeple başvuruya konu olayda devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi gerekir.

Bu kapsamda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve mülkiyetin özel kişilerden gelen müdahaleler yönünden korunması için gerekli hukuki mekanizmaların oluşturulup oluşturulmadığı incelenmelidir. İpotek, bir alacağın ödenmesine güvence teşkil eden ve borcun ödenmemesi hâlinde alacaklıya ipotekli taşınmazı sattırıp alacağına kavuşması imkânını veren bir rehin türüdür. 2004 sayılı Kanun'un 148. maddesinde ipotek ile teminat altına alınan bir borcun ödenmemesi hâlinde alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla borçlu hakkında takip başlatabileceği açıkça düzenlenmiştir. Somut olayda başvuru murisi lehine tesis edilen ipoteğin vadesi 15/04/1985 tarihidir. Bu tarihten itibaren başvuru ve öncesinde murislerinin muaccel hâle gelen borcun ödenmemesi nedeniyle ipotekli taşınmazı icra vasıtası ile sattırarak alacaklarını tahsil etme imkânları bulunmaktadır.

Öte yandan taşınmaz üzerindeki ipotek şerhi devam ettiği müddetçe alacaklıların taşınmazı sattırarak alacaklarını tahsil etme imkânına karşılık olarak borçluların da 4721 sayılı Kanun'un 883. maddesi uyarınca ipotek bedelini ödeyerek taşınmaz üzerindeki ipotek şeklindeki kısıtlanmanın kaldırılmasını isteme hakları bulunmaktadır.

Somut olayda borcun vadesi ile ödeme tarihi arasında geçen uzun zaman içinde para enflasyon karşısında değer kaybetmiştir. Bu hâlde 4721 sayılı Kanun'un taraflara tanıdığı haklar kapsamında ipotek bedelinin hangi usule göre hesaplanacağı ve bu hususun başvuru yönünden keyfî ya da öngörülemez olup olmadığı önem arz etmektedir. Başvuru yukarıda açıklandığı üzere ipoteğin vadesinin dolduğu tarihten itibaren 2004 sayılı Kanun'un 148. maddesine göre alacaklarını tahsil etmek imkânına sahiptir. Hâl böyle iken başvuru ve murisleri aradan geçen uzun zaman içinde alacağın tahsili için kanunda öngörülen bu yolu kullanmamış ve bu yolu kullanmalarına engel teşkil edecek fiilî ya da hukuki bir durum da ileri sürmemiştir. 4721 sayılı Kanun'un ipotek bedelinin belirlenmesine ilişkin 875. maddesinde bedelin ne şekilde

hesaplanacağı açıkça düzenlenmiş olup Yargıtay içtihatlarında da bu hususta bir tereddüt de bulunmamaktadır. Bu hâlde Mahkemenin bilirkişi raporunu esas alarak borçlulardan N.D.nin icra takibi sırasında yapmış olduğu 35 TL ödeme sonucu ipotek ile teminat altına alınan alacağın tamamen karşılandığı yönündeki kabulünün keyfî ya da başvurucular yönünden öngörülemez olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bu itibarla mülkiyet hakkının ihlali iddiası yönünden somut olay bağlamında uyuşmazlığa ilişkin olarak mülkiyetin korunmasına yönelik belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir kanun hükümlerinin ve buna dayalı olarak yerleşik yargısal içtihatların mevcut olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca mülkiyet hakkının korunması yükümlülüğü yönünden başvuruçuların usule ilişkin güvencelerden etkin biçimde yararlanmasının sağlandığı, kararlarda yer verilen tespit ve gerekçelere göre yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşılmadığı kanaatine varılmıştır. Son olarak taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlayacak sistem içinde gerekli mekanizmaların mevcut olduğu da dikkate alındığında devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin somut olayda yerine getirildiği sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

III. HUKUKİ PROBLEM

Bu çalışma özelindeki hukuki problem, alıcının mirasçıları tarafından ödenmesi gereken ipotek bedelinde (28 yıllık süreçte paranın enflasyon karşısındaki değer kaybı dikkate alındığında) objektif değer artışının dikkate alınmaması hususunun satıcının mirasçıları açısından mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

IV. DEĞERLENDİRME

Anayasa mahkemesi somut olay kapsamında tarafların mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği, devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirmiştir. Buna göre mahkemenin dikkate aldığı hususlar, devletin tarafların haklarını arayabilmeleri için gerekli başvuru mekanizmalarını sağlayıp sağlamadığı ve gerekli kanuni düzenlemeleri yapıp yapmadığı noktalarında toplanmaktadır. Bu bağlamda mahkeme

yargının bir unsuru olarak her ne kadar yasama sürecinin bir unsuru olmasa da yapılan yasanın uygulanması ve yargı mekanizmasının, pozitif hukuk normlarının doğal hukuk normlarına ulaşması sağlaması amacıyla gerekli yorumun geliştirilip geliştirilmediği noktasında da denetimde bulunmaması kişilerin haklarının Anayasal bağlamda güvenceye alınması açısından bir eksikliktir.

Somut olay özelinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 881. maddesinin birinci fıkrası,

"Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir.",

TMK'nın 883. maddesinin birinci fıkrası,

"Alacak sona erince ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini isteyebilir.",

TMK'nın 875. maddesi,

"Taşınmaz rehninin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamına şunlar girer:

- 1. Ana para,*
- 2. Takip giderleri ve gecikme faizi,*
- 3. İflâsın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz.*

Daha önce belirlenmiş olan faiz oranı, sonradan gelen alacaklıların zararına olarak artırılmaz."

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 148. maddesi,

"Taşınmaz ipotek alacaklısı, yetkili veya taşınmazın bulunduğu yer icra dairesine elindeki ipotek belgesinin akit tablosunun tapu idaresince verilmiş resmi bir örneğini ibrazla alacağın miktarını bildirir ve 58 inci maddeye göre takip talebinde bulunur."

İİK'nın 153. maddesi birinci fıkrası,

"İpotekle temin edilmiş ve vadesi gelmiş bir alacağın borçlusu icra dairesine müracaatla alacaklısının gaip ve yerleşim yerinin meçhul

bulunduğunu veya borcu almaktan ve ipoteği çözmekten imtina ettiğini beyan ederse icra dairesi on beş gün içinde daireye gelerek parayı almasını ve ipoteği çözmesini alacaklıya usulüne göre tebliğ eder. Alacaklı bu müddet içinde gelmediği veya gelipte kanunen makbul bir sebep beyan etmeksizin parayı almaktan ve ipoteği çözmekten imtina eylediği takdirde borçlu borcunu icra dairesine tamamiyle yatırırca icra mahkemesi verilen paranın alacaklı namına hıfzına ve ipotek kaydının terkinine karar verir. Bu karar tapu dairesine tebliğ edilerek ipotekli taşınmazın sicilline geçirilir."

hükümlerinin lafzi yorumlarından hareketle, ipoteğin yapıldığı tarihteki ipotek bedeline işlem tarihindeki değer artışı esas alınmaksızın düz bir hesaplama ile 35 TL karşılığında mevcut ipotek kaldırılmıştır. Dikkat edilecek olursa İİK m. 153 hükmünde ipoteğin çözülmesi için yatırılması gereken meblağaya ya da bu meblağanın nasıl hesaplanacağına ilişkin bir ifade yer almamaktadır¹.

Yukarıda izah edilen bu durum ipotek alacaklılarının mülkiyet hakkının açık ihlali niteliğindedir. Çünkü ipotek ile korunmak istenen hak alacaklının, alacağının reel değeridir. Bu da ipoteğin koyulduğu ve kaldırıldığı zamandaki alım güçleri karşılaştırıldığında kesinlikle ipoteğin kaldırıldığı bedel değildir. Bu bağlamda ipotek alacaklılarının mülkiyet hakkı açık bir biçimde zarara uğramışken Anayasa Mahkemesi mevcut mekanizmanın incelenmesi ile yetinmiş ve kanaatimizce yanlış bir sonuca varmıştır.

SONUÇ

İpotek bedeli ile teminat altına alınmak istenen alacak hakkı her ne kadar kanunun ilgili maddeleri kapsamında güvence altına alınmış gibi gözüküyorsa da özellikle bizim gibi yüksek enflasyonun ve hesapsız değişen ekonomik politikaların hayatın bir gerçeği olduğu ülkelerde korunmak istenen değerden hareketle kanun hükümleri ile mevcut olayın özellikleri arasında daha doğru bir denge kurulmasının sağlanması, mahkemelerin en temel görevlerindendir.

¹ İİK m. 153 hükmüne ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tolga Akkaya, "İpotek Alacaklısının Adresinin Meçhul Olması veya Borcu Almaktan ve İpoteği Çözmekten Kaçınması Sebebiyle İcra Mahkemesi Kararıyla İpoteğin Terkini", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 3, 2016, s. 305 – 326.

Somut olay özelinde gösterilen ipotek bedelinin ilerleyen tarihte Türk Lirası’ndan altı sıfırın atılması ve enflasyondaki değişim bağlamında 35 lira gibi komik bir değere tekabül etmesi ile Türk yargısının bu hususa mevcut kanun metinlerinin lafzi yorumlanması suretiyle yaklaşması ipotek alacaklıları yönünden mülkiyet hakkının ciddi ihlali niteliğindedir². Bu sebeple Anayasa Mahkemesi’nin mülkiyet hakkının ihlal edilmediği yönündeki görüşüne katılmamız mümkün değildir.

KAYNAKÇA

AKKAYA, Tolga: “İpotek Alacaklısının Adresinin Meçhul Olması veya Borcu Almaktan ve İpoteği Çözmekten Kaçınması Sebebiyle İcra Mahkemesi Kararıyla İpoteğin Terkini”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 3, 2016, s. 305 – 326.

OĞUZ, Ersin: “İpoteğin Uyarlanması”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 3, s. 370 – 389.

² Benzer bir değerlendirme için bkz. Ersin Oğuz, “İpoteğin Uyarlanması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 92, S. 3, s. 370 – 389.

**BİREYSEL KREDİ SÖZLEŞMESİ
KAPSAMINDA RIZAİ OLARAK
TEMİNAT GÖSTERİLEN İPOTEK
KAPSAMINDA BORÇLU
MESKENİYET İDDİASINDA
BULUNABİLİR Mİ?**

(YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ,
2021/4469 E., 2021/9712 K., 04/11/2021 T.)

Av. İsmail KARADANA

I. UYUŞMAZLIK KONUSU

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusu, Ziraat Bankası'nın alacaklı olduğu bir bireysel kredi kapsamında borçlunun kendisine karşı başlatılan icra takibi kapsamında meskeniyet itirazında bulunarak haczin kaldırılması talebiyle icra mahkemesine yaptığı başvuruya ilişkindir.

II. YARGI AŞAMASINDA VERİLEN KARARLAR

Çalışma konusu olayda, borçlu 07.12.2010 tarihinde T.C. Ziraat Bankası'ndan 36.000, 00 TL bedelli bireysel finansman kredisi kullanmıştır. Bu kredi bağlamında teminat olarak Adana ili, Ceyhan ilçesi, 535 ada, 21 parsel sayılı taşınmaz üzerinde T.C. Ziraat Bankası lehine 07.12.2010 tarihinde 80.000, 00 TL bedelli ipotek tesis edilmiştir. Bu süreçte bankanın 09.09.2015 tarihli beyanından da anlaşılabacağı üzere bakiye borç miktarı faiz, masraf ve feriler hariç olmak üzere 25.450, 00 TL'dir.

Alacaklı banka tarafından borçlu aleyhine icra takibi başlatılmıştır. Bu takip kapsamında borçlu, meskeniyet iddiasına dayanarak Adana 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nden haczin kaldırılmasını talep etmiştir.

Adana 1. İcra Mahkemesi davacının şikayetini kısmen kabul kısmet reddetmiştir. Şöyle ki, mahkeme, borçlunun haline münasip evini alabilmesi için gerekli olan 120.000, 00 TL'den aşağı olmamak üzere ipotekli taşınmazın satılmasına, satıştan elde edilecek paranın 120.000, 00 TL'sini haline münasip evini alabilmesi için borçluya, geri kalan kısmın ise alacaklıya verilmesine karar vermiştir.

Taraflar ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf başvuru yoluna gitmişlerdir. Bölge Adliye Mahkemesi ise bu başvuruların ayrı ayrı esastan reddine karar vermiştir.

Bölge adliye mahkemesinin ret kararı üzerine taraflar temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin kararı şu şekildedir;

“Şikayete konu taşınmaz üzerinde ipoteğe ilişkin resmi senette yer alan; “Türkiye Ziraat Bankası A.Ş. ile aramızda yapılmış ve yapılacak sözleşme taahhütleri gereği kullanmış ve kullanacak olduğum her türlü krediye karşılık ... doğmuş ve doğacak tüm borçlarını karşılamak üzere ... ipotek etmeyi kabul ediyorum.” şeklindeki kayıtlar nedeniyle, söz konusu ipoteğin, borçlunun kullandığı ya da kullanacağı her türlü kredinin teminatı olarak tahsis edildiği ve dolayısıyla zorunlu ipotek olmadığı anlaşılmaktadır. Resmi senette yer alan söz konusu kayıtlar karşısında, lehine ipotek tesis edilen T.C. Ziraat Bankası A.Ş. 'nin 09.09.2015 tarihli cevabi yazısı ekinde sunduğu 03.12.2010 tarihli sabit faizli konut kredisi sözleşmesinin sunulması ipoteğin konut kredi sözleşmesinden kaynaklandığı sonucunu doğurmaz.

Bu durumda, ipoteğin zorunlu ipotek olmadığı ve şikayetçinin lehine ipotek kurulan bankaya kredi borcu olduğunun anlaşılmasına göre, ilk derece mahkemesince, belirtilen sebeple şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esası incelenerek yazılı gerekçe ile istemin kısmen kabulü yönünde hüküm tesisi ve Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi isabetsiz olup ilk derece mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.”

III. HUKUKİ PROBLEM

Bu çalışma özelindeki hukuki problem, banka kredi sözleşmesi kapsamında kişi iradi olarak kendi konutunda banka lehine ipotek hakkı tanımış ve borcunu ifa edememiş ise icra takip dosyası kapsamında kişinin meskeniyet iddiasına dayanarak haczi kaldırıp kaldıramayacağına ilişkindir.

IV. DEĞERLENDİRME

İcra ve İflas Kanunu m. 82 hükmü *“haczi caiz olmayan mallar ve haklar”* a ilişkindir. Bu madde kapsamında haczi caiz olmayan mal ve haklar on üç bent halinde sayılmış olup bu mallardan biri de kişinin haline münasip evidir. Bu durum Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen herkesin yaşama, meddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının icra hukuku kapsamındaki somut bir görünümünden ibarettir.

İİK m. 82 hükmünden de anlaşılacağı üzere kişinin haline münasip evi haczedilemez. Ancak kanun bu duruma iki farklı istisna getirmiştir. Bunlardan ilki haczin konusunu oluşturan evin kıymetinin çok yüksek olması halidir. Bu durumda kanuna göre, uyuşmazlık konusu ev satılmalı, satıştan elde edilen gelirden borçlunun ihtiyacına uygun düşen kısım yine borçluya verilmelidir. İkinci istisnai durum ise borcun kaynağının kişinin haline münhasır evinin bedelinden doğması halidir. Bu ihtimalde ilk istisnadan farklı olarak borcun kaynağı bizzat evin bedeli olması sebebiyle borçlunun ev ihtiyacını karşılamaya yönelik bir bedel borçluya ödenmez. (İİK m. 82/2 – 3)

İİK m. 83 hükmünde yukarıda izah edilen durumla bağlantılı olarak borçlunun evinin haczedilebileceği yönünde önceden yapılmış anlaşmaların geçerli olmayacağı belirtilmektedir.

Tüm bu bilgiler ışığında Yargıtay, verdiği eski tarihli kararlarında borçlunun evinin bir borçtan dolayı ipotek edilmesi halinde haczedilemezlik iddiasında bulunabileceğini kabul etmekte ise de yeni tarihli kararlarında bu içtihadından dönmüştür. Yargıtay’ın yeni tarihli kararlarına göre alacaklısı lehine evi üzerinde ipotek tesis eden borçlu bununla diğer bütün alacaklarına karşı haczedilemezlik iddiasından feragat etmiş olur. Ancak bu duruma ilişkin olarak Yargıtay bazı istisnai halleri öngörmüştür. Bizim çalışmamız özelinde Yargıtay’ın öngörmüş olduğu istisnai hal konut kredilerine ilişkindir.¹

Konut kredisi almak maksadıyla borçlu, kredi veren kurumlar ya da kişiler lehine haline münhasır evi üzerinde ipotek hakkı tesis etmiş ise bu durumla diğer alacaklılarına karşı olarak da haczedilemezlik iddiasından feragat etmiş sayılmaz.

Bizim çalışmamızın temelini oluşturan uyuşmazlık kapsamında borçlu Adana ilinde bulunan evi üzerinde Ziraat Bankası’ndan kullanmış

¹ Yargıtay’ın bu konudaki görüşlerine ve öğretideki görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Cenk Akil, “*Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilemezliği (Meskeniyet) İddiası*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 4, s. 775 – 808; Senem Önder Özbakır, *Borçlunun Haline Münasip Evinin Haczedilememesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2010, s. 40; Mehmet Yalçın, *İcra ve İflas Hukukunda Mesken Hacı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2009, s. 73 – 78; Uğur Bulut, “*Borçlunun Haline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesis ve Haczedilemezlikten Feragat*”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Özel Sayı, 2012, s. 1073 – 1103.

olduğu bireysel finansman kredisi kapsamında yine Ziraat Bankası lehine ipotek hakkı tanımıştır. Uyuşmazlık kapsamında banka cevap yazısı ekinde konut kredi sözleşmesi sunmuş olsa da Yargıtay diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde ipoteğin bu sözleşmeden kaynaklandığı sonucuna varılamayacağını ifade etmiştir. Bu durumda ilk derece mahkemesinin kısmen kabul kararının ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin esastan ret kararının doğru olmadığına işaret edilmiştir.

Uygulamada bankaların verdikleri tüm krediler için bir teminat isemeleri bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda uyuşmazlık konusu davadaki bireysel finansman kredisini değerlendirdiğimizde, bu kredi sözleşmesinin bir tüketici kredisi olduğu aşıkardır. Bir başka ifade ile sözleşmenin taraflarından biri güçlü konumda olan ve sözleşmenin şartlarını belirleyen basiretli tacir yani banka, bir diğeri ise güçsüz konumdaki tüketicidir. İİK m. 83 hükmü bağlamında kişilerin verdiği iradi ipotekler haczedilemezlik iddiasının ileri sürülmesi açısından bir feragat niteliği taşısa da kredi kuruluşları özelinde bir değerlendirme yapılarak bu kuruluşların basiretli tacir niteliği taşıması ve imkanları ile somut olayın şartları düşünülerek haczedilemezlik iddiasının her vaka açısından değerlendirilmesinde fayda vardır.

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere iradi ipoteğin bir feragat anlamı geleceği görüşüne katılsak da mevcut olayımızda olduğu gibi mahkemenin bir değerlendirme yapmadan haczedilemezlik iddiasının reddine karar vermesi görüşüne katılmıyoruz. Zira bu görüş Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kişinin kişiliğini koruma ve geliştirme hakkına açık bir aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki, kişinin zayıf konumu sebebiyle kredi kuruluşlarına vermiş olduğu ipotek her ne kadar iradi gibi değerlendirilse de taraflar arasındaki güç oransızlığı, borçlu açısından kişilik ve yaşam hakkının merkezinde yer alan evini hiçbir güvence almaksızın risk altına sokması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum devletin hem Anayasa hukuku bağlamında hem de bunu sağlamak maksadıyla icra hukuku kapsamında ortaya koyduğu ilkelerle bağdaşmamaktadır.

SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu m. 82 hükmü kapsamında kişinin haline mü-nasip evi haczi mümkün değildir. Ancak kanun bu duruma ilişkin iki farklı istisna öngörmüştür. Bunlardan ilki haczin konusunu oluşturan evin kıymetinin çok yüksek olması halidir. Bu durumda kanuna göre, uyuşmazlık konusu ev satılmalı, satıştan elde edilen gelirden borçlunun ihtiyacına uygun düşen kısım yine borçluya verilmelidir. İkinci istisnai durum ise borcun kaynağının kişinin haline münhasır evinin bedelinden doğması halidir. Bu ihtimalde ilk durumdan farklı olarak borcun kaynağı bizzat evin bedeli olması sebebiyle borçlunun ev ihtiyacını karşılamaya yönelik bir bedel borçluya ödenmez. Ayrıca İİK m. 83 hükmünde de belirtildiği üzere borçlunun evinin haczedilebileceği yönünde önceden yapılmış anlaşmaların geçerli değildir.

Yargıtay içtihatlarına göre alacaklı lehine evi üzerinde ipotek tesis eden borçlu bununla diğer bütün alacaklarına karşı haczedilmezlik iddiasından feragat etmiş olur. Ancak bu duruma ilişkin olarak Yargıtay bazı istisnai halleri öngörmüştür. Bizim çalışmamız özelinde Yargıtay'ın öngörmüş olduğu istisnai hal konut kredilerine ilişkindir. Konut kredisi almak amacıyla borçlu, banka lehine haline evi üzerinde ipotek hakkı tesis etmiş ise bu durumda diğer alacaklılarına karşı haczedilemezlik iddiasından feragat etmiş sayılmaz.

Dava konusu uyuşmazlıkta borçlu Adana ilinde bulunan evi üzerinde Ziraat Bankası'ndan kullanmış olduğu bireysel finansman kredisi kapsamında yine Ziraat Bankası lehine ipotek hakkı tanımıştır. Uyuşmazlık kapsamında banka cevap yazısı ekinde konut kredi sözleşmesi sunmuş olsa da Yargıtay diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde ipoteğin bu sözleşmeden kaynaklandığı sonucuna varılamayacağını ifade etmiştir. Bu durumda ilk derece mahkemesinin kısmen kabul kararının ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin esastan ret kararının doğru olmadığına işaret edilmiştir.

İradi ipoteğin bir feragat anlamı geleceği doğrultusundaki Yargıtay görüşüne katılsak da mevcut olayımızda olduğu gibi mahkemenin bir değerlendirme yapmadan haczedilmezlik iddiasının reddine karar vermesine katılmıyoruz. Zira bu görüş Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kişinin kişiliğini koruma ve geliştirme hakkına açık bir aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki, kişinin zayıf konumu sebebiyle kredi kuruluşlarına

vermiş olduğu ipotek her ne kadar iradi gibi değerlendirilse de taraflar arasındaki güç oransızlığı, borçlu açısından kişilik ve yaşam hakkının merkezinde yer alan evini hiçbir güvence almaksızın risk altına sokması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum devletin hem Anayasa hukuku bağlamında hem de bunu sağlamak maksadıyla icra hukuku kapsamında ortaya koyduğu ilkelerle bağdaşmamaktadır.

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 4, s. 775 – 808.

BULUT, Uğur: “Borçlunun Haline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2012, s. 1073 – 1103.

ÖNDER ÖZBAKIR, Senem: Borçlunun Haline Münasip Evinin Haczedilememesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

YALÇIN, Mehmet: İcra ve İflas Hukukunda Mesken Haczi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.