

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: V
Sayı: 1
Bahar 2018



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Serdar Kale
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel

Yazı İşleri Müdür Yardımcıları

Arş. Gör. Mustafa Çattık
Arş. Gör. Abdullah R. Gencer

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad.
No: 40/16 34815 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Pınarbaş Matbaacılık ve Reklam Hiz. San.
ve Tic. Ltd. Şti.
Rami Kışla Cad. Topçular İş Merkezi
No: 88/192 Eyüp / İstanbul

ISSN

2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

Danışma Kurulu
Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu
Prof. Dr. İzzet Özgenç
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe
Dr. Öğr. Üye. Levent Korkut

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



İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından TR Dizin'de dizinlenen bir dergidir.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

- Mehmet Boztepe** 5
2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin
Hukuki Rejimi
- Zeynep Nihan Çamurcu** 31
“Düzeltilme Beyannamelerinin” Hukuki Niteliğinin Saptanması ve Bunlara Dayalı
Olarak Yapılan Tarhların İdari Davaya Konu Edilebilirliği
- Mustafa Çattık** 53
Anayasacılık ve Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı
- Murat Volkan Dülger** 71
İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin
Korunması

ÖZEL HUKUK

- Ömer Çınar** 145
Kiracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun Süreli ve
Süreli Olmayan Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi
- Ali Demirbaş** 169
Telif Hukukunda İnternet Linki ve Avrupa Adalet Mahkemesi'nin Svensson ve
Bestwater Kararları
- Ömer Elmas** 187
Türk Hukukundaki Mevduat Rehnine, Teminat İşlemleri İçin UNCITRAL Model
Kanun Açısından Bir Bakış
- Serdar Kale** 213
7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato
- Fatih Karamercan** 271
Türk Borçlar Hukuku'nda Takas



KAMU HUKUKU

2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi*

After the Amendment of the Constitution in 2017,
The Legal Regime of Presidential Decree

Mehmet BOZTEPE**

ABSTRACT

The principles of passing to the “Presidential government model” from the classical parliamentary system with the Law No: 6771 on the Amendment of the Constitution of Republic of Turkey which has held a referendum on a constitutional amendment on April 16, 2016 have been formed. It has been envisaged to abolish bylaws and decree laws with the Constitutional Amendment. On the contrary, the scope of the “Presidential Decree” has been expanded as an essential regulatory process of the executive power by making an amendment on Article 104 of the Constitution. Accordingly, *the President may issue a Presidential decree in matters concerning the executive power (Art. 104 / 17-1)*. In addition to this general authorization given to the President on issuing decrees in terms of executive power, autonomous and fundamental powers have also been recognized with direct decree such as “appointing and deposing ministers and senior public officials”. The limits of these powers and their positions before the law have been specified in Article 104 of the Constitution. The date of entry into force of these amendments has been set as the date of inauguration of the President after the first elections of Turkish Grand National Assembly and the Presidency.

Keywords: presidential decree, constitutional amendment, presidential government model, execution power.

Giriş

2017 yılı Anayasa değişikliği ile yürütmeye Cumhurbaşkanlığı kararnamesi aracılığıyla yasamadan özerk bir düzenleme alanı öngörölmüş ve bunun anayasal sınırları çizilmiştir. Anayasal çerçevede ilk olarak 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği konusu ile tek alanda sınırlandırılmış olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, 2017 yılı Anayasa değişikliği ile ilkeleri

* Makale gönderim tarihi: 12.04.2018. Makale kabul tarihi: 23.05.2018.

** Dr., Şuhut Kaymakamı. İletişim Adresi: Şuhut Kaymakamlığı, Pazar Mahallesi, Atatürk Caddesi, No: 17, Şuhut – Afyonkarahisar.

belirlenen Cumhurbaşkanlığı hükümet modeli çerçevesinde Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin olarak tanınan düzenleyici işlem yapma yetkisinin tezahürü olarak yeni bir kurum olarak ortaya çıkmıştır. Bu açıdan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, KHK'ler veya tüzüklere benzer bir niteliğe sahip değildir. Buna karşın Cumhurbaşkanına tek başına TBMM'nin yerine geçerek kanun yapma gibi yetki verilmesi teknik olarak söz konusu değildir. Üstelik Anayasa değişikliği ile KHK'ler kaldırılarak, yürütmeye (OHAL dönemi dışında) kanun kuvvetinde düzenleme yapabilme imkânına son verilmektedir.

Anayasanın 104. maddesinde gerçekleştirilen yeni düzenlemeye göre; Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular dışında Cumhurbaşkanına, yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Buna karşın bu kararnameler ne kanun gücündedir ne de kanunlarda değişiklik yapabilirler. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale geleceği hüküm altına alınmıştır. Bu kararnameler Anayasanın 119. maddesinin 6 ve 7. maddeleri çerçevesinde olağanüstü hal dönemlerinde çıkartılması halinde kanun hükmünde olma kuvvetini kazanacaklardır.

Bu değişikliklerin yürürlüğe giriş tarihi ilk TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonrası Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih olarak belirlenmiştir. Bu açıdan Cumhurbaşkanına bağımsız bir idari düzenleme alanı oluşturularak kamu hukuku sistemimizde çok ciddi ve köklü bir değişiklik meydana getiren Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuksal rejiminin açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

Bu çalışmada ilk olarak 1982 Anayasasının ilk düzenleniş biçimi ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki boyutu açıklanacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde 2017 yılı Anayasa değişikliği ile yeniden şekillenen Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasal çerçevesi çizilecek ve işlemin unsurları bakımından analizi yapılacaktır. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise 2017 yılı Anayasa değişikliğinin şekillendirdiği Olağanüstü hal rejiminde çıkartılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ele alınacaktır. Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi konusu ele alınacaktır.

I. 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Anayasal çerçevede "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ilk defa 1982 Anayasası ile düzenlenmiştir¹. Anayasanın 107. maddesine göre; "Cumhurbaşkanlığı

1 Bülent, Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayinevi, İstanbul, 2013, s. 351.

Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir". Bu hükme dayanılarak, 18.08.1983 tarih ve 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmiş ve böylelikle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi isimli işlem hukukumuzda ilk kez uygulanmıştır².

Yürütmenin asli düzenleme yetkisine dayanan ve 1961 Anayasasında yer almayan bu işlem, kaynağını doğrudan Anayasadan almıştır. Danışma Meclisinin kabul ettiği metinde bulunmayan ve Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi veren 107. madde, Anayasa tasarisına Milli Güvenlik Konseyinde eklenmiştir. Amacının yürütmeyi ve Cumhurbaşkanını güçlendirmek olduğu şüphesizdir³.

"Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" 1982 Anayasası ile ilk kez getirilmiş ve Anayasal düzeyde düzenlenmiş ise de benzer sayılabilecek bir düzenleme 1933 yılında gerçekleştirilmiştir. 2180 sayılı ve 16 Mayıs 1933 günü kabul edilen "Riyaset-i Cumhur Dairei Teşkilat Kanunu" adını taşıyan Kanuna göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Bakanlar Kurulunun kararı ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanır. Buna karşın aynı Kanunun 11. maddesinin(c) ve (ç) bentlerinde; Cumhurbaşkanlığı Dairesine bağlı bir takım memurların, Genel Sekreterin inhası ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanacakları öngörülmüştür. Burada dikkati çeken nokta; Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ve yapacağı atamaların Başbakan ve bakanlarca imzalanmasını öngören 1924 Anayasası (md.24) yürürlükte olmasına karşın, Cumhurbaşkanlığı Dairesine bağlı bir takım memurların, Başbakan ve ilgili Bakanın imzası olmadan Cumhurbaşkanınca doğrudan atabilmesidir⁴.

1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin tek konusu Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğidir. Bu açıdan istisnai bir işlem türü olup, Anayasanın 107. maddesinde belirtilen "*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri*" dışındaki bir işlemin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün değildi. Buna karşın 107. maddede belirtilen konular ise sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecektir. Dolayısıyla bu konuda idare başka bir düzenleyici işlemle ya da yasama organı kanun veya kararla bir düzenleme yapamayacaktır⁵.

2 Salih Taşdöğen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 3, 2016, s. 940.

3 Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 122.

4 Cem Eroğul, "Parlamentar Demokrasilerde Cumhurbaşkanını", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 156, Haziran 1993, s. 48.

5 Taşdöğen, s. 941.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu olan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ilk defa 1982 Anayasası ile kurulmuş bir kurum değildir. Uygulamada devamlı olan görülen, ama bir Anayasal kurum haline gelişi 1982 Anayasası ile gerçekleşen, teşkilat içindeki personelin siyasi değil, idari nitelikte olduğu bu kuruluş⁶, Cumhurbaşkanına yetkilerini kullanma ve görevlerini yerine getirmede yardımcı olur⁷. Bu kuruluşun teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi, 1982 Anayasasında güçlendirilen Cumhurbaşkanlığının görevlerindeki artışı karşılamaya dönük bir düzenlemedir⁸.

1982 Anayasası yürütme içinde Cumhurbaşkanını güçlendirme eğilimi sergilese de parlamenter sistemin gereği olarak Cumhurbaşkanını yürütmenin sorumsuz kanadı, Bakanlar Kurulunu ise yürütmenin sorumlu kanadı olarak belirlemiştir. Bu açıdan gerek Bakanlar Kurulu kararnameleri gerekse üçlü (müşterek) kararnamelerde sorumluluk Bakanlar Kuruluna ait kalmaktadır. Bu açıdan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi belirli bir konu (Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği) ile sınırlı olmakla beraber, Cumhurbaşkanı açısından “özerk bir düzenleme yetkisinin açık ve kesin bir delili” olarak değerlendirilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması gereken Bakanlar Kurulu kararnamelerinden ayrı olarak düzenlenmiş olması, bunun Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılacak işlemlerden olduğunu göstermektedir⁹. Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine ilişkin kararnamenin, Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapacağı işlemlerden olması dolayısıyla, bunun bir kanunla düzenlenmesi mümkün değildir¹⁰. Bu açıdan 17.08.1983 tarihli ve 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu, Anayasa ile Cumhurbaşkanınca kararname düzenleneceği belirtilen hususlara karışmamıştır. O açıdan bu Kanunu Cumhurbaşkanının bu kararnamelerini çıkarabilmesi için gerekli bir kanun olarak nitelendirmek gerekmektedir¹¹.

1982 Anayasanın ilk hali itibarıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tek konusu olan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini düzenleyen Anayasanın 107. maddesi 2017 yılı Anayasa değişikliği ile ilga edilmiş olup, söz konusu ilga

6 Kemal Gözler, *Devlet Bakanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2001, s. 75

7 Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2013, s. 246.

8 Mümtaz Sosyal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1992, s. 326.

9 Lütfi Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, *İHİD*, Yıl: 4, Sayı: 1-3, s. 27.

10 Gözübüyük, s. 213.

11 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1991, s. 191.

12 Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 3, 1986, s. 212.

hükümünün ilk Cumhurbaşkanlığı seçimi sonrası yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Buna karşın Anayasanın 104. maddesinde yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanlığı hükümet modeline uygun olacak şekilde bu çalışmanın konusunu oluşturan Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilerek, yürütmeyi temsilen Cumhurbaşkanına genel bir düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiştir.

II. 2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası “Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”

A. Yeniden Şekillenen Yürütme Erkine Genel Bir Bakış

Cumhurbaşkanlığı Hükümet modelinde yürütmenin sorumlu kanadı olarak parlamentodan doğan, ona karşı sorumlu ve güvenine dayanan kolektif bir organ olan Bakanlar Kurulunun varlığına son verilmiş ve yürütme erkinin doğrudan halkın seçtiği Cumhurbaşkanında toplanması hedeflenmiştir. Bu durum anayasal hüküm olarak şöyle şekillendirilmiştir: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” (m. 8). Anayasanın 8’inci maddede yürütmenin “yetki ve görev” oluşu korunmuş olsa da, 104’üncü maddede “görev” kısmı düşmekte ve “yürütme yetkisinin” Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu basit bir ihmal olmayıp, Cumhurbaşkanlığı hükümet modeli ile gerçekleşen zihniyet değişiminin bir tezahürüdür. Bu kanunlar ile verilen görevlerin ifası için ihtiyaç duyulan bir yetki düzeyi olmayıp, bizzat bu görevlerin tanımlanmasını içeren bir yetkidir¹³.

Yeni hükümet modelinde, Cumhurbaşkanı yardımcıları da dâhil olmak üzere bakanlar yürütmenin tek kanadı olan Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadır. Anayasa değişikliği ile klasik parlamenter sistemin terkedilmesinin sonucu olarak bakanların meclise karşı siyasal sorumlulukları kalmamıştır. TBMM’nin “güvenoyu” ile görevde kalabilen ve TBMM tarafından “gensoru” ile düşürülebilen Bakanlar Kurulu ve Başbakanın varlığına son verilmesi, diğer bir ifadeyle doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile TBMM arasında işbaşına gelmede ve görevde kalmada “güvenoyu” veya “gensoru” gibi hiçbir hukuki bağ kurulmaması ve yürütme erkini temsilde Cumhurbaşkanı dışında bir siyasî güç bulunmaması tipik başkanlık sistemi özelliği taşımakta ve parlamenter sisteme son verildiği anlamına gelmektedir¹⁴.

13 M. Artuk Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2017/3, 2017, s. 47.

14 Ali Ulusoy, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor”, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>. (Erişim Tarihi: 08.04.2018).

Zira yeni anayasal sistemde gensoru kaldırılmış olduğundan (m. 98), Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların meclise karşı siyasal sorumlulukları yerini Cumhurbaşkanına karşı olan siyasal sorumluluğa dönüştürmüştür. (m. 106/5). Milletvekili iken bu mevkilere atananların Meclis üyelikleri sona ermekte olduğundan meclis çalışmalarına katılmaları da mümkün değildir (m. 106/4). Milletvekilleri, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara ancak yazılı olarak soru sorabilirler (m. 98/5). Böylece merkezi idare teşkilatında yer alan ve belirli bir milli kamu hizmetinin örgütlendiği bakanlık kuruluşunun, siyasal bir kişi olarak, en üst amiri olmaları keyfiyeti¹⁵, yürütüme organının yeniden tanımlanmasıyla oluşan Cumhurbaşkanının konumu ve yetkileri karşısında geçerliliğini yitirmiştir¹⁶.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Modeli ile parlamenter sistemin en temel özelliklerinden biri olan karşı-imza kuralının kaldırılması ile bakanların, Cumhurbaşkanının tasarruflarına müdahale imkanları da bulunmadığı dikkate alındığında, bakanların Cumhurbaşkanına karşı sorumlulukları siyasi bir bağlılıktan öte idari bir bağlılık olarak değerlendirilmelidir. Ortak bir hükümet programı ve belirlenmiş bir siyasetin parçası olmadıklarından, tüm bunların belirleyicisi olan Cumhurbaşkanının kararlarını uygulayan astlar olarak görevlerini ifa edecek ve bu manada onlara tanınan yetkilerin kullanıcısı olacaklardır¹⁷.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet modeline getirilen en önemli eleştiri, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçiminin aynı anda olması ve Cumhurbaşkanının partisinin başında seçimlere gidebilmesidir. Bu durumda Cumhurbaşkanının yasama ve yürütme erklerine fiilen bütünüyle hakim olacağı ve bunun otoriter bir yönetimi teşvik ederek demokratik bir yönetimi olanaksız kılacağı ifade edilmiştir¹⁸. Bu durumun teknik açıdan “kuvvetler birliği” modeli getireceği ve böylece aslında “sert” bir kuvvetler ayırımını öngören başkanlık sisteminin en temel özelliği ile bağdaşmayacağı tezi ileri sürülmüştür¹⁹.

Başkanlık sistemine geçiş konusunun sonuçta siyasi bir tercihtir ve bunun yerindeliğinin hukuki bir konu yapılması da mümkün değildir. Zira yeni bir hükümet modeli tercihinin gerek siyasi açıdan gerekse yerindelik açısından tartışma konusu olması onun hukuka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz²⁰.

15 Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara, s. 392.

16 Ardıçoğlu, s. 26

17 Ardıçoğlu, s. 26.

18 Rıza Türmen, “Yargının üzerindeki örtüler, Anayasa Değişikliği”, <http://www.milliyet.com.tr/anayasa-degisikligi-4/rizaturmen/siyaset/siyasetyazardetay/16.08.2010/1276914/default.htm>. (Erişim Tarihi: 08.04.2018).

19 Kemal Gözler, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı Elveda Anayasa”: www.anayasa.gen.tr/elvedaanayasa.htm. (Erişim Tarihi: 08.04.2018).

20 Ulusoy, s. 3.

B. Anayasal Çerçeve

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasal çerçevesi, 2017 yılında gerçekleştirilen referandum sonrası 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile öngörülen “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Modeline” uygun olarak yeniden şekillenmiştir. Anayasanın 104/17’de gerçekleştirilen değişiklik ile yürütmenin önemli bir düzenleyici olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi düzenlenmiştir. Buna göre;

“Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir (md.104/17-1).

Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez (md.104/17-2).

Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (md.104/17-3).

Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır (md.104/17-4).

Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir (md.104/17-5).

Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir (md.104/17-6).

Kararnameler ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer (md.104/17-7).”

Bu düzenlemeden hareketle kanunların kararnameler karşısında üstünlüğünü açık bir şekilde koruduğunu ve bunu uygulamada da güçlendirdiği görülmektedir²¹. Bu açıdan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanunların altında yer alan düzenleyici kural işlemler olarak nitelendirilmiştir²². Olağan dönem KHK’leri ile karşılaştırıldığında; KHK’ler yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirebildikleri ve kaldırebildikleri, dolayısıyla tamamen kanun gücünde oldukları halde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun hükümlerine aykırılığı halinde kanun hükümleri uygulanacaktır. Buna göre Anayasa da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda dahi Meclisin kanun yapabileceği sonucu doğmaktadır²³.

21 Mert Hüseyin Akgün, “Başkanlıktan Cumhurbaşkanlığı Sistemine; 2012 ve 2016 AK Parti Anayasa Önerileri”, *Seta Perspektif*, Sayı: 163, 2017, s. 1 – 6.

22 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 250.

23 Ardıçoğlu, s. 38.

Anayasanın 104/17 de genel çerçevesi çizilen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin Anayasanın diğer maddelerinde de özel düzenlemelerde mevcuttur. Bu hükümler incelendiğinde devlet teşkilatının örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin birçok düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılmasının öngörüldüğü görülmektedir. Buna göre;

- *“Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” (md. 106/son).*

- *“Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev suresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” (md. 108/son).*

- *“Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” (md. 118/6).*

- *“Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur”(md. 123/3).*

- *“Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler” (md. 124/1).*

Bu metinler devlet örgütünün şekillendirilmesine ilişkin olarak Anayasa metninde açık bir şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek konular olarak belirlenmiştir. Özellikle Bakanlıklar, Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu genel Sekreterliğinin kuruluş ve örgütlenmesine ilişkin getirilen düzenlemeler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için münhasır bir alan yaratıldığı söylenebilir²⁴. Bu hükümlere ilişkin konuların Anayasa değişikliği öncesinde uygulamada kanun hükmünde kararnamelerle düzenlemediği, ancak kanunla düzenlendiği göz önüne alındığında kuvvetler ayrılığı kapsamında yasamanın ağırlığının azaltıldığı yönünde eleştiriler gündeme getirilmektedir²⁵.

Anayasa ayrıca, Cumhurbaşkanına, *üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevlerine son verme yetkisi vermiştir. Bu çerçevede bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği (md.104/9)* belirlenmiştir. Cumhurbaşkanına tanınan bu yetki ile Bakanın, bakanlık içinde politika belirleyeceği ve birlikte çalışacağı kamu görevlilerini tespit etme yetkisinden tümüyle mahrum bırakılacağı belirtilmiştir²⁶.

Bunun yanında Anayasa m. 137/1’de;

24 Ardıçoğlu, s. 39.

25 Çağrı D. Çolak, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, *Strategic Public Management*, Cilt: 3, 2017, s. 57.

26 Ardıçoğlu, s. 27.

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, ustu emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz” hükmü getirilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir diğer düzenleme Anayasa m. 161/7’de düzenlenmiştir. Buna göre;

“Merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabilceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.”

Olağanüstü Hal yönetiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin Anayasanın 119/6-7 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yargısal denetimine ilişkin Anayasanın 148, 150,151, 152 ve 153. maddelerinde ayrıca düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacağından burada yeniden değerlendirilmemiştir.

C. İşlemin Unsurları Açısından “Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki rejimi incelenirken bu kararnamelerin yetki, sebep, konu ile usul ve şekil unsurları bakımından irdelenmesi kararnamelerin hukuki rejiminin açıklanması açısından kolaylık sağlayacaktır.

1. “Yetki Unsuru” Açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Yetki, idari makamı işgal eden kişi ya da kişilerin kamu tüzel kişisi adına hukuki işlemler yapabilme ehliyetidir. Dolayısıyla hukuk kurallarıyla kendisine bir konuda yetki verilmiş kişi ya da kişiler idare adına irade açıklayabilirler²⁷. Diğer bir deyimle hukuki tasarrufun temelini oluşturan irade ehil ve yetkili bir merci ve makamdan sadır olmalıdır²⁸.

Karar alma yetkisi olarak da tanımlanan yetki unsuru, Anayasa ve kanunların bazı makam ve organlara tanıdığı karar alabilme, işlem yapabilme güç ve yeteneğini ifade eder²⁹. Bu açıdan idare hukukunda yetkiler anayasa ve kanunlardan kaynaklanır³⁰ ve kanunlarla sınırlıdır³¹.

27 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2008, s. 291.

28 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: 1., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 300.

29 Günday, s. 134.

30 Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 291.

31 Güler Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 176.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi ise doğrudan Cumhurbaşkanına aittir (md.104/17-1). Bu düzenleme 2017 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı hükümet modeline geçişin doğal sonucudur. 2017 Anayasa değişikliği ile parlamenter sistemden çıkılmış, yürütme yetkisi tümüyle Cumhurbaşkanına verilerek, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış ve bakanların parlamentoya karşı siyasal sorumluluğu sona erdirilmiştir. Bu kapsamda yürütmenin sorumlu kanadı olan Bakanlar Kurulunun asli düzenleyici işlem yetkisi olarak kullandığı KHK'leri kaldırmış ve yürütmenin tek ve siyasal sorumluluğu üstlenen makamı olarak Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi tanımıştır. Böylece Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, yetki unsuru bakımından “yürütme görev ve yetkisi uhdesinde olan tek kişilik hükümetin başı olarak Cumhurbaşkanına özgülenmiştir³²”.

1982 Anayasasının ilk düzenleniş şekli ile bakıldığında ise olağan dönemlerde Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarabilmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılacak bir yetki kanunu ile yetkilendirilmesine ihtiyacı vardır (md.91/1-2). Buna karşın Cumhurbaşkanının “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” çıkarabilmesi için yetki kanunun bulunup bulunmaması konusunda Anayasa’da bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Cumhurbaşkanına tanınan kararname çıkarma yetkisi doğrudan Anayasanın 104. maddesinden kaynaklandığı ve yürütme kanadının meclisten doğmadığı dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için yetki kanunu zorunluluğu bulunmadığı açıktır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için parlamento onayının kaldırılması ile “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yürütme organının Anayasadan kaynaklanan ve herhangi bir kanuni yetkilendirmeye ihtiyaç duymayan asli düzenleme yetkisinin büyük ölçüde genişletilmiştir³³”. Hatta doktrinde Cumhurbaşkanlığının böylece şimdiye dek yasama organının tekelinde olan ilk elden “kural koyma” devlet yetkisi ile donatıldığının kabulünü zorunlu kıldığı tespiti de yapılmıştır³⁴.

2. “Şekil ve Usul Unsuru” Açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

2017 yılı Anayasa Değişikliği sonrası olağan dönemlerde çıkartılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin şekil ve usul açısından getirilen tek düzenleme “*Kararnameler ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer (md.104/17-7)*”

32 Muammer Kılıç, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, <http://www.hukukajansi.com/cumhurbaşkanlığı-kararnamesi-makale,1831.html>, (Erişim Tarihi: 06.04.2017).

33 Özbudun, s. 257.

34 Ardıçoğlu, s. 37.

hükmüdür. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için meclisten bir yetki kanunu gerekmediği için bu kararnameler meclis onayına da tabi tutulmamıştır. Bu çerçevede kararnamelerin sadece Resmi Gazetede yayımlanmaları ve kararnamede yürürlüğe giriş için ayrı bir tarih belirtilmemiş ise yayım tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

3. “Sebeb Unsuru” Unsuru Açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Sebeb unsuru, idareyi bir işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenlerdir³⁵. Bir idari işlemin sebebi, o idari işlemde önce gelen, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden ve nesnel hukuk kurallarınca belirlenmiş bulunan bir etkidir³⁶. Dolayısıyla idarenin bir işlemi yapabilmesi için işlemi yapmaya yetkili olması yetmez; ayrıca onu yapmaya bir sebebi de olmalıdır³⁷.

Olağan dönemlerde çıkartılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yapılabilmesi için Anayasa veya kanunlar tarafından belirlenmiş özel bir sebebi yoktur. Anayasa değişikliği ile yasa koyucu, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sebebini ve konusunu özel olarak belirlenmemiş, yürütme yetkisi kapsamında kararname çıkarmak üzere Cumhurbaşkanlığı genel yetkili makam olarak şekillendirilmiştir.

4. “Konu Unsuru” Unsuru Açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

İdari işlemin konu unsuru, idari işlemin doğurduğu hukuki sonuç, hukuk âleminde meydana getirdiği değişikliklerdir³⁸. Anayasa değişikliği ile şekillenen 104/17 ye göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu “*yürütme yetkisine ilişkin konular*”dır. Buradan hareketle Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu alanının genişletildiği³⁹ ve Cumhurbaşkanının kararname çıkartma yetkisinin yürütme yetkisine ilişkin tüm alanları kapsadığı görülmektedir.

Olağan dönem KHK’leri ile karşılaştırıldığında; KHK’lerin yetki kanununun belirlediği belli konularda çıkarılabileceği mümkünken, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin “yürütme yetkisine ilişkin” bütün konularda çıkarılabileceği görülmektedir. Bu açıdan, “*yürütme yetkisine ilişkin konular*” ibaresinin sınırları belirsiz ve çok geniş bir alanı kapsadığı tespiti⁴⁰ yapılmıştır.

35 Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 330.

36 Günday, s. 152

37 Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 330.

38 Onar, s. 312; Günday, s. 157; Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 334.

39 Arđıçođlu, s. 37.

40 Özbudun, s. 251.

Cumhurbaşkanına “yürütme yetkisine” ilişkin konularda tanınan kararname çıkarma yetkisi dışında Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına kararname ile düzenleme gücü verilen farklı yetkilerde mevcuttur. Bunlar yetkiler Anayasa da şöyle düzenlenmiştir:

“Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler (md. 104/8).”

“Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir (md. 106/son).”

“Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir (md. 108/son).”

“Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir (md. 118/6).”

“Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur (md. 123/3).”

“Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler (Md. 124/1).”

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz (md. 137/1).”

Bu noktada Anayasa'nın 106. maddesinde yapılan değişiklik ile Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacağı hükümü dikkat çekicidir. Anayasanın 104/17-1 maddesi ile Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarması için genel yetki verilmiş olmasına karşın Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacağının ayrıca md. 106/son'da düzenlenmesi doktrinde tereddüde yol açmıştır. Bu konuda ayırık bir düzenleme yapılması ile bu madde kapsamındaki konularda kanuni bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütme-ye sadece asli değil ayrıca “mahfuz” bir düzenleme alanı bırakılması istenilmiş

olabileceği ifade edilmiştir. Cumhurbaşkanına böyle bir yetkinin verilmiş olmasının “yasama yetkisinin genelliği” ilkesi ile çeliştiği ifade edilmiştir⁴¹.

Yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarma açısından Cumhurbaşkanlığı makamına tanınan genel yetkinin sınırları yine Anayasanın değişik 104. maddesi ile şekillendirilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanının Kararname çıkarma yetkisi beş alanda sınırlandırılmıştır.

İlk olarak Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Bu açıdan bakıldığında olağan dönem KHK’lerin kapsamı ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kapsamı açısından paralellik sağlandığı görülmektedir. Buradan hareketle temel hak ve özgürlükler açısından sadece Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan Sosyal ve Ekonomik hak ve özgürlükler alanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi düzenlenebileceği anlaşılmaktadır.

Burada öncelikle ifade edilmesi gereken, Sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasanın ilgili maddelerinde kanunla düzenlenmesi öngörülmuş konuların kararname ile düzenlenemeyecek olmasıdır. Örnek olarak Anayasa md. 42/2: “*Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir*”, md. 43/2; “*Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir*”, md 49: “*Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir*”, md. 50: “*Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir*” hükümleri gösterilebilir. Dolayısıyla bu alanlarda çıkartılacak bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Anayasa md.104/17’ye ve ilgili anayasa maddelerine aykırılık teşkil edecektir⁴². Buna karşın Anayasa da kanunla düzenlenmesi açıkça öngörülmemiş sosyal ve ekonomik haklar Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu olabilecektir.

İkinci sınır; Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacak olmasıdır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmakta olan Kanun Hükmünde Kararnameler gibi kanuna eşdeğer bir hukuk kaynağı olmadığından, Anayasa Mahkemesinin bu Kararnameler için geliştirdiği, “Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilen konuların da Kanun Hükmünde Kararnamelerle düzenlenebileceği” içtihadı sürdürülebilirliğini yitirmiştir⁴³.

41 Özbudun, s. 251.

42 Ardıçoğlu, s. 39.

43 Ardıçoğlu, s. 39.

Buna karşın “*münhasıran*” sözcüğünün anayasal karşılığının ne olduğu belirlenmeye muhtaçtır. Anayasanın hiçbir hükmünde “*münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen*” bir konu yoktur. Bu sözcükten anlaşılması gereken “*ancak*” veya “*sadece*” kanunla düzenleme ise Anayasanın 13. maddesi delaletiyle temel hak ve özgürlükler ile ilişkili konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı anlamına gelecektir. Ancak Anayasanın ikinci kısmı üçüncü bölümünde yer alan “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” in, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebileceği bizatihi maddenin tersinden çıkarılmaktadır. Bu anlamda eğitim-öğretim, sağlık, sosyal güvenlik, devletleştirme-özelleştirme, çalışma hayatı ve sendikal haklar gibi toplumsal hayatı doğrudan etkileyen ve bu temel hak ve özgürlüklerin kullanımlarını hayata geçirirken onların kullanımını genişleten ve daraltabilen bir dizi düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılması mümkün görünmektedir⁴⁴.

Üçüncü sınır ise; kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak olmasıdır. Ancak bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, kanunlarla açıkça düzenleneceği belirtilen konular dışındaki yürütme yetkisine ilişkin her alanı düzenleyebileceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı makamının yasama konusunda neredeyse genel yetkili makam olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Bu durumda meclisin kararnameyi geçersiz kılmasının tek yolu kararname ile aynı konuda yeni bir kanun çıkartılması olacaktır. Ancak Cumhurbaşkanının üyesi olduğu parti ile meclis çoğunluğunu sağlayan partinin aynı olması durumunda, Cumhurbaşkanının parti lideri sıfatıyla mecliside kontrol ederek kararnameleri geçersiz kılacak yasa çıkarılmasını engelleme gücü olacaktır. Bu durumda Cumhurbaşkanının ülkeyi sürekli kararnameler ile yönetebileceği iddia edilmektedir⁴⁶.

Dördüncü sınır; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde, kanun hükümlerinin uygulanacak olmasıdır. Beşinci ve son sınır ise; TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hâle gelecek olmasıdır.

III. 2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası “Olağanüstü Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”

A. Anayasal Çerçeve

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair

44 Ardıçoğlu, s. 38.

45 Osman Can, “Anayasa Değişikliği Teklifine Dair Değerlendirme”, <http://www.sosyalbilimler.org/osman-can-kaleme-aldi-anayasa-degisikligi-teklifine-dair-degerlendirme/>, 2017, (Erişim Tarihi: 02.04.2018).

46 Can, 2017.

Kanun ile gerek Olağanüstü Hal rejimi gerekse olağanüstü hal döneminde çıkartılacak kararnamelerin hukuki rejimine ilişkin değişiklik getirilmiştir. Anayasanın 119/6–7’de gerçekleştirilen değişikliğe göre;

“Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 uncu maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmi Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hali hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

Anayasanın 119/6–7’de düzenleme dikkate alındığında 6771 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrası yürürlüğe girecek “OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin”, işlemin yetki, sebep, konu ve usul ve şekil unsurları açısından incelenmesi konunun anlaşılması açısından sistematik olacaktır.

B. İşlemin Unsurları Açısından “Olağanüstü Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”

1. “Yetki Unsuru” Açısından Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

“Yetki” unsuru açısından bakıldığında; 6771 sayılı Kanunun 12. maddesi ile Anayasanın Olağanüstü Hal yönetimini düzenleyen 119. maddede değişikliğe gidilmiş ve Cumhurbaşkanına doğrudan olağanüstü halin gerektirdiği konularda kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu kararnameler kanun hükmünde olup, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın çıkarılabilecektir. Buradan da anlaşılacağı üzere ilk Cumhurbaşkanlığı seçimi sonrası olağanüstü dönemlere kararname çıkarma yetkisi doğrudan Cumhurbaşkanına geçecektir. Gerek olağanüstü hal ilanı gerekse olağanüstü hal ilanı sonrası tek yetkili merci Cumhurbaşkanlığı makamı olmuştur. Cumhurbaşkanı bu yetkisini “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” ile kullanacak olup, bu kararname kanun hükmünde olacaktır.

Olağanüstü dönemde yürürlüğe girecek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ilişkin olarak gerek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini şekillendiren Anayasanın 104. maddesi gerekse olağanüstü hal rejimini şekillendiren 119. maddesinde yetki kanunundan bahsedilmemektedir. Anayasanın KHK’leri düzenleyen 91. maddesi de yürürlükten kalkacağına göre OHAL döneminde çıkarılacak Cum-

hurbaşkanlığı Kararnameleri için TBMM'den alınacak bir yetki kanununa da gerek yoktur.

2. “Şekil ve Usul Unsuru” Açısından Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

“Şekil ve Usul” unsuru açısından bakıldığında; 6771 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme ile olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin usul ve şekil esaslarının tek bir maddede (md.119) toplandığı görülmektedir. Buna göre;

“Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, ...Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar”.

Bu düzenleme ile olağanüstü hal döneminde Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Resmî Gazetede yayımlanacağı ve aynı gün Meclis onayına sunulacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu kararnamelerin onaylanmaması veya değiştirilerek onaylanması halinde izlenecek yol hakkında Anayasa bir düzenleme öngörmemiştir. 6771 sayılı kanun ile gerçekleşen Anayasa değişikliği ile Anayasanın kanun hükmünde kararnameleri düzenleyen 91. maddesi kaldırılacağına göre bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin getirilen Anayasanın 104. maddesinde düzenleme esas alınacaktır. İlk TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonrası Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecek Anayasanın 104. maddesine göre “...Kararnameler ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.”

Buradan anlaşılacağı üzere yeni dönemde olağanüstü dönemde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girecektir. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar. Bu düzenleme ile olağanüstü hal KHK için içtüzük ile belirlenen TBMM’de bir aylık görüşülme süresi, Anayasa metni ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için 3 aya çıkartılmıştır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin üç ay içinde Meclis kararına bağlanmadığı takdirde kendiliğinden yürürlükten kalka-

cağı hükmüyle etkin yasama denetimine tabi kılınmıştır.

3. Sebep Unsuru” Açısından Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

“Sebep” unsuru açısından bakıldığında; 6771 sayılı Kanun ile getirilen OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürürlükte olan OHAL KHK’leri arasında ciddi bir fark göze çarpmamakta hatta paralellik arz etmektedir. OHAL KHK’lerinin sebep unsuru Olağanüstü hal ilan kararı ve bu karara dayanak teşkil edecek şartların mevcudiyetidir. Bu noktada anayasa yazımı açısından teknik bir düzenleme yapılarak halen yürürlükte olan Anayasanın 119 ve 120. maddelerinde ayrı ayrı düzenlenen olağanüstü hal gerekçeleri Anayasa değişikliği ile 119. maddede tek bir maddede toplanmıştır. Mevcut anayasal düzenlemede olağanüstü yönetim usulleri “olağanüstü haller (md.119-120)” ve “sıkıyönetim, savaş ve seferberlik (md 121)” halleri olarak düzenlenmiştir. Anayasa değişikliği ile getirilen yeni düzenlemeye göre (md. 119); *“Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.”*

Yeni anayasal düzenleme ile sıkıyönetim uygulaması kaldırılmış, savaş ve seferberlik halleri ise ayrı bir olağanüstü yönetim unsuru olmaktan çıkartılarak olağanüstü hal kapsamı içine alınarak onun gerekçeleri arasında sayılmıştır. Buna karşın tabii afet, ağır ekonomik bunalım hali ve şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması gerekçeleri olağanüstü hal nedeni olarak korunmuştur.

4. “Konu Unsuru” Açısından Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

“Konu” unsuru açısından bakıldığında; 6771 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için getirilen düzenleme ile yürürlükte olan OHAL KHK’lerinin öngördüğü düzenleme benzerlik arz etmektedir. Yeni düzenleme ile Anayasanın 119. maddesinde değişikliğe gidilerek “Cumhurbaşkanına olağanüstü halin gerektirdiği konularda Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Öyle ki 104. maddesinin on yedinci fıkrasına göre; olağan dönemlerde Anayasa-

nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Dolayısıyla Anayasanın yürürlüğe girecek 119. maddesi bu düzenlemenin olağanüstü hal yönetiminde geçerli olmayacağını belirlemiştir. Buradan anlaşılacağı üzere olağanüstü kararnamelerde konu sınırı olmaması ilkesi korunmaya devam edilmiş ve Cumhurbaşkanına OHAL süresince tüm temel hak ve özgürlüklere yönelik kararnama çıkarma yetkisi tanınmıştır.

Buna karşın gerek doktrinde gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasanın 15'inci maddesinden ve Anayasanın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasından kaynaklı olarak Olağanüstü hâl ve KHK'leri için konu sınırı olduğu tespiti yapılmıştır. 6771 sayılı Kanun, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen Anayasanın 15. maddesinde değişikliğe gitmediğine göre bu madde ile getirilen sınırlamalar OHAL döneminde çıkartılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri içinde geçerli olacaktır.

Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasını düzenleyen 15'inci maddesinin birinci fıkrasına göre; *“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir”*. Bu ifadeden açıkça anlaşılmaktadır ki, olağanüstü hâl rejimlerinde, sadece 15'inci madde uygulanır; Anayasanın diğer maddelerinde belirtilen güvenceler geçerli değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararı da bu yöndedir. Yüksek Mahkemeye göre; *“Anayasa genel olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını 13. maddesinde düzenlemiştir. Ancak, savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hâllerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını ve hatta durdurulmasını özel olarak düzenleyen 15. maddedir”* (AYM. E.1990/25, K.1991/1).

Buradan da anlaşılacağı üzere Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere uygun olarak durumun gerektirdiği ölçüde hükümler ihtiva edecek ve 15. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen çekirdek alana dokunmayacaktır. Anayasa Mahkemesine göre bu maddede geçen milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükten kasıt esas olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesidir. Bu açıdan yüksek mahkeme şu tespiti yapmıştır: *“Anayasanın 15'inci maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15'inci maddesinin hemen hemen bir yinelemesidir. Bu nedenle, olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15. maddesine uygun görüldüğünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olacağı kuşkusuzdur”*(AYM. E.1990/25, K.1991/1). AİHS'nin 15.maddesine göre

de olağanüstü yönetim usullerinin uygulanması halinde temel hak ve özgürlükler bu maddede yazılı koşullarla kısmen veya tamamen durdurulabilir ve bunlar için Anayasa da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Çekirdek alana dokunma yasağı ise hangi şart ve koşulda olursa olsun mutlak korunması gereken, sınırlandırılmayacak ve durdurulamayacak temel haklardır. Bunlar Anayasanın 15. maddesinin 2.fıkrası ile getirilmiş, olağanüstü hal ile beraber savaş, sıkıyönetim ve seferlik hallerinde bile dokunulmaz hak ve özgürlükler silsilesidir. Anayasaya göre; *“savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yasama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”*. Anayasa Mahkemesine göre de bunlar olağanüstü hal rejiminde dahi dokunulmaz ve mutlak korunması gereken hak ve özgürlüklerdir (AYM. E.1990/25, K.1991/1).

Konu bakımından olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin tâbi olduğu ikinci sınır; Anayasanın 121’inci maddesinin üçüncü fıkrası ile getirilen ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin ancak olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda çıkarılabileceğine dair düzenlemedir. 6771 sayılı kanun Anayasanın 121. maddesini kaldırmasına karşın Anayasanın 119. maddesinde değişiklik yaparak aynı hükmü korumuş ve *“çıkartılacak kararnamenin konusunun yine olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda sınırlı olacağı”* hükmünü tekrarlamıştır. Nitekim Yüksek Mahkemeye göre; *“Olağanüstü hâllerde Anayasa’nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasına göre çıkarılabilecek KHK’lerde konu sınırlaması olmaması, olağanüstü KHK’lerin düzenleme alanının sınırsız olduğu anlamında değildir. Bu tür KHK’lerin düzenleme alanları, Anayasa’nın 121. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince ‘olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularla sınırlıdır. Olağanüstü hâlin gerekli kılmadığı konuların olağanüstü hâl KHK’leriyle düzenlenmesi olanaksızdır”* (AYM. E.1990/25, K.1991/1).

Anayasa bu düzenlemesine karşın hiçbir yerinde olağanüstü halin gerekli kıldığı konuların neler olduğunu göstermemiştir. Bu noktada olağanüstü halin gerekli kıldığı konuların tespiti doktrine ve yargı kararlarına kalmıştır. Doktrinde bu “hukukî işlemin konusu, onun doğurduğu hukukî sonuç, hukuk aleminde meydana getirdiği değişikliktir. “Sebebe” bir işlemin dayanağı, “konu” da o işlemin doğuracağı sonuç olduğuna göre, “sebebe” ve “konu” unsurları arasında bir nedensellik bağı vardır. İdarî işlemin “sebebe” ile “konu” unsurları arasındaki bağıdaki kopukluk, idarî işlemin konu unsuru bakımından sakat hâle getirir” şeklinde açıklanmıştır⁴⁷. Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı da doktrinindeki

47 Günday, s. 124.

görüşlere benzerdir. Yüksek Mahkeme 1991 yılında verdiği bir kararında; “*Olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konular, olağanüstü hâlin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır. Olağanüstü hâlin amacı, neden öğesiyle kaynaşmış bir durumdadır. Bu durumda olağanüstü hâl KHK’lerinin ‘olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda’ olağanüstü hâlin amacı ve nedenleriyle sınırlı çıkarılmaları gerekir*” (E.1990/25, K.1991/1) tespitini yapmıştır.

IV. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi

2017 yılındaki Anayasa değişikliği sonrası Anayasanın değişik 148. maddesi çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Buna göre (md. 148/1);

“Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

Buradan anlaşılacağı üzere Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa Mahkemesinin soyut norm denetimine tabi tutulmuştur. Ayrıca Anayasanın 150, 151, 152 ve 153 üncü maddelerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal denetimine ilişkin değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Anayasa değişikliğini öngören 6771 sayılı Kanunun 16. maddesinin B fıkrası ile Anayasanın 150 nci maddesinde yer alan “kanun hükmündeki kararnamelerin” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin” ve 151 inci maddesi ile 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “kanun hükmünde kararname” ibareleri “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi”; 152 nci maddesinin birinci fıkrası ile 153 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kanun hükmünde kararnamenin” ibareleri “Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin” şeklinde değiştirilmesine hükmedilmiştir.

Bu çerçevede mevcut değişiklikler dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal denetimine ilişkin esasların Kanun hükmündeki kararnamelerin Anayasa Mahkemesince denetimdeki ilkelere paralel olarak şekillendirildiği görülmektedir. Bu değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde;

- Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilecektir (md. 148).
- Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma

hakki, Cumhurbaşkanına ve Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna aittir (md. 150).

- Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kararnamenin Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer (md.151).

- Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar (md.153/3-1). Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir (md. 153/3-2). Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez (md. 153/3-3).

- Anayasa Mahkemesi bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri soyut norm denetimi dışında Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimine de tabi tutulmuştur. Buna göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin itiraz yolu ile Anayasaya aykırılıkları ileri sürülebilir. Buna göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır (md.152/1). Anayasa Mahkemesinin gerek soyut gerekse somut norm denetimi sonrası bu konuda vereceği olası iptal kararları, idari yargıdaki iptal kararlarından farklı olarak geriye yürümeyecektir.

Olağanüstü hallerde ve savaş halinde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanun hükmünde olup (md. 119/6), bunların şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava açılmaz (148/1).

6771 sayılı Kanunla Anayasanın 104. maddesinde yapılan değişiklik dikkate alındığında Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülen ya da kanunda açıkça düzenlenen alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı esas alınmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun hükümlerine aykırılığı halinde ise kanun hükümleri uygulanır. TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda ise Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hükümsüz hale gelmektedir. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile getirilen düzenlemelerin kanunlara aykırı hükümler taşıyıp taşımadığı sık sık ihtilaf konusu olabilir ve bu uyumsuzlukların Anayasa Mahkemesinde karara bağlanması gerekebilir⁴⁸.

48 Özbudun, s. 251.

Bununla beraber Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacak bir konuda kararname ile düzenleme yapılması Anayasaya aykırılık teşkil edecek, bu konuda belirlemeyi iptal davası veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi yapacaktır⁴⁹. Anayasanın 104/17'nin; ikinci cümlesi uyarınca “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle*” düzenlenemeyeceği hükmü bu hallerin en tipik örneklerinden biri olacaktır.

Anayasanın 104. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*” hükmü ise bir iptal nedeni değildir, ancak Anayasa Mahkemesi bu durumda yokluğun tespiti kararı vermelidir. Ashında bu bir yokluk tespiti olduğu için adli ve idari yargı organlarının da, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın kendilerinin verebileceği bir karardır⁵⁰.

Burada dikkat çekilmesi gereken noktalardan biri de yeni modelde, Cumhurbaşkanının yapacağı işlemlerin hukuki niteliğinin, kendisine anayasa ile verilen görevler ve yetkiler bakımından farklılık göstereceğidir. Bu işlemlerin hukuki niteliğinin tanımlanması, yargısal denetimlerinin hangi makamca ve ne şekilde yapılacağını belirleyecektir. Buna göre Cumhurbaşkanının yürütme yetkisinden kaynaklı kararnameler şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesince denetlenebilirken, Cumhurbaşkanının idari fonksiyona dâhil edilecek işlemleri, idari işlem addedilerek bunlara karşı idari yargıda dava açılması mümkün olabilecektir⁵¹. Bu açıdan Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı açılan bu davalar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu md. 24/1-a da yapılacak muhtemel değişiklikle, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görev alanına girecektir.

Bu kapsamda örneğin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bakanlıkların “*kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması*” düzenleyici yürütme işlemi olarak anayasa yargısının denetimine açık iken, Cumhurbaşkanı yardımcılarını da dâhil olmak üzere bakanların Cumhurbaşkanı tarafından atanma ve görevden alma işleminin idari işlem kuramı açısından basit işlem olması ve idari işlem oldukları için de idari yargı denetimine açık olacaktır⁵².

Buna karşın doktrinde üst kademe yöneticileri atamaları gibi yapılacak birel idari işlemler başta olmak üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile gerçekleştirilecek tüm işlemlerin Anayasanın 148/1 kapsamında gerçekleştirilen değişiklik ile

49 Ardıçoğlu, s. 38.

50 Ardıçoğlu, s. 45.

51 Ardıçoğlu, s. 29

52 Ardıçoğlu, s. 26.

özel hüküm ile anayasa yargısına tabi olduğu⁵³ ve mevcut düzenleme karşısında önüne gelen dosyaya idari hâkimin yetkisizlik kararı vermesinin mümkün olabileceği ileri sürülmektedir. Bu durumda bir vali veya kaymakamın görevden alınması ve tayin edilmesi işlemine karşı gidebileceği bir hukuki merci kalmamaktadır⁵⁴.

Son olarak Anayasa değişikliği ile şekillenen md. 124/1 uyarınca Cumhurbaşkanını “*kendi görev alanını ilgilendiren kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler*” çıkarabilecektir. İdari fonksiyon içinde kullanılan bir yetki olarak bu yönetmelikler bir düzenleyici işlem olup, doğal olarak hukuka aykırılığı idari yargıda ileri sürülebilecektir.

Sonuç

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Modeli olarak isimlendirilen yeni sistemin en önde gelen özelliği, Cumhuriyet rejimi ile Anayasalarda yerleşik şekil alan yürütmedeki düalist yapıyı ortadan kaldırmasıdır. 1982 Anayasasının öngördüğü parlamenter sistemin gereği olarak siyasal açıdan sorumsuz Cumhurbaşkanı ile siyasal açıdan sorumlu Bakanlar Kurulu arasında paylaşılan yürütme yetkisi doğrudan Cumhurbaşkanına devredilmiştir. Başbakanlık ve Bakanlar Kurulunun kaldırılmasının doğal sonucu olarak yürütme adına onların sahip olduğu yetkilerde Cumhurbaşkanına devredilmektedir. Bu açıdan 1982 Anayasasının 91. maddesi ile düzenlenen KHK’ler, 2017 yılı Anayasa değişikliği ile kaldırılmış ve yerine yürütmenin yeni bir düzenleyici işlemi olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi şekillendirilmiştir. *Cumhurbaşkanı tarafından, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarabilecek olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi*, yürütmenin 1982 Anayasasına göre sahip olduğu özerk veya asli düzenleme yetkisinin tipik bir örneğini meydana getirmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri idarenin tek yanlı iradesi ile oluşan ve icrai işlem niteliğinde olan işlemlerdir. Bu açıdan bakıldığında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılan ve sadece Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan düzenleyici bir işlemdir. Cumhurbaşkanının bu yetkisi doğrudan 6771 sayılı Kanunla değiştirilen Anayasasının 104. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle aynı kanunla ilga olan KHK’lerin aksine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması için TBMM’den “yetki kanunu” ile yetki alınmasına gerek olmadığı gibi bu kararnameler parlamentonun da onayına da sunulmamaktadır.

Anayasanın 104. maddesinde yapılan değişiklik ile Anayasa da münhasıran

53 Ulusoy, s. 4.

54 Giray Tamer, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu”, <http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf>. (Erişim Tarihi: 01.04.2018).

kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konuda farklı bir kanun hükmü olması halinde ise kanun hükmü uygulanacaktır. Bu durumda üst norm olan kanunun uygulanma önceliği vardır. Bununla beraber sonradan çıkarılan kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konuya ilişkin ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükten kalkacaktır. Bu açıdan bakıldığında kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi karşısında üstünlüğünü açık bir şekilde koruduğu görülmektedir. Buna karşın Anayasa değişikliği sonrası Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin doğrudan konusu haline gelen ayırık yetkilere ilişkin yasayla düzenleme yapılması halinde bir yetki gaspının oluşacağı ileri sürülebilir.

Olağanüstü hallerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanun hükmünde olup, bunların Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılması mümkün değildir. Bu çerçevede normlar hiyerarşisi açısından bakıldığında olağanüstü dönemlerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, olağan dönemde çıkarılacak kararnamelere göre daha üst düzeydedir denilebilir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet modelinde, kararnameler aracıyla Cumhurbaşkanlığı, üst düzey kamu görevlilerini atamaya ilişkin esasları belirleme ve merkezi idarenin yapılanma ve işleyişinden, görev ve yetkilerine kadar şekillendirme yetkisi ile donatılmıştır. Bunun yanında kararnameler aracılığıyla sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklere ilişkin kararname ile düzenleme yetkisi donatıldığından toplumsal ve ekonomik yaşamı da ayrıca şekillendirebilecektir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir alanda ve yürütme yetkisine ilişkin bir konuda çıkarılmış olmakla beraber anayasal ilke ve kuralara uygunluğu tartışmalı Kararnamelerin denetimi, iptal davası (soyut norm denetimi) veya itiraz (somut norm denetimi) yoluyla Anayasa Mahkemesince yapılır. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yargısal yönden denetleme yetkisinin özel olarak Anayasa Mahkemesine verilmesi bu kararnamelerin yasama işlemi niteliğinde olduğu anlamına gelmeyecektir. Zira bu kararnameler kanunları değiştiremediği veya yürürlükten kaldırmadığına göre yasama işlemi niteliğinde değil, idari düzenleme mahiyetindedir.

KAYNAKLAR

- Akgün, Mert Hüseyin, “Başkanlıktan Cumhurbaşkanlığı Sistemine; 2012 ve 2016 AK Parti Anayasa Önerileri”, *Seta Perspektif*, Sayı: 163, 2017, s.1 – 6.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Ardıçoğlu, M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, s. 21 – 51.
- Can, Osman, “Anayasa Değişikliği Teklifine Dair Değerlendirme”, <http://www.sosyalbilimler.org/osman-can-kaleme-aldi-anayasa-degisikligi-teklifine-dair-degerlendirme/>, 2017. (Erişim Tarihi: 02.04.2018).
- Çolak, Çağrı D., “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, *Strategic Public Management*, Volume: 3, s. 50 – 65, 2017.
- Duran, Lütfi, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, *İHİD*, Yıl:4, Sayı:1-3, s. 23 – 42, 1983.
- Eroğul, Cem, “Parlamentar Demokrasilerde Cumhurbaşkanı”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 156, Haziran, 1993.
- Gözler, Kemal, *Devlet Bakanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2001.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2008.
- Gözler, Kemal, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı Elveda Anayasa” www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa.htm. (Erişim Tarihi: 08.04.2018).
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2013.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara, 2011.
- Kılıç, Muammer, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” <http://www.hukukajansi.com/cumhurbaskanligi-kararnamesi-makale,1831.html>, (Erişim Tarihi: 06.04.2017).
- Onar, Sıddık, Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Sosyal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1992.
- Tamer, Giray “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu”, <http://www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi.pdf>. (Erişim Tarihi: 01.04.2018).
- Tan, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 3, s. 203 – 216, 1986.
- Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- Taşdöğen, Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 3, s. 937 – 965, 2016.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1991.
- Turhan, Mehmet, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989.
- Türmen, Rıza, “Yargının Üzerindeki Örtüler, Anayasa Değişikliği”: <http://>

www.milliyet.com.tr/anayasa-degisikligi-4/rizaturmen/siyaset/siyasetyazarde-tay/16.08.2010/1276914/default.htm. (Erişim Tarihi: 08.04.2018).

- Ulu, Güler, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Ulusoy, Ali, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor”, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>. (Erişim Tarihi: 08.04.2018)

ÖZ

16 Nisan 2016 referandumu ile halkoyuna sunulan ve Anayasa değişikliği öngören 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile klasik parlamenter sistemden “Cumhurbaşkanlığı hükümet modeline” geçişin esasları şekillendirilmiştir. Anayasa Değişikliği ile kanun hükümünde kararnameler ile tüzüklerin kaldırılması öngörülmüştür. Buna karşın Anayasanın 104. maddesinde değişikliğe gidilerek yürütmenin asli düzenleyici bir işlemi olarak “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin” kapsamı genişletilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir (md. 104/17-1). Yürütme yetkisine ilişkin Cumhurbaşkanına kararname çıkarma konusunda verilen bu genel yetkinin dışında “Bakanlar ve üst düzey kamu yöneticileri atama ve görevden alma gibi” doğrudan kararname ile düzenleme gücü verilen özerk ve asli yetkiler de tanınmıştır. Bu yetkilerin sınırları ve kanun karşısındaki konumları ise Anayasanın 104. maddesinde belirlenmiştir. Bu değişikliklerin yürürlüğe giriş tarihi ilk TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonrası Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih olarak belirlenmiştir.

Anahtar kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, anayasa değişikliği, cumhurbaşkanlığı hükümet modeli, yürütme yetkisi.

“Düzeltilme Beyannamelerinin” Hukuki Niteliğinin Saptanması ve Bunlara Dayalı Olarak Yapılan Tarhların İdari Davaya Konu Edilebilirliği*

Determination of Legal Status of “Correction Declarations” and Suability of Taxation Based on Them in Administrative Court

Zeynep Nihan ÇAMURCU**

ABSTRACT

The institution of “reformation of tax errors” is the correspond of the institution of “withdrawal of administrative act” under the administrative law in the area of tax law. According to the relevant article of the Tax Procedure Law, if a tax error is observed by the taxpayer, this error shall be corrected by the tax administration upon the taxpayer written application. There is no regulation in the Tax Procedure Law related to which form of the taxpayer’s written application should be arranged and which facts should be included. The petitions which entitled “correction declarations” regulated in the General Communique of the Tax Procedure Law, are documents frequently used in practice and subject to legal disputes at the same frequency. The issue of whether or not possible to sue against the administrative proceeding based on the “correction declaration with reservation”, it could be made was subject to many court decisions. The legal nature of the “correction declarations” in the study has been discussed and the suability of the administrative proceedings based on them has been discussed.

Keywords: tax errors, institution of reformation, reservation, correction declarations, the legal nature of the correction declarations.

Giriş

Vergi hatalarının düzeltilmesi genel itibariyle, vergilendirme işlemlerinde Vergi Usul Kanunu’nda (VUK) düzenlenen açık vergi hatalarına rastlanması durumunda, hatalı idari işlemin geri alınması ve düzeltilmesi amacına hizmet eden bir vergi usul hukuku müessesesidir.¹ Vergi hataları mükellef tarafından tespit edilebileceği gibi, vergi idaresi tarafından da görülebilir.²

* Makale gönderim tarihi: 09.04.2018. Makale kabul tarihi: 29.05.2018.

** Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İletişim: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Göztepe Kampüsü Enstitüler Binası Kat: 5 Kadıköy - İstanbul.

1 Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 178.

2 Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2016, s. 572.

Vergi hatasının mükellef tarafından tespiti halinde, mükellefin yazılı başvurusu üzerine hatanın düzeltileceğini öngören VUK md.122, bahsi geçen yazılı başvurunun şekline veya içeriğine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Maliye Bakanlığı, 368 No'lu VUK Genel Tebliği³ ile ilgili dönem beyannamesinde hata tespit eden vergi mükellefinin, hata düzeltme talebini vergi idaresine "düzeltme beyannamesi" yoluyla iletmesi gerektiğini belirtmiştir.

VUK'da düzenlenmeyen "düzeltme beyannameleri" uygulamada sıklıkla kullanılmakta ve hukuki uyumsuzluklara konu olmaktadır. Danıştay, ihtirazi kayıt konularak verilen düzeltme beyannamelerine dayanılarak yapılan tarhların idari davaya konu edilemeyeceği yönünde kararlar vermiştir.⁴ Çalışmada öncelikle "düzeltme beyannamelerinin" hukuki niteliği ve buna dayanılarak yapılan tarhların türü, pozitif hukuk düzenlemelerinin yanı sıra doktrin görüşleri ve yargı kararları ele alınarak irdelenecektir. Ardından düzeltme beyannamelerine dayanılarak gerçekleştirilen tarhlara karşı mükelleflerin dava açma haklarının "ihtirazi kayıt" koşulu ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

I. Hukuki Niteliği İtibariyle "Düzeltilme Beyannameleri"

Vergilendirme ile ilgili işlemin bir idari işlem olması nedeniyle ortaya çıkabilecek hataların idari işleme özgü kurallarla geri alınması mümkündür.⁵ Hata düzeltme müessesesi, VUK md.116 ve devamında düzenlenmiştir. İlgili hükümlere göre, vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması halinde vergi dairesi müdürünün kararı üzerine bu hatalar düzeltilir.

Hata düzeltme müessesesi, idare hukukundaki idari işlemlerin yine idare eliyle yürürlükten kaldırılması usullerinden⁶ biri olan "idari işlemin geri alınması" müessesesinin vergi hukukundaki görünümüdür.⁷ İdari işlemin geri alınması, istisnai durumlar bir kenara bırakılırsa, genel itibariyle hukuka aykırı-

3 368 No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, Resmi Gazete No 26449, Resmi Gazete Tarihi: 01.03.2007.

4 Danıştay 4. Daire, 2.12.2015, E. 2015/6462, K. 2015/6173, Kazancı İçtihat Bankası; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 25.2.2015, E. 2014/1164, K. 2015/20, Kazancı İçtihat Bankası.

5 Saban, s. 570.

6 "İdari işlemler idare tarafından genel itibariyle iki şekilde yürürlükten kaldırılmaktadırlar. Bunlardan ilki 'kaldırma' diğeri ise 'geri alma' olarak adlandırılmaktadır. İdari işlemin kaldırılması, işlemin kaldırılma anına dek doğurduğu hukuki sonuçların korunarak geleceğe etkili olacak şekilde işlemin hukuk aleminden çıkarılmasıdır. Geri alma ise idari işlemin yapıldığı andan itibaren hukuk aleminden çıkarılması, başka bir deyişle işlemin hiç yapılmamış varsayılmasıdır." Halil Altındağ, "İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 4, 2016, s. 82.

7 Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 178.

rı işlemlerin –yapıldığı andan itibaren hukuk aleminden çıkacak biçimde – ortadan kaldırılması amacını taşımaktadır.⁸ Vergilendirme sürecinde gerek mükellef gerekse vergi idaresi hesaplama ve belge düzenleme işlemlerini yoğun biçimde gerçekleştirir. Bu nedenle vergilendirme alanında -doğası gereği- açık hatalara rastlanma ihtimali yüksektir.

Vergi hatalarının mükellefin talebi üzerine düzeltilmesi müessesesi VUK m. 122’de düzenlenmektedir. VUK md. 122’de yer alan bu hükümde düzeltme talebinin yazılı olması gerektiği ifade edilmekte olup bahsi geçen yazılı talebin hangi formda olacağı veya içeriğinin ne olması gerektiği hususunda aydınlatıcı bir bilgi yer almamaktadır.

Maliye Bakanlığı’nın 368 No’lu Genel Tebliği’nde, VUK md. 122’de öngörülen yazılı talebin, düzeltme beyannamesi olarak adlandırıldığı ve bu surette kanunda düzenlenmeyen bir kavrama yer verildiği görülmektedir. Tebliğin ilgili hükmü şu şekildedir:

“...Beyannamelerin ilgili vergi kanunlarında belirlenen sürelerde verilmesi esastır. Kanuni süresi içerisinde verilen bir beyannamenin eksik ve/veya hatalı olduğu hallerde, mükellef tarafından kanuni süre geçmeden veya kanuni süre geçtikten sonra bu hata ve/veya eksiklikleri düzeltici mahiyette yeni bir beyanname verilmesi mümkündür. Diğer taraftan, beyannamenin kanuni süresi içinde verilmeyerek bu süre geçtikten sonra verilmesi ve yine bu şekilde verilmiş olan beyannamede yer alan hata ve/veya eksikliklerin giderilmesi amacıyla yeni beyanname verilmesi söz konusu olabilmektedir.

Yukarıda belirtildiği şekilde kanuni süresi içerisinde veya kanuni süresi geçtikten sonra verilmiş olan ilk beyannamelerde yer alan hata ve/veya eksiklikleri düzeltmek amacıyla verilen beyannameler kimi zaman yalnızca ilk beyannameye ek olacak şekilde “ek beyanname” olarak, kimi zaman da ilk beyanı kapsayacak şekilde “düzeltme beyannamesi” olarak verilebilmektedir.

Mükelleflere daha iyi hizmet verilebilmesi ve gerçek vergi matrahı üzerinden gerekli tarhiyatın yapılabilmesi için; daha önce verilmiş bulunan beyanname veya beyannamelerdeki hata ve/veya eksikliklere ilişkin verilecek düzeltme beyannamelerinin, daha önce verilen beyanname ya da beyannamelerdeki bilgileri de kapsayacak şekilde verilmesi uygun görülmüştür. Bu beyannamelerin; daha önce verilmiş beyannamedeki matrah ve/veya vergiyi azaltıcı, sonraki döneme devredilen vergiyi artırıcı, mahsup, tecil ya da iade tutarını artırıcı nitelikte olması halinde durumu izah eden bir dilekçe ekinde verilmesi gerekmektedir.”

8 Altındağ, s. 82.

Yukarıdaki hükümden Genel Tebliğin düzeltme beyannamelerini, eksik veya hatalı biçimde düzenlenen beyannamelerdeki hataların düzeltilmesini sağlamak amacı ile ve ilk beyanı kapsayacak şekilde verilen ayrı bir "beyanname" olarak isimlendirdiğini söylemek mümkündür. Bir diğer ifade ile düzeltme beyannamelerinin mükelleflere, haklarında tesis edilecek tarh işlemlerindeki hataların kendileri tarafından fark edilerek düzeltilmesi imkânını verdiği⁹ görülmektedir. Buna ek olarak düzeltme beyannamelerinin, daha önce verilmiş beyanamedeki matrah ve/veya vergiyi azaltıcı, sonraki döneme devredilen vergiyi artırıcı, mahsup, tecil ya da iade tutarını artırıcı nitelikte olması halinde, durumu izah eden bir dilekçeye ek olarak verilmesi gerektiği yukarıdaki hükümde belirtilmiştir.

Genel tebliğ düzenlemesinden düzeltme beyannamelerinin, önceden verilmiş vergi beyannamelerindeki hataları açık eden/gösteren nitelikte belgeler olduğu anlaşılmaktadır. Düzeltme beyannamelerinin, hatanın mükellef tarafından görülmesi akabinde, bu hatanın idareye bildirilmesi amacı ile düzenlendiği açıktır. Dolayısı ile ister, ayrı bir izah dilekçesi ekinde ister tek başına idareye verilmiş olsun, düzeltme beyannamelerinin; mükelleflerin, kendi vergi beyannamelerinde tespit ettikleri hatalardan vergi idaresini haberdar etme ve dolayısıyla hataların idare tarafından giderilmesini talep etme iradelerini yansıttığı söylenebilir.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde "*bir kimsenin resmi bir kuruluşa herhangi bir durumu bildirmek için verdiği çizelge/bildirge*"¹⁰ olarak tanımlanan beyanname, vergi hukuku alanında mükellefin veya sorumlunun vergi idaresine vergi matrahını ve dolayısıyla matrahına dahil olan unsurları bildirdiği çizelge olarak tanımlanabilir. Mükellef, vergi borcunu değil ancak, vergi matrahını – ilgili kanuni düzenlemeler çerçevesinde- hesaplayıp beyannamesinde bildirmekle yükümlüdür.¹¹ Buna bağlı olarak, vergi kanunlarında düzenlenen oranlar üzerinden tarhın yapılması vergi idaresinin görevidir.

Düzeltilme beyanamesi, ilgili Genel Tebliğ düzenlemesinde adlandırıldığı üzere ayrı bir beyanname türü olarak mı değerlendirilmelidir sorusunun cevabının aranması gerekir. "Düzeltilme beyanamesi" kavramı vergi kanunlarında

9 Cenker Göker, Yunus Emre Yılmazoğlu, "Süresinden Sonra İhtirazi Kayıtlı Verilen Düzeltme Beyanamesi Nedeniyle Tahakkuk Eden Verginin İdari Davaya Konu Edilebilirliği, Mahkemeye Erişim Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Bir Değerlendirme", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 3, 2017, s. 84.

10 www.tdk.gov.tr, (Erişim Tarihi: 02.03.2018).

11 Funda Başaran Yavaşlar, "Mükellef Vergi Borcunu Bildirmek Zorunda Mıdır? –Beyannamenin Hukuki Niteliği, İçeriği ve Tarhın Anlamı Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 94, 2012, s. 4.

düzenlenmemiştir. Vergi kanunlarında düzenlenmeyen yeni bir beyanname türünün, genel tebliğ yoluyla düzenlenip düzenleyemeyeceği sorununa bu noktada kısaca değinilmelidir.

Genel tebliğler, vergi hukukunun açıklayıcı mahiyetteki yardımcı kaynaklarından¹² Yeni bir vergi normu getirmeyen genel tebliğler, var olan normların açıklanması için kullanıldıklarından, yükümlüler bakımından değil, yalnız vergi idaresinin iç ilişkileri ve hiyerarşik ilişkileri bakımından bağlayıcıdır.¹³

Beyanname verme, mükellefin şekli ödevlerinden biridir ve bu ödev matrahın tespiti suretiyle tarhın yapılabilmesi için beyanname verilmesi gereken vergi türleri bakımından söz konusudur.¹⁴ Anayasa md. 73 hükmü ile vergilendirme alanında yürütme organı kural olarak dışarıda bırakılmış, yürütme organının görev ve yetkisi yasaları uygulamakla sınırlandırılmıştır.¹⁵ Bir vergi ödevinin, bu ödevin yerine getirilmemesi veya süresinden sonra yerine getirilmesi halinde vergi kabahatlerine ve bazı hallerde ek tarhlara yol açacağı hususu da dikkate alınarak yasa ile düzenlenmesi gerektiğini, aksi yöndeki bir kabulün Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla düzeltme beyannamelerini, yeni bir beyanname türü olarak nitelendirmek ilgili Tebliğ düzenlemesinin Anayasaya uygunluğu tartışmasını da gündeme getirecektir.

Genel Tebliğ'in ilgili düzenlemesi, mükelleflerin düzeltme taleplerini idareye -hatayı barındıran beyanlarını kapsayacak biçimde- "beyanname" formunda vermelerini öngörerek, mükelleflerin vergi beyannamelerinde tespit ettikleri hatalara münhasır olan düzeltme sürecinin idari safhadaki işleyişini kolaylaştırmaktadır.

Doktrinde düzeltme beyannameleri için, "kendiliğinden verilen beyanname", pişmanlık ve ıslah talepli düzeltme beyannameleri için "pişmanlık beyanname", "kanuni süresinden sonra verilen beyanname" gibi nitelendirmeler yapılmıştır.¹⁶ 368 No'lu Tebliğ ile uygulamada kullanılmaya başlanan "düzeltme beyannameleri", mükellefin tespit ettiği hatanın düzeltilmesi amacı ile

12 Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 92.

13 Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 18.

14 "Türk vergi sisteminde gelir vergisi, kurumlar vergisi, katma değer vergisi, veraset ve intikal vergisi, özel tüketim vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi beyana dayanan vergilerden bazılarıdır." Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce, Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017, s. 177.

15 Funda Başaran Yavaşlar, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak -Vergi Hukuku'nda Yasallık İlkesi", *Kamu Hukukçuları Platformu: Hukuk Güvenliği*, Türkiye Barolar Birliği, Şubat 2015, Ankara, s. 201.

16 Ercan Sarıcaoğlu, "Düzeltilme Beyannamelerine İhtirazi Kayıt Konulabilme Sorunu", *Mali Çözüm*, Sayı: 144, 2017, s. 93.

vergi idaresine müracaat ettiğini gösteren belgelerdir/dilekçelerdir. Bunları, "düzeltilme dilekçeleri" veya "hata düzeltilme talebine ilişkin dilekçeler" olarak nitelendirmek gerekir.¹⁷ Ancak belirtmek gerekir ki bu dilekçeler sadece beyannameye dayalı tarhlara ve beyanname yapılan hatalara münhasırdır.¹⁸ Benzer şekilde pişmanlık ve islah talebini içeren belgeler ise birer "islah dilekçesi" olarak değerlendirilmelidir.

Danıştay konuya ilişkin bir kararında şu ifadeye yer vermiştir:

*"Bu itibarla, süre sınırlandırılması esasen düzeltilme beyannamesi yoluyla iadenin sonradan (iadenin beyanı gereken yılın bitiminden sonra) talep edilmesine ilişkindir. Bu ise 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 120. maddesiyle mükelleflere yapılacak iade ve mahsup işlemlerinde, düzeltilmeye dayanak teşkil edecek belgeler ile bu işlemlere ait usul ve esasları belirlemeye ilişkin Maliye Bakanlığına verilen yetkinin, aynı Kanununun 378 inci maddesi gözetilerek kullanılması anlamına gelmektedir."*¹⁹

Yukarıdaki ifadeden Danıştay'ın düzeltilme beyannamelerini, olması gerektiği gibi, hata düzeltilme talebini ileten belgeler olarak değerlendirdiği anlaşılmalıdır. Ancak Danıştay'ın konu ile ilgili farklı değerlendirmeleri de mevcuttur. Bunlara ayrıca değinilecektir.

"Düzeltilme beyannamelerinin" Genel Tebliğ hükmüne konu olmasının, Maliye Bakanlığının, vergi hatalarının daha pratik bir biçimde düzeltilmesi amacı ile –hatalı beyanname idareye verilerek– idarenin iç işleyişini kolaylaştırmak iradesini yansıttığını söylemek mümkündür. Buna dayanarak ilgili düzenlemenin açıklayıcı mahiyette olduğu düşünülebilir.

II. Düzeltilme Beyannamelerinin "Düzeltilme Dilekçeleri" Olarak Nitelendirilmesine Bağlı Hukuki Sonuçlar

Bir vergi hatası söz konusu olduğunda buna uygulanacak normlar, VUK'un hata düzeltilmeye ilişkin düzenlemeleri olmalıdır. Res'en araştırma ilkesinin

17 "...213 sayılı Kanunun 116, 117 ve 118 inci maddelerinde tanımlanan türde bir vergi hatasının bulunması halinde düzeltilme şikayet başvurusu yapılmasına yasal bir engel yoktur. Bu bakımdan, davacının 2004 yılı için verdiği kurumlar vergisi düzeltilme beyannamesi üzerine tarh ve tahakkuk eden vergi üzerinden kesilen vergi zıya cezası için uzlaşmaya varılmış ise de, davacın tahakkuk edip ödenen bu verginin iadesi istemiyle düzeltilme şikayet kapsamında ilgili mercie başvuruda bulunabilmesi hukuken olanaklı iken aksi yönde gerekçeyle davayı reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir...". Danıştay 4.Daire, 17.04.2012, E. 2009/8579, K. 2012/1452, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

18 Cengizhan Hatipoğlu, "Vergi Hukukunda Hata ve Düzeltilme", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2013, 755 numaralı dipnot, s. 226.

19 Danıştay 4. Daire, 18.05.2016, 2016/3047, K. 2016/2409, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

katı bir şekilde uygulandığı bir vergi sisteminde;²⁰ hem vergilendirme aşamasında²¹ hem de vergi yargılması aşamasında,²² idari işlemlerin isimlerine bakılmaksızın özlerinin tespit edilmesi ve bu tespite göre muamele yapılması gerekir.²³ Res'en araştırma yetkisi hem vergilendirme hem de vergi yargılması safhasında maddi olayın hukuki tavsifinin, olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespitinin, olayın hukuki nitelendirmesinin yapılmasının zorunluluğunu ifade eder.²⁴ Bu noktada, vergi idaresinin düzeltme beyannamelerinin hukuki niteliğini doğru saptaması, buna bağlı olarak gerçekleştirdiği idari işlemlerde, düzeltmenin tabi olduğu hukuki düzenlemeleri dayanak almasını sağlayacaktır. Benzer biçimde vergi yargısının da öncelikle düzeltme beyannamelerinin hukuki niteliklerini saptaması gerekir ki bu belgelerin tabi olduğu hukuki rejimi belirleyebilsin.

20 Başaran Yavaşlar, "Mükellef Vergi Borcunu Bildirmek Zorunda Mıdır?", s.7; Tuğçe Karaçoban Güneş, *Vergi Usul Hukukunda Res'en Araştırma İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 29.

21 VUK Madde 3/B "İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır."

22 İYUK Madde 20/1 "Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir."

23 "Bu ilke uyarınca idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip oldukları gibi maddi olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilir, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi olayın çözümü için gerektiğinde birlikişi incelemesi de yapabilirler. Bu tür inceleme ve araştırmaların resen inceleme yetkisinin gereği olarak yapılması, idari yargı yetkisinin kullanımına 2577 sayılı Yasanın 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilen sınırlamaya aykırı değildir." Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 21.02.1997, E. 1995/209, K.1997/124, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Ayrıca benzer yönde karar için bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 04.10.1996, E. 1995/119, K. 1996/294, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

24 "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20 nci maddesinin birinci bendinde, Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla İdari Yargılama Usulü Hukukunda resen araştırma ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır. Madde hükme uyarınca; idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuk nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler." Danıştay 3. Dairesi, 12.12.1990, E. 1990/2929, K. 1990/3417, Kazancı İçtihat Bankası.

Düzeltilme işleminin konusunu, VUK' da "vergi hatası" şeklinde adlandırılan belli bir takım vergi sakatlıkları oluşturur.²⁵ Yasa koyucu, hata niteliği taşıyan, görülmesi ve giderilmesi nispeten kolay bir kısım yanlışlıkların ortadan kaldırılması için, yargılama faaliyetine nazaran daha pratik bir alternatif olarak düzeltme işlemini öngörmüştür.²⁶ Görülmesi ve giderilmesi nispeten kolay bir kısım yanlışlıktan kasıt, düzeltilmesi talep edilebilecek vergi hatalarının VUK md. 3 de öngörülen yorum tekniklerine başvurulmadan ilk bakışta anlaşılabilir açıklıkta olması gerektiğidir.²⁷ Örneğin, beyannamede matrahın yanlışlıkla bir sıfır fazladan eklenerek bildirilmesi²⁸ veya Gelir Vergisi Kanunu uyarınca vergi kesintisi yapılmaması gereken bir ödemeden yanlışlıkla kesinti yapılması²⁹ hallerinde, görülmesi ve giderilmesi nispeten kolay birer yanlışlığın olduğundan bahsedilecektir. Mükellefin, hata düzeltme müessesinden faydalanabilmesi için vergi hatalarının VUK md.117 de yer alan ve genel itibarıyla vergi miktarına ilişkin maddi hatalar olarak nitelendirilebilen "hesap hataları"³⁰ veya vergi mükellefiyetine ilişkin saptama ve değerlendirme hataları olarak nitelendirilebilen "vergilendirme hataları"³¹ kategorilerinin birinin kapsamına dahil olması gerekir.³²

25 Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 179.

26 Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 179.

27 Danıştay 4. Daire, 29.04.2010, E. 2008/1457, K. 2010/2332, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

28 Danıştay 9. Daire, 03.10.1975, E. 1973/2086, K. 1975/1549, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

29 Danıştay 4. Daire, 15.01.1987, E. 1987/4992, K. 1987/155, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

30 VUK md. 117 uyarınca hesap hataları şunlardır: "...1. *Matrah hataları: Vergilendirme ile ilgili beyanname, tahakkuk fişi, ihbarname, teklif cetveli ve kararlarda matraha ait rakamların veya indirimlerin eksik veya fazla gösterilmiş veya hesaplanmış olmasıdır. 2. Vergi miktarında hatalar: Vergi nispet ve tarifelerinin yanlış uygulanması, mahsupların yapılmaması veya yanlış yapılmış olması, birinci bentte yazılı vesikalarda verginin eksik veya fazla hesaplanmış veya gösterilmiş olmasıdır. 3. Verginin mükerrer olması: Aynı Vergi Kanunu'nun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınmasıdır.*"

31 VUK md.118 uyarınca vergilendirme hataları şunlardır: "... 1. *Mükellefin şahsında hata: Bir verginin asıl borçlusu yerine başka bir kişiden istenmesi veya alınmasıdır; 2. Mükellefiyette hata: Açık olarak vergiye tabi olmıyan veya vergiden muaf bulunan kimselerden vergi istenmesi veya alınmasıdır; 3. Mevzuda hata: Açık olarak vergi mevzuuna girmiyen veya vergiden müstesna bulunan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınmasıdır. 4. Vergilendirme veya muafiyet döneminde hata: Aranılan verginin ilgili bulunduğu vergilendirme döneminin yanlış gösterilmiş veya süre itibarıyla eksik veya fazla hesaplanmış olmasıdır.*"

32 Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 13.06.2003, E. 2002/483, K. 2003/314, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Ayrıca bkz. Şükrü Kızlot., *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 12. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 106.

VUK md. 119 uyarınca bir vergi hatası, ilgili memurun hatayı görmesiyle, üst memurların yaptıkları incelemeler neticesinde hatayı görmesiyle, hatanın teftiş sırasında meydana çıkarılmasıyla, hatanın vergi incelemesi neticesinde meydana çıkarılmasıyla veya mükellefin müracaatıyla ortaya çıkabilir. Vergi hataları, VUK md. 121 uyarınca idare tarafından res’en tespit edilip düzeltilebileceği gibi, VUK md.122 uyarınca mükelleflerin yazılı talebi üzerine de düzeltilebilir.

Belirtildiği üzere, düzeltme beyannamelerinin birer hata düzeltme dilekçesi olarak nitelendirilmesi, buna bağlı bir takım hukuki sonuçları beraberinden getirecektir. Verginin haksız yere fazla veya eksik alındığının tespit edilmesinin ardından düzeltme süreci başlayacaktır.

Vergi hukukunda düzeltme, vergilendirme işlemlerindeki hataları, yargı yoluna başvurmaksızın giderme işlemidir.³³ Düzeltme müessesesi, bir idari işlemin hatalı biçimde tesis edilmesi halinde, yargı gibi uzun ve meşakkatli bir çözüm yoluna gidilmesinden önce, hatanın hızlı biçimde idari yolla giderilmesi amacını taşır. VUK md. 120 uyarınca vergi hataları düzeltme fişine dayanılarak düzeltilir. Bu süreçte, mükelleflerin vergi beyannamelerinde yaptıkları hataların vergi matrahını azaltıcı nitelikte olması durumunda, eksik hesaplanan verginin tarh ve tahsil edilmesi; yapılan hataların vergi matrahını artırıcı biçimde olması durumunda ise fazla hesaplanan verginin terkin edilmesi, tahsil edildi ise de iade edilmesi gerekir.

Vergi hatası nedeniyle eksik hesaplanan verginin tarh edilmesi, doktrinde kimi yazarlar tarafından “düzeltme yoluyla tarh” veya “düzeltmeye dayalı tarh” adı altında ayrı bir tarh türü olarak tanımlanmıştır³⁴. Tarh işlemi VUK md. 20 uyarınca, vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibariyle tespit eden idari işlemidir. Tarh işlemi mükellefi genel/kişilik dışı bir hukuki statüden çıkarıp özel/kişisel bir duruma soktuğu için bireysel (sübjektif) bir idari işlemidir.³⁵ Tarh türleri matrahın belirlenme yöntemine göre VUK’ un ikinci kısmında md.25 ve devamında dört kategoride düzenlenmiştir.³⁶ Bunlar beyana dayalı tarh, res’en tarh, ikmalen tarh ve idarece tarhtır.

Düzeltme yoluyla tarh düzeltme işleminin doğal bir sonucu olarak, önceki hatalı vergilendirmenin yerine doğru işlemin konulmasına yönelik bir işlemdir.³⁷ Düzeltme beyannamesine dayanılarak yapılan tarh –önceki beyanname-

33 Şenyüz, Yüce, Gerçek, s. 227 – 228.

34 Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 98; Sadık Kırbaş, *Vergi Hukuku*, 19. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012, s. 114; Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, I, 32. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 61.

35 Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 91.

36 Karakoç, s. 263.

37 Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 91.

de hatalı biçimde bildirilen –eksik vergi matrahını tamamlamak suretiyle yapıldığı için bu niteliği itibariyle ikmalen tarha benzemektedir.³⁸ Ancak ikmalen tarh, her ne şekilde olursa olsun sadece matrah veya matrah farkından dolayı ortaya çıkan³⁹ vergi farkının tamamlanması amacını taşır. Bununla birlikte düzeltme yoluyla tarh ikmalen tarha göre daha özel bir alan ile –vergi hataları ile doğrudan ilişkilidir. İkmalen tarhta VUK md.129 uyarınca matrahın miktarı defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespit olunur. Düzeltme yoluyla tarh bu bakımdan beyana dayalı tarha benzer, çünkü mükellefin düzeltilmiş beyanına dayanılarak tarh yapılır.

Düzeltme yoluyla tarh, ikmalen tarh ve beyana dayalı tarh ile idari işlemin şekil unsuru yönünden de farklılaşır. Vergi hataları VUK md.121 uyarınca düzeltme fişine dayanılarak düzeltilirken, ikmalen tarh ihbarname ile ilgililere tebliğ olur. Beyan üzerinden alınan vergiler ise tahakkuk fişi ile tarh ve tahakkuk ettirilir. Vergi matrahını artırıcı nitelikte bir vergi hatasının olması durumunda, düzeltme fişi düzenlenip mükellefe tebliğ edilmeksizin ödeme emrinin düzenlenmesi Danıştay tarafından iptal sebebi olarak değerlendirilmiştir.⁴⁰

Bir tarhın türünün tespiti buna bağlı birtakım hukuki sonuçları beraberinde getirir. Yapılan tarhın türüne göre VUK'un o tarh türüne özgü düzenlemeleri uygulama alanı bulur. Örneğin, res'en, ikmalen ve idarece tarhlar bakımından uygulama alanı bulan gecikme faizi müessesesi beyana dayalı tarhlarda işletilemez. Bu bakımdan da düzeltme beyannamelerine dayalı olarak yapılan tarhlar ile beyana dayalı tarhlar birbirinden ayrılmaktadır. Vergi hataları nedeniyle eksik tarh ve tahakkuk ettirilen vergilere idare tarafından gecikme faizi uygulanması, bu tarhların res'en tarh olarak nitelendirilmesi nedeniyle, Danıştay Vergi Dava Daireleri tarafından hukuka uygun bulunmuştur.⁴¹

Düzeltme yoluyla tarhlara uygulanması gereken hukuk normları, VUK' un hata düzeltmeye ilişkin (md.116-126 ve 112/4) hükümleridir. Tabi olduğu hu-

38 Hatipoğlu, s. 131.

39 S. Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, 12. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 121.

40 "...yükümlü şirketin bir kısım mahsup talepleri kabul edilmeyerek aleyhte düzeltme yapıldığı ancak, düzeltme fişleri tebliğ edilmeden doğrudan ihtilaf konusu ödeme emrinin düzenlenerek tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Bu durumda anılan madde hükmüne göre düzeltme fişlerine karşı dava açma hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğuran söz konusu tebliğ yapılmadan doğrudan ödeme emri düzenlenmesinde yasaya uyarlık bulunmadığından vergi mahkemesince ödeme emrinin iptali gerekirken yazılı gerekçe ile onanmasında isabet görülmemiştir." Danıştay 9. Dairesinin, 19.10.2004 Tarihli E. 2002/1855, K.2004/5076 Sayılı Kararı.

41 Danıştay VDDK 30.03.2007, E. 2006/346, K. 2007/126, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Aksi görüşte olan Şahin'e göre, düzeltme yoluyla tarh edilen vergilere, vergi cezası ve gecikme faizi uygulanamaz. Hasan Şahin, "Vergi Hatalarından Kaynaklanan ve Düzeltme Yoluyla Tarhiyat Gerektiren Vergilerde Gecikme Faizi", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 89, 2000, s. 73.

kuki düzenlemeler dolayısıyla diğer tarh türlerinden ayrılan düzeltme yoluyla tarhı, ayrı bir tarh türü olarak nitelendirmek mümkün görünmektedir.

Danıştay düzeltme beyannamelerine dayanılarak gerçekleştirilen tarhların VUK md.30/4 uyarınca res'en tarh olduğu kanaatindedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu bu kanaate, şu gerekçe ile varmıştır:

“213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 30 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasında, vergi beyannamesini kanuni süresi geçtikten sonra vermiş olanlara bu beyannamede gösterdikleri matrah üzerinden re'sen gerekli tarhiyatın yapılacağı ve bu beyannamelerin re'sen takdir için takdir komisyonuna sevk edilmeyeceği öngörülmüştür. Aynı Kanununun 112 nci maddesinde ise ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda, dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere kendi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanacağı ... düzenlemesine yer verilmiştir. Olayda, geçici vergi beyannamesini yasal süresinde veren ve yasal sürenin dolmasından sonra bu beyannameye ek olarak verdiği düzeltme beyannamesiyle ek matrah beyanında bulunan davacının, düzeltme beyannamesinde belirttiği matrah üzerinden 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 30 uncu maddesinin 4 üncü uyarınca re'sen tarhiyat yapıldığı anlaşıldığından, geçici verginin geç tahakkuk ettirilmesi nedeniyle anılan Kanununun 112 nci maddesi uyarınca gecikme faizi hesaplanmasında hukuka aykırılık bulunmamakta olup, aksi yönde verilen ısrar kararında isabet görülmemiştir.”⁴²

Yukarıdaki gerekçeden anlaşıldığı üzere Danıştay, kanuni süresinden sonra verilen beyannamelerin res'en tarh nedeni olduğundan bahisle vergi idaresinin yapmış olduğu tarhın türünü res'en tarh olarak değerlendirmiştir. VUK md. 30/4 uyarınca *“...beyannamesini kanuni süresi geçtikten sonra vermiş olanlara bu beyannamede gösterdikleri matrah üzerinden re'sen gerekli tarhiyatın yapılacağı...”* öngörmüştür. Danıştay kararında *“düzeltme beyanna-*

42 Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 30.03.2007, E. 2006/346, K. 2007/126, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.; Ayrıca benzer yönde bir karar için bkz. *“...geçici vergi beyannamesini kanuni süresinde veren süre geçtikten sonra bu beyannameye ek olarak düzeltme beyannamesi ile ek matrah beyan eden davacı adına düzeltme beyannamesinde gösterdiği matrah üzerinden 213 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca re'sen tarhiyat yapıldığı anlaşıldığından, geçici verginin yasal beyanname verme süresinden sonra tahakkuk ettirilmesi nedeniyle ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren anılan Kanununun 112 inci maddesi uyarınca hesaplanan gecikme faizinde yasaya aykırılık görülmemiştir.”* Danıştay 4. Dairesi, 15.02.2005, E. 2004/912, K. 2005/223, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 9. Dairesi, 12.02.1991, E.1992/3882, K.1991/335, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

melerini" süresi geçtikten sonra verilen dönem beyannameleri olarak kabul etmiştir. Bu görüşün düzeltme beyannamelerinin hukuki nitelikleri itibarıyla düzeltme dilekçesi olması nedeniyle yerinde olmadığını yinelemek gerekir. Düzeltme beyannameleri, kanuni süresinde verilen vergi beyannamelerinin açık hata barındırması halinde, bu hatanın bildirilmesi amacı ile idareye verilir. Dolayısı ile artık kanuni süresi içerisinde vergi idaresine verilmemiş beyannamelerin varlığından bahsedilemez. Şu halde VUK md.30/4 hükmü, hata düzeltme dilekçeleri bakımından uygulama alanı bulmaz. Aynı kararda verilen bir karşı oy şu gerekçeye dayandırılmıştır:

"Yükümlü kurumca, süresinde verilen 2001 yılı Ocak, Şubat ve Mart aylarına ilişkin geçici vergi beyannamesi ile ilgili olarak, yeminli mali müşavir raporu üzerine, "düzeltme beyannamesi" adı altında ek beyanname verilmiş, vergi dairesince, tahakkuk fişi ile geçici vergi ve gecikme faizi tahakkuku yapılmış ve gecikme faizinin terkini talebiyle dava açılmıştır. İkmalen, re'sen veya idarece yapılan bir tarhiyat söz konusu değildir. Vergi Usul Kanunu'nun 25'inci maddesinde, beyan üzerine alınan vergilerin, "tahakkuk fişi" ile tarh ve tahakkuk ettirileceği düzenlenmiş olup, vergi dairesince de bu esaslara göre işlem yapıldığı hususunda ihtilaf bulunmamaktadır."

Karşı oyda – kararın aksine – düzeltme beyannamesine dayanılarak gerçekleştirilen tarh, beyana dayalı tarh olarak nitelendirilmiştir.

Hata düzeltme dilekçelerinin, süre bakımından tabi oldukları hukuki düzenleme, düzeltme zamanaşımını düzenleyen VUK md 126'dır. Bu dilekçelerin VUK md 114 gereğince tarh zamanaşımı süresi içerisinde herhangi bir tarihte verilmesi mümkündür. Danıştay yukarıdaki kararında, düzeltme beyannamelerinin hukuki niteliğini tartışmadığı için, VUK un hata düzeltme hükümleri ile hukuki sorunu ilişkilendirmemiş ve hatalı bir hukuki neticeye varmıştır.

III. Düzeltme Dilekçelerine Dayanılarak Yapılan Tarhların İdari Davaya Konu Edilebilirliği

Uygulamada ve yargılama sürecinde düzeltme beyannamelerinin ve bunlara dayanılarak yapılan tarhların hukuki niteliğine ilişkin saptamalardaki tutarsızlıklar, önemli bir hukuki sorunu beraberinde getirmiştir. Bu sorun, düzeltme beyannamelerine dayanılarak yapılan tarhlara karşı mükellefin dava açma hakkının ihtirazi kayıt koşulu ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağıdır.

VUK md. 378/2 uyarınca, mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı –vergi hataları hariç– dava açamazlar. Vergi Usul Kanunu'nda ihtirazi kaydın tanımı olmamasına rağmen, Vergi Daireleri İşlem Yönergesinin 39. maddesinin 3.bendi ihtirazi kaydı, "mükelleflerce, kanuni gerekçe gösterilerek beyan edilen matrah veya matrah

kısmı üzerinden tarh edilen vergiye dava hakkının saklı tutulması yolunda beyannameye yazılı not” şeklinde tanımlanmıştır. İhtirazi kayıt, genel hukuk ilkelerinden doğarak vergi hukuku alanına girmiş ve burada mükellefin kendi beyanına karşı dava açma hakkını koruyan sui generis bir müesseseye haline gelmiştir.⁴³ Danıştay ise ihtirazi kaydı şu şekilde tanımlamıştır: “İhtirazi kayıt, uygulamada, beyanın bağlayıcılığını etkisiz kılmak ve hak arama yollarına başvuru hakkını saklı tutmak amacıyla beyannameye konulan ve beyanın serbest irade ürünü olmadığını gösteren açıklama olarak nitelendirilmektedir. İhtirazi kaydın bu etkisini gösterebilmesi, yasalarda beyanda bulunulması için belli edilen süre veya zamanda konulmuş olmasına bağlıdır.”⁴⁴

Doktrinde ihtirazi kayda ilişkin farklı tanımlar yapılmıştır. Turgay’a göre ihtirazi kayıt, mükelleflerin tereddüt ettikleri bazı mevzularda herhangi bir cezalı tarha muhatap olmayı önlemek için yaptıkları beyanların bir kısmı veya tamamı için beyannamelerine ihtirazi kayıtlar koymak suretiyle itirazda bulunabilmeleridir.⁴⁵ Özbacı ihtirazi kaydı, “mükelleflerin vergiye tabi olup olmadığı hususunda tereddüt ettikleri matrahları, kaydı ihtirazi ile beyan etmelerine ve bunun üzerinden salınan vergiye itiraz etmelerini sağlayan bir müessese” olarak tanımlamaktadır.⁴⁶ Kaneti’ye göre ise yükümlü beyanıyla ilgili bazı noktalarda veya tümünde tereddütlü ise dava hakkını saklı tutabilmek için beyannamesine buna ilişkin bir ihtirazi kayıt koyabilir ve buna istinaden dava açabilir.⁴⁷ Bahsi geçen tüm tanımların ortak unsuru, mükelleflerde yapmış oldukları beyanlara ilişkin “tereddütlerin” bulunmasıdır. İhtirazi kayıt müessesesi, mükelleflerin beyanlarına karşı dava açamamaları yönündeki genel kuralın istisnası olarak vergi hukukuna girmiştir. Dolayısıyla mükellefin beyan ettiği matrahın veya matraha dahil olan bir unsurun vergilendirilmesinin hukuka uygun olup olmayacağı hususunda tereddüt duyan mükellefin dava hakkını korumak⁴⁸ ihtirazi kayıt müessesinin temel amacıdır.

Hata düzeltme dilekçeleri, yalnızca vergilendirme işlemlerinde “açık hata” bulunması durumunda bunun düzeltilmesini talep etme yönündeki iradenin yansıtıldığı dilekçelerdir. Görülmesi kolay bir açık hatanın idareye bildiriimi söz konusu ise artık mükellefin tereddüt duyduğu bir beyandan bahsedile-

43 Gökhan Kürşat Yerlikaya, *Türk Vergi Hukukunda İhtirazi Kayıtların Beyan ve Yargı Yolu*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2005, s. 75.

44 Danıştay 7. Daire, 07/12/2006, E. 2004/3431, K. 2006/3892, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

45 Yücel Turgay, “İhtirazi Kayıtların Beyan”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 3, 1993, s. 52.

46 Yılmaz Özbacı, *Vergi Davaları*, Oluş Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 625.

47 Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 112.

48 Filiz Keskin, “Vergi Hukukunda İhtirazi Kayıt ile Beyan Müessesesi”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 157, 2006, s. 255.

mez.⁴⁹ Bir diğer ifade ile hata düzeltme müessesinin dayanağı olan "açık hata" ile ihtirazi kayıt müessesinin dayanağı olan "tereddüt duyulan beyan" birbiri ile bağdaşmaz. Bu bakımdan ihtirazi kayda ve idari davaya konu olmamından düzeltme beyannamesi ile normal beyannameler arasında herhangi bir fark bulunmadığı⁵⁰ yönündeki yaklaşım kabul edilemez.

Düzeltilme beyannamelerine dayanılarak yapılan tarhların idari davaya konu edilip edilemeyeceğine ilişkin hukuki sorun, Anayasa Mahkemesi Kararına konu olmuştur. Düzeltilme beyannamelerine dayanılarak yapılan bir tarhın iptali talebiyle açılan bir davada yerel mahkeme, beyana dayalı tarhlara karşı dava açılmayacağını öngören VUK md.378/2 nin, anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunmuş ancak başvuru Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.⁵¹ Mahkemenin ret gerekçesi şöyledir:

"Uygulamada hangi tür beyannamelere ihtirazi kayıt konulabileceği; kanuni süresi içinde veya kanuni süresinden sonra verilen beyannamelere ihtirazi kayıt konulup konulamayacağı hususlarından dolayı dava açma hakkının tanınıp tanınmayacağı sorunu ise doğrudan doğruya itiraz konusu kuralla ilişkili olmayıp ihtirazi kaydın kapsamı ile ilgilidir... Somut olayda da olduğu gibi, ihtirazi kaydın uygulamada ortaya çıkan ve düzeltme beyannamesi olarak adlandırılan beyannamelere konulup konulamayacağı; konulabilse dahi dava açma hakkını tanıyıp tanımayacağı esasında itiraz konusu kuralın değil, kuralın istisnasının kanuni dayanağı olan 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasının yorumundan kaynaklanmaktadır... Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (4) numaralı fıkrasında "ihtirazi kayıtlarla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar" ibaresiyle beyannameler arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Her ne kadar kanuni süresinden sonra verilen beyannamelere ihtirazi kayıt konulup konulmaması hususunun içtihat farklılığına neden olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de herhangi bir düzenlemenin mahkemeler arasında içtihat uyumsuzluklarına neden olması yargılama hukukunun doğası gereği her zaman mümkün olup bu durumun anayasal bir sorun oluşturması söz konusu değildir. Kaldı ki hukuk sistemi içerisinde mahkemeler

49 Funda Başaran Yavaşlar, "VEHUP 4. Ulusal Kongresi-Temel Haklara ve Özgürlüklere Vergilendirme Yoluyla Müdahalede Sınır", Alanya Alaattin Keykubat Üniversitesi İşletme Fakültesi ve Vergi Hukuku Platformu, Ekim 2017, Tartışmalar Bölümü Kongre Notları.

50 Sarıcaoğlu, s. 102.

51 Anayasa Mahkemesi, 14.06.2017, E. 2017/24, K. 2017/112, Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sayfası.

arasındaki içtihat uyumsuzluklarını çözecek hukuki yollara yer verilmiştir.”

Yukarıdaki kararda mahkeme, itiraz konusu hüküm ile hukuki sorun arasında bağlantı kurulamayacağına kanaat getirmiştir. Mahkeme itiraz konusu kuralı, istisnalarıyla birlikte hak arama özgürlüğü temelinde anayasaya uygun bulmuş, düzeltme beyannamesine ihtirazi kayıt konulup konulamayacağı yönündeki problemin çözümünü ise içtihatların belirleyeceğini belirtmiştir.⁵² Anayasa Mahkemesi'nin, somut olay ile kanun hükmü arasında, kanun hükmünün iptalini gerektirecek bir ilişki olmadığı yönündeki kanaati kabul edilebilir. Ancak düzeltme beyannamesine konulan ihtirazi kaydın dava açma hakkını tanımayacağı yönündeki Danıştay içtihadı, temel hakkın özüne dokunup ihlaline yol açan bir yargı yorumu⁵³ olması suretiyle tartışılmalıdır. Öte yandan konu ile ilgili yakın tarihli bir bireysel başvuru kararında başvuru, vergi idaresinin baskısı ile ihtirazi kayıt koymaksızın düzeltme beyannamesi vermeye zorlandığını, yerel mahkeme ve Danıştay tarafından açılan davaların usul hükümleri gerekçesi ile incelenmeksizin reddedildiğini ve bu durumun mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.⁵⁴ Ancak başvuru, derece mahkemesinin ve Danıştay'ın yasal düzenlemelere göre hareket ettiği gerekçesi ile açıkça dayanaktan yoksun bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Bir uyuşmazlığı ve uyuşmazlık kapsamında bir talebi, mahkeme önüne taşıyabilme ve karara bağlanmasını isteyebilme mahkemeye erişim hakkının sağladığı güvencelerdendir.⁵⁵ Mahkemeye erişim hakkı Anayasa md. 36'da düzenlenen adil yargılanma hakkının bir gereğidir.⁵⁶ Beyana dayalı tarhlar bakımından dava açma hakkının ihtirazi kayıt koşuluna bağlı olması, mükellefin adil yargılanma hakkının ve dolayısı ile mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bir hukuk devletinde hürriyet asıl sınırlama ise istisna olmalıdır.⁵⁷ Şu halde hürriyetin veya sınırlamanın konusunda tereddüt ortaya çıkarsa hürriyetin geniş sınırlamanın ise dar yoruma tabi tutulması gerekir.⁵⁸

Her ne kadar, “ihtirazi kayıt” ve “açık hata”nın birbiri ile bağdaşmadığını,

52 Sarıcaoğlu, s. 104.

53 Göker, Yılmazoğlu, s. 98.

54 Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, B.N. 2017/16797, K.Tarihi 11.12.2017, Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sayfası.

55 Göker, Yılmazoğlu, s. 89.

56 Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı- Ahmet Yıldırım, B.No. 2012/144, 2.10.2013, Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sayfası.

57 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, II*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 547.

58 Gözler, s. 547.

dolayısı ile düzeltme beyannamelerine konulan ihtirazi kayıtların geçerli olmadığını söylemek mümkün olsa da, dikkat etmek gerekir ki idari işlemin geri alınması yönündeki işlem de bir idari işlemdir ve Anayasa md. 125 uyarınca hukuki denetime tabidir. Dolayısıyla sakat bir düzeltme işleminin tesis edilmesi halinde, bu işlemin iptali gerekir.

Konu ile ilgili bir başka kararında Danıştay şu ifadelere yer vermiştir:⁵⁹

"...Beyan üzerinden alınan vergilere ait matrahın ihtirazi kayıtla beyanı, beyannamenin vergi kanunlarında öngörülen zamanlarda verilmesi koşuluna bağlıdır. Beyanname verme süresi geçtikten sonra verilen beyannameye konulan ihtirazi kaydın, beyanname üzerinden yapılan tahakkuka etkisi ve davacı tarafından verilen düzeltme beyannamesine konulan ihtirazi kaydın geçerliliği bulunmamaktadır."

Bu kararda Danıştay ihtirazi kaydın, sadece süresi içerisinde verilen beyannameler bakımından geçerli kabul edilebileceğini, dolayısıyla düzeltme beyannameleri bakımından geçerli olmadığını belirtmiştir. Danıştay'ın düzeltme beyannamelerine konulan ihtirazi kayıtları kabul etmemesi yerindedir, ancak bunun gerekçesi "düzeltme beyannamelerinin süresinden sonra verilen beyannameler olarak nitelendirilmesi" olmamalıdır. Düzeltme dilekçelerine konulan ihtirazi kaydın geçerliliği, hata düzeltme müessesesi ve dolayısıyla "açık hata" ile bağdaşmadığı için kabul edilemez. Danıştay'ın bu yaklaşımı vergi idarelerini, mükelleflere düzeltme beyannameleri verme konusunda baskı kurmaları gibi hukuka aykırı uygulamalarda bulunma konusunda cesaretlendirmiştir. Vergi idaresi tarafından mükelleflerin düzeltme beyannameleri vermeye zorlanmaları –Danıştay tarafından da dile getirildiği üzere- uygulamada sık rastlanan bir durumdur.⁶⁰ Danıştay'ın ilgili bir kararında şu gerekçe ile aksi yöndeki yerel mahkeme kararını bozmuştur:⁶¹

59 "Zamanında verilen vergi beyannamesine ihtirazi kayıt konulması, beyannamede hesaplanan verginin tümü ya da bir kısmının tahakkuk ettirilmemesi istenerek, ihtirazi kaydın konusunu oluşturan nedenin tarhı yapan idare tarafından kabul edilmemesi halinde, beyanname üzerinden tarh edilen verginin ihtirazi kayıt konulan kısmının dava konusu edilebilmesini olanaklı kılarak, noksan beyanda bulunulmasını ve verginin geç tahakkuk etmesini önlemektedir. Bu nedenle, ihtirazi kayıt beyanname verme süresinde verilen beyannamelere konulabilir..."Danıştay 4.Daire E. 2015/6462, K. 2015/6173, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

60 "...çoğunlukla idarenin baskısı sonucu ikinci bir beyanname verildiği durumlarla da sık sık karşılaşmakta, hatta verilen beyannameye dava açma hakkını saklı tutan ihtirazi kayıt konulmasına idarece izin verilmediği, aksi halde beyannamenin kabul edilmediği gözlemlenmektedir" Danıştay 9. Daire, 13.12.2012, E.2010/4896, K.2012/9474, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

61 Danıştay 9. Daire, 13.12.2012, E.2010/4896, K.2012/9474, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Benzer yönde bir karar için bkz. Danıştay 9. Daire, 29.12.2009, E. 2009/7171, K. 2009/5341, LeGalbank Elektronik Hukuk Bankası.

“Uygulamada vergi dairelerinin; olumsuz mükellefler listesine girmiş bir mükelleften mal ve hizmet alan diğer mükellefleri, yazılı ya da sözlü olarak “koddaki mükelleflerden yapılan alışlara ait faturaları KDV beyanlarından çıkarmaları, yani bu faturalara ait katma değer vergilerini indirim konusu yapmamaları, bu suretle düzeltme beyannamesi vermeleri veya dört katı tutarında teminat göstermeleri veya yeminli mali müşavir raporu ibraz etmeleri, aksi halde olumsuz mükellefler listesine dahil edileceği ve incelemeye alınacakları” yönünde uyardıkları görülmektedir. Birçok firma incelemeye maruz kalmamak için idarenin bu talebini yerine getirmekte ve ilave vergi tahakkukunu faiziyle birlikte ödemek zorunda kalmaktadır....Dosyanın incelenmesinden, davacıya faturalarını kullandığı şirketler hakkında sahte fatura düzenledikleri hususunda rapor bulunduğu belirtilerek, söz konusu faturaların katma değer vergisi indirimleri arasından çıkarılması suretiyle ilgili dönemler için vergi kanunlarında yer almayan ancak uygulamada “düzeltme beyannamesi” denilen ikinci bir beyanname vermesi gerektiği aksi halde kendisinin de kod listesine alınacağı uyarısı yapılarak yeniden beyanname vermesi sağlanarak dava konusu katma değer vergisi, damga vergisi ve gecikme faizi tahakkuk ettirildiği ve vergi ziyayı cezası kesildiği anlaşılmaktadır. Bakılan davada katma değer vergisi beyannamelerini veren davacının daha sonra ihtirazi kayıt konulmak suretiyle ikinci bir beyanname daha vererek ilk beyannamede yer alan indirim konu bazı faturaların beyannameden çıkarılması sağlanmıştır.

...Olayda ise davalı idarece 213 sayılı Yasa’da belirtilen tarhiyat şekilleri ve vergi incelemesine ilişkin hükümler göz ardı edilmiş olup, davacının kod listesine girmemek amacıyla düzeltme beyannamesi vermek durumunda bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda davacı hakkında bir inceleme yapılmadan ve kullandığı faturaların gerçek olup olmadığı, kendisi ve fatura düzenleyicileri hakkında her yönüyle incelenerek ortaya konulmadan, kod listesine girmemek amacıyla verilen düzeltme beyannameleri üzerine yapılan tahakkukta ve kesilen vergi ziyayı cezasında yasal isabet görülmemiştir.”

Yukarıdaki karara konu olan uygulama, yani mükelleflerin iradeleri hilafına- hatta çoğunlukla ihtirazi kayıt konmaksızın- düzeltme beyannamesi vermeye zorlanması uygulaması⁶², bu dilekçelere dayanılarak yapılan tarhi idari

62 “Mükelleflerin Vergi Usul Kanunu’nun 371. maddesi hükmünde yazılı koşullarla kendiliklerinden pişmanlık dilekçesi ile birlikte yeni bir beyanname vermeleri söz konusu olmakla birlikte, çoğunlukla idarenin baskısı sonucu ikinci bir beyanname verildiği durumlarla da sık sık karşılaşmakta, hatta verilen beyannameye dava açma hakkını saklı tutan ihtirazi kayıt konulmasına idarece izin verilmediği, aksi halde beyannamenin kabul edilmediği gözlemlenmektedir.” Danıştay 9. Daire, 13.12.2012, E.2010/4896, K.2012/9474, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

işlemin sebep unsuru yönünden sakat kılar. Çünkü mükelleflerin yazılı bildirim ve talebi üzerine yapılan düzeltmelerde, işlemin maddi sebebini mükelleflerin iradesini yansıtan yazılı bildirim oluşturur. Mükelleflerin iradelerini sakatlayan bir durum varsa, bu iradelere dayalı olarak yapılan işlem de sebep unsuru yönünden sakatlanır ve işlemin iptal edilmesi gerekir.

İdari işlemin amaç unsuru yönünden hukuka uygunluğunu belirlemede kullanılan kamu yararı ölçütü, işlemin başka amaçlarla yapılıp yapılmadığı araştırılarak ortaya konabilir.⁶³ Nefret, sevgi, kin gibi kişisel duygular ile veya kişisel ekonomik menfaatler için tesis edilen işlemler, idari işlemi amaç unsuru yönünden hukuka aykırı kılar.⁶⁴ Mükelleflerin düzeltme beyannamesi vermeye zorlanması uygulamasının temelinde, mükelleflerin eksik beyanda bulunduğu ve buna dayanılarak vergi idaresi tarafından eksik vergi tarhi yapıldığı düşüncesi yatar. Özel yararın gözetilmediği bu durumlarda işlemin amaç unsuru yönünden sakat olduğu düşünülmemektedir, ancak somut olay özelinde konu unsuru yönünden sakatlık gündeme gelebilir.

Sonuç

Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde düzenlenen "düzeltme beyannameleri" uygulamada sıklıkla kullanılan belgelerdir. Düzeltme beyannamelerinin ve bu beyannamelere dayanılarak yapılacak tarhların tabi olacağı yasa hükümlerinin tespit edilebilmesi, öncelikli olarak bu belgelerin ve bu belgelere dayanılarak gerçekleştirilen tarhların hukuki niteliğinin saptanmasını gerektirir. Düzeltme beyannameleri dönem beyannamelerindeki hataların giderilmesi amacı ile tanzim edildiği için, hukuki nitelikleri itibarıyla hata düzeltme dilekçeleridir. Dolayısıyla bu dilekçelere dayanılarak vergi idaresi tarafından gerçekleştirilecek herhangi bir idari işlem VUK hata düzeltme hükümlerine dayanılarak yapılmalıdır.

Düzeltilme beyannamelerini Danıştay, ek beyanname/ikinci beyanname/süresinden sonra verilen beyanname olarak nitelendirmiştir ve bu nitelendirmeye hukuki sonuç bağlayarak, düzeltme beyannamelerine konulan ihtirazi kayıtların geçerli olmadığına hükmetmiştir. Danıştay'ın bu yaklaşımının, vergi idareleri tarafından da benimsendiğini söylemek gerekir. Nitekim vergi idarelerinin, mükellefleri "olumsuz mükellefler" listesine almak tehdidi ile düzeltme beyannamesi vermeye zorlaması uygulaması yaygın hale gelmiş, güncel pek çok yargı kararına konu olmuştur.

63 Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 462.

64 Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, s. 462.

Danıştay, kanuni süresinden sonra verilen beyannameler bakımından ihtirazi kaydın geçersiz olduğu yönündeki görüşünü birden çok kararında tekrarlamış, ancak düzeltme beyannamelerinin mükelleflerin gerçek iradelerini yansıtmadığı halleri ayrı tutmuş ve bu durumlarda yapılan tarhları iptal etmiştir.

İhtirazi kayıt müessesinin temel amacı, vergilendirilecek matraha veya matrah unsuruna ilişkin mükellefin tereddüt duyması halinde bu beyana karşı dava açma hakkının saklı tutulmasıdır. Hata düzeltmenin temel amacı ise açık vergi hatalarının yargı yoluna nazaran daha pratik bir yol olan idari yolla alternatif olarak çözümlenmesidir. Dolayısı ile yoruma ihtiyaç duyulmayacak derecede açık bir hatanın bildirilmesi ve düzeltilmesi talebini içeren bir dilekçeye ihtirazi kayıt konulabileceğinin kabulü, ihtirazi kayıt müessesinin varoluş amacı ile çelişir. Bu bakımdan düzeltme beyannamelerine konulan ihtirazi kaydın geçersiz olduğunu düşünen Danıştay'ın bu görüşünün–farklı bir gerekçe ile- yerinde olduğu söylenebilir. Ancak eklemek gerekir ki, ihtirazi kaydın düzeltme dilekçeleri bakımından geçersiz sayılması gerekliliği, düzeltmeye dayalı tarhlara karşı dava açılmayacağı anlamına gelmemektedir. Ayrı bir tarh türü olan düzeltmeye dayalı tarhlar yürütülmesi zorunlu birer idari işlemdir ve Ay. md.125 uyarınca hukuki denetime tabidir.

Çalışmada düzeltme dilekçelerine dayanılarak yapılan tarhların idari dava-ya konu edilip edilemeyeceği hukuki sorunu ele alınmış ve düzeltme dilekçelerinin hukuki niteliği irdelenerek soruna çözüm aranmıştır. Ancak hali hazırda sıklıkla uyuşmazlık konusu olan sorunun, yeni bir normatif düzenleme veya bir İçtihadı Birleştirme Kararı vasıtasıyla nihai biçimde çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Altındağ, Halil. "İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10 Sayı: 4, 2016, s. 81 – 97.
- Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası <http://www.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 28.03.2018).
- Başaran Yavaşlar, Funda, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak –Vergi Hukuku'nda- Yasallık İlkesi", *Kamu Hukukçuları Platformu: Hukuk Güvenliği*, Türkiye Barolar Birliği, Şubat 2015, s. 189 – 240.
- Başaran Yavaşlar, Funda "Mükellef Vergi Borcunu Bildirmek Zorunda Mıdır? –Beyannamenin Hukuki Niteliği, İçeriği ve Tarhın Anlamı Üzerine", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 94, 2012, s. 3 – 15.
- Bilici, Nurettin, *Vergi Hukuku*, I, 32. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.
- Göker, Cenker; Yılmazoğlu, Yunus Emre, "Süresinden Sonra İhtirazi Kayıtlarla Verilen Düzeltilme Beyannamesi Nedeniyle Tahakkuk Eden Verginin İdari Davaya Konu Edilebilirliği, Mahkemeye Erişim Hakkı ve Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri Bağlamında Bir Değerlendirme", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 3, 2017, s. 82 – 100.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, II*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- Hatipoğlu, Cengizhan, "Vergi Hukukunda Hata ve Düzeltilme", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2013.
- Kaneti, Selim, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Karaçoban Güneş, Tuğçe, *Vergi Usul Hukukunda Res'en Araştırma İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Karakoç, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>., (Erişim Tarihi: 28.03.2018).
- Keskin, Filiz, "Vergi Hukukunda İhtirazi Kayıt ile Beyan Müessesesi", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 157, 2006.
- Kırbaş, Sadık, *Vergi Hukuku*, 19. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012,
- Kızılot, Şükrü, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 12. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007.
- LegalBank Elektronik Hukuk Bankası. <https://legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 28.03.2018).
- Oktar, S. Ateş, *Vergi Hukuku*, 12. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Öncel, Mualla; Kumrulu, Ahmet; Çağan, Nami, *Vergi Hukuku*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Özbacı, Yılmaz, *Vergi Davaları*, Oluş Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2016.
- Sarıcaoğlu, Ercan, "Düzeltilme Beyannamelerine İhtirazi Kayıt Konulabilme Sorunu", *Mali Çözüm*, Sayı: 144, 2017, s. 89 – 107.
- Şahin, Hasan, "Vergi Hatalarından Kaynaklanan ve Düzeltilme Yoluyla Tarhiyat Gerektiren Vergilerde Gecikme Faizi", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 89, 2000.

- Şenyüz, Doğan; Yüce, Mehmet; Gerçek, Adnan, *Vergi Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2017.
- Turgay, Yücel, “İhtirazi Kayıtlarla Beyan”, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 3, 1993.
- Yerlikaya, Gökhan Kürşat, *Türk Vergi Hukukunda İhtirazi Kayıtlarla Beyan ve Yargı Yolu*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2005.
- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, Eyüp; Üstün, Gül; Okay Te-kinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ÖZ

Hata düzeltme müessesesi idare hukukundaki “idari işlemin geri alınması” müessesinin vergi hukuku alanındaki tezahürüdür. Vergi Usul Kanunu’nun ilgili hükmüne göre bir vergi hatasının mükellef tarafından görülmesi halinde bu hata, mükellefin yazılı başvurusu üzerine vergi idaresi tarafından düzeltilir. Mükellefin yazılı başvurusunun hangi formda olması ve hangi unsurları içermesi gerektiği hususunda Vergi Usul Kanunu’nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği’nde düzenlenen “düzeltme beyannameleri” uygulamada sıklıkla kullanılan ve aynı sıklıkta hukuki uyumsuzluklara konu olan belgelerdir. Düzeltme beyannamelerine ihtirazi kayıt konulması suretiyle, buna dayalı olarak yapılan tarha karşı dava açılıp açılmayacağı ve açılması yönündeki kabulün Anayasaya aykırılık teşkil edip etmeyeceği hukuki sorunları, bazıları yakın tarihli olmak üzere pek çok Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Çalışmada “düzeltme beyannamelerinin” hukuki nitelikleri tartışılmış ve bunlara dayalı olarak yapılan idari işlemlerin dava edilebilirliği hususu irdelenmiştir.

Anahtar kelimeler: vergi hataları, hata düzeltme kurumu, ihtirazi kayıt, düzeltme beyannameleri, düzeltme beyannamelerinin hukuki niteliği.



Anayasacılık ve Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı*

Constitutionalism and Constitution Making in the Divided Societies

Mustafa ÇATTIK**

ABSTRACT

Constitution making is a subject that is often discussed because of its importance. Nevertheless, when the issue of constitution making is examined, it is seen that some societal differences are often overlooked. In fact, there are much more problems in some societies than the others, and these problems also influence constitution making. For this reason, it is clear that the constitution making process in these societies, which can be called divided societies, should be handled separately. Indeed, there are supporting studies in the doctrine. On the other hand, constitutionalism is a decisive consideration in the emergence and development of the notion of constitution. In this regard, the handling of the constitution making in the divided societies in the context of constitutional thought may be guiding and leading to new conclusions.

Keywords: constitutionalism, principles of constitutionalism, constitution making, divided societies, constitution making in the divided societies.

GİRİŞ

Anayasa yapımı meselesi doktrinde geniş bir biçimde tartışılan bir konudur. Bununla birlikte, anayasa yapımı çerçevesinde tartışılan konuların bütün toplumlar için aynı kapsamda olduğunu söylemek mümkün değildir. Bunun nedeni ise toplum yapılarının farklılığıdır. Tanım noktasında farklı görüşler olmakla birlikte, doktrinde de kabul edildiği üzere, kutuplaşmış toplumlar şeklinde ayrı bir kategoriden bahsetmek mümkündür. Kutuplaşmış toplumlar taşıdıkları bazı özellikler nedeniyle diğer toplumlardan farklıdır. Bundan dolayı da, kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı meselesi ayrı bir başlık olarak doktrinde ele alınmaktadır.

Bu makalenin temel düşüncesini, anayasacılık ve kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı ilişkisi oluşturmaktadır. Bu düşüncenin detaylı olarak ele alınabilmesi için de temelde iki konunun incelenmesi gerekmektedir. Bunlar da, anayasacılık ve kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımıdır. Bu yöntemin tercih edilmesinin iki nedeni vardır. Bunlardan ilki, iki konu arasındaki ilişkiyi kurarken yararlanabilmek adına her ikisinin de düşünsel çerçevelerinin ortaya konulabilmesidir. İkinci neden ise esasında hem bu makalenin yazılmasını teşvik

* Makale gönderim tarihi: 19.03.2018. Makale kabul tarihi: 18.04.2018.

** Arş. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.
İletişim: mcattik@medipol.edu.tr.

eden hem de aynı anda bu süreci zorlaştıran bir nedendir. Bu da, doktrinde incelenen eserlerde bu şekilde bir ilişkiyi doğrudan ele alan bir esere rastlanmamış olmasıdır. Esasında bu durumun da, ciddi bir eksikliğe işaret ettiği açıktır. Zira kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı uluslararası literatürde oldukça tartışılan bir konu olduğu gibi, anayasacılık da anayasa fikrinin arka planını oluşturan düşüncedir. Bu nedenle, iki konu arasındaki ilişkiyi araştırmak kaçınılmaz ve gerekli bir çabadır.

Makalede ilk olarak anayasacılık düşüncesinin üzerinde durulacaktır. Anayasacılık uzun yılların birikimi olan bir düşüncedir. Tam da bu nedenle, tarihsel olarak neredeyse her siyasi toplumda anayasacılık ilkelerini anımsatan veya onları hazırlayan bazı uygulamalara rastlamak mümkündür. Anayasacılık düşüncesinin bu nedenle tarihsel arka planı oldukça geniş ve derinlikli bir konu olmakla birlikte, makalenin amacına uygun olarak anayasacılığın esas olarak düşünsel çerçevesi ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bundan dolayı da, temel olarak anayasacılık ve anayasa ilişkisi, anayasacılığı hazırlayan düşünceler ve anayasacılığın ne anlama geldiği konuları üzerinde durulacaktır.

Kutuplaşmış toplumlarla ilgili temel meselelerin açıklığa kavuşturulabilmesi içinse birkaç konu üzerinde durulacaktır. Bunlar, kutuplaşmış toplumlar ayrımının gerekliliği, kutuplaşmış toplumların nasıl isimlendirileceği ve tanımlanacağı ile kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımına ilişkin ileri sürülen görüşlerdir.

I. Anayasacılık

Anayasacılık düşüncesinin modern demokratik devletlerin düşünsel temellerinden birisi olduğu görülmektedir. Söz konusu düşüncenin temel amacı insan haklarını korumak için devlet iktidarının sınırlandırılmasıdır¹. Buna göre, devlet iktidarını sınırlandırmak fikri esas olarak insan haklarının iktidar karşısında korunabilmesi için ileri sürülmektedir. Bu nedenle, anayasacılığın özünün insan haklarını korumak, bunu gerçekleştirebilmek için temel amacının da devlet iktidarını sınırlandırmak olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Bunun nedeni ise insan haklarının iktidar karşısında korunabilmesidir. Söz konusu amaca ulaşabilmek içinse çeşitli araçlar sıklıkla kullanılmaktadır.

Yakından bakıldığında anayasacılık fikrinin esas olarak son yüzyıllarda temellendirilip geliştirdiği görülmektedir. Nitekim ilk anayasa da 1787 tarihli ABD Anayasasıdır. Bununla birlikte, anayasacılık fikri esasında tarihsel bir gelişimin ürünüdür. Bunun temel olarak iki anlamı olduğunu söylemek mümkündür. İlki, bugünkü anlamıyla anayasacılık kavramını karşılayamayacak olmakla birlikte geniş anlamda anayasacılık kavramı içerisinde değerlendirilebilecek bazı uygulamaların eski çağlardan beri söz konusu olduğudur. Esas itibarıyla devlet iktidarını sınırlandıran veya insan haklarının en azından belli bir kısmını da olsa tanıyıp koruyan tüm tarihsel uygulamalar geniş anlamıyla anayasacılık kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, söz konusu uygulamaların esas anlamıyla anayasacılık fikrinden farklı olduklarını da unutmamak gerekir. İlgili tarihi örnekler ancak ilkel bazı anayasacılık uygulamaları olarak düşünülebilir. Çünkü hiçbirinde kapsamlı bir şekilde anayasacılık düşüncesiyle benzer bir

1 Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 9. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Eylül 2012, s. 5.

fikirsel temel söz konusu değildir. Bahsedilen uygulamaların anayasacılığın temel felsefesini bilinçli bir biçimde paylaşıyor olduğunu söylemek güçtür². İkinci nokta ise esasında söz konusu uygulamalardan da soyutlanamayacak bir biçimde tarihsel olarak geliştirilen bazı düşüncelerin anayasacılık fikrinin temelini oluşturmuş olmalarıdır. Zira başta da belirtildiği üzere, anayasacılık fikri esas olarak tarihsel bir gelişimin ürünüdür. Söz konusu düşünceler, doğal hukuk ve doğal haklar, sosyal sözleşme ve kuvvetler ayrılığı düşünceleridir.

Daha önce de belirtildiği üzere, anayasanın amaçlarını gerçekleştirmek için kullandığı bazı araçlar mevcuttur. Bunlardan en temel nitelikte olanı, şüphesiz ki anayasadır. Bu nedenle, anayasacılık hareketi ile anayasa arasındaki ilişkiye de değinmek yerindedir. Zira aynı zamanda anayasa kavramı anayasacılık ile kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı konuları arasında ortak olan temel hususlardan birisidir. Bundan sonra, anayasacılığı hazırlayan düşüncelerin incelenmesine geçmek anayasacılık fikrinin düşünsel çerçevesini ortaya koymak için yerinde olacaktır. Sonrasında ise anayasacılığın ilkelerini ele almak gerekmektedir.

A. Anayasa ve Anayasacılık

Bu noktada, ilk olarak anayasa ve anayasacılık kavramlarının eşdeğer nitelikte olmadıklarını belirtmek gerekmektedir. Zira günümüzde bütün anayasaların anayasacılığın gereklerine uygun olduklarını söylemek mümkün değildir. Nitekim anayasacılık açısından anayasaların bu bağlamda üç farklı kategoride değerlendirildikleri görülmektedir: garantist, kamufraj ve sözde. Bunlardan sadece, garantist anayasaların anayasacılığın gereklerini yerine getirdiği söylenebilir³.

Elbette anayasalara ilişkin yapılan sınıflandırmalar bununla sınırlı değildir. Bununla birlikte, diğer sınıflandırmaların anayasacılıkla birebir örtüştükleri söylenemez. Mesela, bir anayasanın yazılı olması onun anayasacılığın gereklerine uygun olduğunu göstermeyeceği gibi, tersi olarak yazılı olmayan bir anayasa da anayasacılığın gereklerine uygun olabilecektir.

Anayasa ve anayasacılığın birbirleriyle eşdeğer nitelikte olmadıkları bu şekilde ortaya konulduktan sonra, anayasacılığın kavramsal olarak neyi ifade ettiği açıklanmalıdır. Heywood'a göre, dar anlamıyla anayasacılık anayasanın mevcudiyeti sayesinde devletin sınırlandırılmasıdır⁴. Gerçekten de, anayasacılığın temel amacının keyfi devlet iktidarını anayasal araçlarla sınırlandırmak olduğu söylenebilir.

Heywood geniş anlamıyla anayasacılığı ise “iktidar gücü üzerinde iç ve dış

2 Anayasacılık düşüncesinin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Scott Gordon, *Controlling the State: Constitutionalism From Ancient Athens to Today*, Harvard University Press, Massachusetts, 2002; C. Perry Patterson, “The Evolution of Constitutionalism”, *Minnesota Law Review*, Cilt: 23, Sayı: 5, Nisan 1948, s. 427 – 457; Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Gözden Geçirilmiş Baskı, Cornell University Press, New York, 1947.

3 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 38 – 40.

4 Andrew Heywood, *Key Concepts in Politics*, Palgrave Macmillan, Basingtoke, 2000, s. 124.

denetimler oluşturmak suretiyle özgürlüğü koruma arzusunu yansıtan bir siyâsi değerler ve özelemler dizisi”⁵ olarak ifade etmektedir. Anayasacılık bu düşünceye uygun olarak, yazılı anayasayı, Haklar Bildirgesi’ni, kuvvetler ayrılığını, iki meclisliliği, federalizmi ve ademi merkezîyetçiliği savunmaktadır⁶. Kısaca, geniş anlamıyla bakıldığında anayasacılık düşüncesinin devlet iktidarının sınırlandırılması amacına uygun olarak iktidar üzerinde denetim mekanizmaları öngördüğü görülmektedir. Bunun için de, kuvvetler ayrılığı, yazılı anayasa gibi bir takım araçları desteklemektedir.

B. Anayasacılığı Hazırlayan Düşünceler

Anayasacılık kavramı genel olarak açıklandıktan sonra, anayasacılık hareketinin arkasında yatan düşünceleri de incelemek yerinde olacaktır. Bu düşüncelerin anayasacılık hareketini hazırlayan düşünceler olduğu söylenebilir. Bunlar, doğal hukuk, sosyal sözleşme ve kuvvetler ayrılığı düşünceleridir.

1. Doğal Hukuk ve Doğal Haklar

Doğal hukuk düşüncesi esas olarak üstün ve bütün insanlar için ortak bir hukukun var olduğu fikrine dayanmaktadır. Eski zamanlarda bu fikrin daha çok Tanrısal temelde ileri sürüldüğü görülmektedir. Buna göre, doğal hukuk aynı zamanda Tanrısal yani ilahi hukuktur. Nitekim Avrupa’da oldukça etkili olmuş olan Katolik Kilisesi de bu fikri ileri sürmüştür.

Diğer taraftan, doğal hukuk fikrinin ilahi zemininin zamanla sarsılmış olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda, doğal hukukun temelini insan aklı olarak gören düşünceler ileri sürülmüştür.

Bununla birlikte, anayasacılık açısından doğal hukukun kaynağının ne olduğunun önemli olduğu söylenemez. Burada, esas olan doğal hukuk fikrinin anayasacılığa yaptığı katkıdır. Söz konusu katkı da, doğal haklar yoluyla olmuştur. Buna göre, doğal hukuk fikri insanın doğuştan gelen bazı haklara sahip olduğunu ileri sürmüştür. Bunlar, doğal haklardır. Doğal haklar düşüncesi de, insan hakları fikrinin temelini oluşturmuştur. İnsan hakları ise anayasacılık düşüncesinde merkezi bir öneme sahiptir. Zira anayasacılık düşüncesinde devlet iktidarının sınırlandırılmasıyla amaçlanan insan haklarının korunmasıdır.

2. Sosyal Sözleşme

Sosyal sözleşme teorisi, anayasacılığı etkileyen düşüncelerden bir diğeridir. Bu fikri savunan önemli düşünürler, Thomas Hobbes, John Locke ve J.J. Rousseau’dur⁷. Söz konusu düşünürlerin sosyal sözleşme kuramına yaklaşımları farklı olmakla birlikte, esas olarak sosyal sözleşmenin ne anlama geldiği ve anayasacılık açısından ifade ettiği anlamın üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Sosyal sözleşme kuramına göre, doğa halinde yaşayan insanlar çeşitli nedenlerle

5 Andrew Heywood, *Siyaset*, çev. Bekir Berat Özipek v.d., 8. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, Mart 2013, s. 380.

6 Heywood, *Key Concepts in Politics*, s. 124.

7 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 14.

aralarında sosyal sözleşme diye isimlendirilen bir anlaşma yaparak güç kullanma haklarını devlete devretmiş, karşılığında da doğal haklarının devlet tarafından güvence altına alınmasını sağlamıştır⁸. İlgili nedenler, yazarların doğa haline bakışına göre çeşit çeşit olabilir. Bununla birlikte, tarihsel olarak gerçek olup olmaması bir yana, önemli olan devletin sonradan bir sosyal sözleşme ile kurulmuş olduğu düşüncesidir. Söz konusu düşünce, anayasa fikrinin ve anayasacılığın önemli meşruiyet kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Buna göre, anayasaları da bir anlamda sosyal sözleşmeler olarak görmek mümkündür.

Bu noktada, John Locke'un sosyal sözleşme kuramına yaklaşımı özellikle önem taşımaktadır. Zira Locke'a göre, doğa halinde insanlar yine huzurlu denilebilecek bir ortamda yaşıyordu. Bununla birlikte, daha güvenli bir ortamda yaşayabilmek adına güç kullanma haklarını sosyal sözleşme ile devlete devretmişlerdir. Bu nedenle, Locke'a göre, devletin doğal hakları sistematik olarak ihlal ettiği durumda vatandaşların direnme hakkı doğacaktır⁹.

Locke'un bu düşüncesi, anayasacılık düşüncesi açısından oldukça kullanışlıdır. Zira devletin insanların iradeleriyle kurulan ve hakları ihlal edildiği zaman insanların ona karşı çıkabilecekleri bir yapı olduğu düşüncesi, devlet karşısında insanı açık bir biçimde öne çıkarmaktadır. Bu düşünce de, anayasacılıkta insan haklarını ileri sürerek devlet iktidarını sınırlandıran temel fikirle oldukça uyumludur.

Kısacası, sosyal sözleşme fikrinin anayasacılığa temel katkısını iki noktada ifade etmek mümkündür. İlki anayasaların sosyal sözleşmeler olarak değerlendirilebilecek ve meşruiyet kazanabilecek olmalarıdır. İkincisi ise özellikle John Locke'un düşünceleri doğrultusunda, vatandaşların devlete göre daha öncelikli bir konuma yerleştirilmesidir.

3. Kuvvetler Ayrılığı

Özellikle Montesquieu tarafından öne sürülmüş olan kuvvetler ayrılığı fikri, anayasacılık düşüncesini hazırlayan fikirlerden bir diğeridir¹⁰. Devlet iktidarının temel olarak yasama, yürütme ve yargıdan oluştuğunu ileri süren fikre göre, söz konusu kuvvetlerin her birinin ayrı organlar olarak işlev görmesi, devlet iktidarını sınırlandırmaya yarayacaktır.

Görüldüğü üzere, kuvvetler ayrılığı fikrinin temelinde anayasacılık fikrine paralel bir şekilde açık bir biçimde devlet iktidarının sınırlandırılması isteği vardır. Bununla birlikte, anayasacılığın daha kapsayıcı bir düşünce olduğu ve kuvvetler ayrılığı fikrinin de anayasacılık açısından bir araç olduğu ortadadır.

Diğer taraftan, günümüzde kuvvetler ayrılığı fikrinin tam olarak uygulandığını söylemek mümkün değildir. Parlamenter ve yarı-başkanlık sistemleriyle yönetilen ülkelerde kuvvetler ayrılığı mutlak bir şekilde uygulanmamaktadır. Söz konusu ülkelerde, yasama ve yürütmenin önemli ölçüde iç içe geçmiş olduğu görülmektedir¹¹.

8 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 15.

9 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 15.

10 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 16.

11 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 17 – 18.

Kuvvetler ayrılığının bu bağlamda sadece yargının diğer kuvvetlerden ayrılığına, diğer bir ifadeyle yargı bağımsızlığına indirgenerek, uygulamada büyük ölçüde hayata geçirilmediği görülmektedir. Bu durum da, hem kuvvetler ayrılığının hem de anayasacılığın temel amacı olan devlet iktidarının sınırlandırılması açısından sakıncalı görülebilir.

Kısacası, kuvvetler ayrılığı anayasacılık düşüncesiyle aynı temel amacı paylaştığı gibi, anayasacılığın önemli araçlarından da birisidir. Bununla birlikte, az sayıda örnek dışında bugün kuvvetler ayrılık düşüncesinin büyük ölçüde uygulanmadığı görülmektedir. Bunun da, anayasacılık hareketi açısından istenen bir durum olmadığı açıktır.

C. Anayasacılığın İlkeleri

Erdoğan anayasacılığın ilkeleri olarak şunları belirtmektedir: anayasanın üstünlüğü, hukuk devleti, insan hakları, kuvvetler ayrılığı ve federalizm¹². Bu noktada, söz konusu ilkelerin genel hatlarıyla tek tek ele alınması yerinde olacaktır.

İlk olarak, anayasanın üstünlüğü ilkesi esasında anayasacılığın temel fikirlerinden birini açık bir biçimde yansıtan bir ilkedir. Buna göre, anayasa devlet iktidarının sınırlandırılması ve insan haklarının korunmasında temel araç olarak anayasayı kullanmayı amaçlamaktadır. Anayasanın bu şekilde kullanılabilmesi de tabii ki anayasaya üstünlük sağlanmasıyla mümkün olabilecektir.

Hukuk devleti bütün faaliyetlerini anayasaya ve hukuka bağlı bir biçimde yapan devlettir. Hukuk devletinin önemi ise bireylere güvence sağlamasıdır¹³. Hukuk devleti ilkesinin anayasacılık açısından konumu düşünüldüğünde ise meselenin birden fazla yönü olduğu görülmektedir. İlk olarak, hukuk devleti aslında anayasanın üstünlüğüyle de ilişkili bir ilkedir. Buna göre, anayasanın üstünlüğünün sağlanması aslında söz konusu devletin hukuk devleti olmasını da gerektirmektedir. Aksi halde, hukuka uymayan bir devlette anayasaya da uygun davranılması beklenemeyecek ya da anayasanın kendisi hukuk devletine ve anayasacılığa aykırı bir nitelik taşıyabilecektir.

Diğer taraftan, hukuk devleti anayasacılıktaki insan haklarını korumak için devlet iktidarını sınırlandırma fikriyle de yakından ilişkilidir. Zira devletin hukukla bağlı olması devlet iktidarının hukuk düzeniyle sınırlandırılmış olduğunu göstermektedir. Öte yandan, bu durumda hukuk düzeni insan haklarını da koruyacaktır.

İnsan hakları ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine daha önce değinildiğinden, tekrardan bu ilkeleri açıklamak gereksizdir. Anayasacılığı hazırlayan düşünceler olan doğal hak kavramı ile kuvvetler ayrılığı fikri, anayasacılığın içinde aynı zamanda bir ilke ve araç olarak da yer bulmuştur. Bununla birlikte, sosyal sözleşmenin doğrudan böyle bir konumda olmadığı görülmektedir. Yine de, anayasanın sahip olduğu üstün konuma olan inanç noktasında bu teörinin açık bir manevi etkisi olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu noktada, federalizm ilkesine değinmek yerinde olacaktır. Açıkçası, federalizm

12 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 20 – 23.

13 Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, Şubat 2011, s. 183.

ilkesinin anayasacılıktaki yeri günümüz için tartışmaya açıktır. Erdoğan federalizmi anayasacılığın ilkelerinden biri olarak saymakla birlikte, kendisi de söz konusu ilkenin mutlak anlamda değil ama yönetimin yerelleştirilmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴. Gerçekten de, federalizmi bugün anayasacılığın temel bir ilkesi olarak ileri sürmek yerinde değildir. Bununla birlikte, federalizm fikrinin anayasacılıkla uyumlu olduğu da ortadadır. Buna göre, federalizm kuvvetlerin dikey olarak da ayrılmasını sağlayarak devlet iktidarının sınırlandırılmasına hizmet etmektedir. Bu yönüyle, bizzat federalizmin değil fakat iktidarın merkezden yerele dağıtılmasının anayasacılık açısından arzu edilir olduğunu hatırlamak gerekmektedir.

Federalizm dışında burada bahsedilen tüm ilkelerin anayasacılığın temel ilkeleri olduğu açıktır. Bu nedenle, kutuplaşmış toplumlarla anayasacılık hareketinin ilişkisi ele alınırken bu ilkelerin her zaman akılda tutulması yerinde olacaktır.

II. Kutuplaşmış Toplular

Kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı doktrinde derinlemesine tartışılan bir konudur. Bununla birlikte, tartışmaların çoğunlukla anayasa yapımı kısmına odaklandığı, kutuplaşmış toplumların tanımına ilişkin çok fazla tartışılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, kavramsal tartışmalar az olmasına rağmen, bu konuda bir fikir birliği de söz konusu değildir. Aksine yazarların kutuplaşmış toplumlara yaklaşımlarının birbirilerinden oldukça farklı oldukları görülmektedir. Bu nedenle, kutuplaşmış toplumlara ilişkin bir eserde mutlaka tanımın nasıl yapıldığı ve bahsedilenlerin hangi toplumlar için geçerli olduğunu ortaya koymak gerekmektedir.

Doktrinde kutuplaşmış toplumlara getirilen tanımlar¹⁵ farklı şekillerde ifade edilmekle birlikte, yine de esas olarak söz konusu tanımların iki merkezde toplandığından bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, meseleyi etnokültürel eksende alan yaklaşımdır. Buna göre, kutuplaşmış toplumlar etnokültürel eksendeki çatışmalar üzerinden tanımlanmaktadır. Bu tanıma getirilebilecek en önemli eleştiri, kutuplaşmaya etnokültürel eksenden yaklaşmanın daraltıcı bir yaklaşımı ifade etmekte olduğudur. Zira etnokültürel eksenin dışındaki gerilimler de bir toplumda kutuplaşmanın sebebi olabilecektir. İkinci eleştiri ise etnokültürel çatışmaların her zaman kutuplaşma anlamına gelmeyebileceğidir. Bu nedenle, kutuplaşmanın belirlenebilmesi için bazı ölçütlerin getirilmesi gerektiği açıktır.

14 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 22 – 23.

15 Söz konusu tanımlar için bkz. Cenk Reyhan, "Toplumsal Yapının Ulusöncesi Ölçeklere Ayrışması: Bölünmüş Toplum Tipi Örnekleri", *Akademik Bakış*, Cilt: 5, Sayı: 10, Yaz 2012, s. 51 – 53; Lijphart, *Democracy in Plural Societies (A Comparative Exploration)*, Yale University Press, New Haven – London, 1977, s. 3 – 4 vd.; Sujit Choudry, "Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies", *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, Ed.: Sujit Choudry, Oxford University Press, New York, 2008, s. 5; Fisnik Korenica, Dren Doli, "The Politics of Constitutional Design in Divided Societies: The Case of Kosovo", *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Cilt: 6, Sayı: 6, 2010, s. 265; Hanna Lerner, *Constitution Making in Deeply Divided Societies: The Incrementalist Option*, Columbia University, 2006, s. 17 – 19, 26 – 30.

İkinci yaklaşım ise kutuplaşmayı esas olarak anayasal düzlemde ele alan yaklaşımdır. Bu yaklaşımın eksikliği ise meseleyi sadece anayasal boyuta indirgemesidir. Bununla birlikte, bir devletin metin olarak kusursuz bir anayasaya sahip olması, hatta bu metnin uzlaşmayla ortaya konulması bile tek başına toplumun kutuplaşmadığını göstermeyecektir. Zira anayasa kutuplaşma konusunda oldukça önemli bir yere sahip olmakla birlikte, kutuplaşmanın anayasanın da ötesinde bir kavram olduğu açıktır. Kutuplaşma esas olarak toplumun temel siyasi yapısının sürdürülemez hale gelmesini ifade etmektedir.

Bu noktada, kutuplaşmış toplumların her iki yaklaşımın da güçlü yanlarını kapsayacak fakat getirilen eleştirileri de aşabilecek şekilde tanımlanması gerekmektedir. Böyle bir tanımda, kutuplaşmış toplumlara ilişkin olarak hem toplumsal yön, hem de toplumsal yapının temel meselelere yansımaları atlanmamalıdır. Ayrıca söz konusu tanımın kutuplaşmış toplumları belirleyebilmek adına bazı ölçütler sunabilmesi gerekmektedir. Buna göre, kutuplaşmış toplumları eşit aktörlerin özgür bir biçimde konsensüsle temel kararlarını alamadığı toplum olarak tanımlamak yerinde olacaktır¹⁶.

A. Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı

Kutuplaşmış toplumların tanımı meselesi bu şekilde ortaya konulduktan sonra, anayasa yapımı meselesine değinmek yerinde olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu toplumlarda anayasa yapımı sürecinin diğer toplumlardan farklı olacağı bu nedenle de konunun ayrıca incelenmesi gerektiği açıktır. Nitekim doktrinde de tartışmaların büyük oranda bu husus dikkate alınarak yürütüldüğü görülmektedir. Bununla birlikte, burada bahsedilmek istenen anayasa yapımına ilişkin genel tartışmalardan tamamen bağımsız bir kategori değildir. Aksine, anayasa yapımı tartışmalarının ışığında, diğer toplumlardan belli yönlerle ayrılan ve açıkçası anayasa yapımının daha zor olduğu toplumlar için özel bir kategoridir. Esasında bu yönü meselelerin anayasacılıkla ilgisini de ortaya koymaktadır.

Bu noktada, anayasa yapımının taşıdığı anlama değinmek yerinde olacaktır. Özbudun “anayasa yapımı süreci ile oluşan demokratik rejimin istikrarı ve uzun ömürlülüğü arasında yakın bir ilişki”¹⁷ olduğundan bahsetmektedir. Gerçekten de, söz konusu ilişki anayasa yapım süreçlerine verilmesi gereken önemin derecesini ortaya koyar niteliktedir. Zira daha önce de belirtildiği üzere bu toplumlarda sağlıklı bir siyasi yapı kurmak oldukça zor bir iştir. Bu nedenle de, anayasa yapımının kutuplaşmış toplumlar için daha da önemli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, anayasa yapımının da oldukça önemli olmakla birlikte meselenin esasında sadece bir yönü olduğunu da unutmamak gerekmektedir.

Kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımının taşıdığı önem ve neden ayrıca incelenmesi gerektiği bu şekilde ortaya konulduktan sonra, anayasa yapımı kapsamında yapılan tartışmalar değinmek yerinde olacaktır. Makalenin sınırlarını

16 Mustafa Çattık, “Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

17 Ergun Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2014, s. 68.

aşmayacak şekilde ele alınacak olan tartışmalar temel olarak üç başlık altında incelenecektir. Bunlar; uzlaşma – oydaşma, Horowitz-Lijphart tartışması ve son olarak da Lerner'in perakendeci yaklaşımıdır. Bu tartışmalar esas olarak konunun anayasacılık ile ilişkisini ortaya koyacak oranda aktarılacaktır.

1. Lijphart - Horowitz Tartışması

Kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı meselesinde Lijphart – Horowitz tartışması en önemli tartışmalardan birisidir. Hem Arendt Lijphart hem de Donald Horowitz uzun yıllar boyunca bu konuda eser vererek aralarında önemli bir tartışmayı yürütmüş iki yazardır. Bu nedenle, Lijphart – Horowitz tartışmasının üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Özbudun, Lijphart'ın kutuplaşmış toplumlara ilişkin anayasal tercihlerini şu şekilde özetlemiştir:

“(1) Çoğunlukçu değil, nisbi bir seçim sistemi; (2) güçlü ve tutarlı siyasal partilerin kurulmasını ve devamını teşvik etmek üzere, kapalı¹⁸ listeli nisbi temsil; (3) başkanlık değil, parlamenter bir hükümet sistemi; çünkü başkanlık sistemi, toplam-sıfır, kazananın her şeyi aldığı bir siyasal oyuna yol açar; (4) yürütme organında iktidar paylaşımı...; (5) hükümet istikrarının güçlendirilmesi; (6) siyasal bakımdan güçlü değil, törensel bir devlet başkanı; (7) özellikle azınlıklar coğrafi olarak yoğunlaşmışlarsa, federalizm ve yerinden yönetim; (8) eğer bu azınlıklar coğrafi bakımdan yoğunlaşmış değillerse, yerel-olmayan (non-territorial) özerklik; (9) devlet memurluğu, yargı organı, polis ve ordu gibi kamu hayatının diğer alanlarında yetki paylaşımı.”¹⁹

İlk olarak, Lijphart'a göre geniş temsile dayanan bir yasama meclisi kutuplaşmış toplumlar için önem taşımaktadır. Bundan dolayı da, nispi temsil sistemi tercih edilmelidir²⁰. Hükümet sistemi tartışmalarına ilişkin olarak ise Lijphart'ın açık bir biçimde parlamenter sistemden yana tavır aldığı görülmektedir. Bunun nedeni de parlamenter sistemde karar verici organın kurul biçimde olmasıdır. Bu sayede yürütme organında geniş bir yetki paylaşımı sistemi kurulabilecektir. Parlamenter sistemin yazara göre bir diğer avantajı da, başkanlık seçimlerini gerektirmemesidir. Zira başkanlık seçimleri çoğunlukçu nitelikte seçimlerdir. Bu seçimler kişilik siyasetini öne çıkarmakta ve parti programlarını gölgelemektedir.²¹

Bu noktada, yazarın yürütmede yetki paylaşımına ilişkin görüşlerini de incelemek gerekmektedir. Lijphart'a göre, parlamenter sistemdeki kurul yapısı yürütmede yetki paylaşımını kolaylaştırmasına rağmen, hiçbir zaman garanti etmemektedir. Bu noktada, Lijphart'ın yetki paylaşımını açık bir şekilde garantileyen Belçika ve Güney Afrika örneklerini verdiği görülmektedir. Belçika'da hükümetin eşit

18 Yazarın aksine kapalı yerine bloke ifadesinin kullanılması daha yerindedir.

19 Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, s. 39 – 40. Ayrıca bkz: Arend Lijphart, *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, Routledge, New York, 2008, s. 99 – 106.

20 Arend Lijphart, “Constitutional Design for Divided Societies”, *Journal of Democracy*, Cilt: 15, Sayı: 2, Nisan 2004, s. 99 – 100.

21 Lijphart, *Thinking About Democracy*, s. 80.

sayıda Felemenkçe ve Fransızca konuşan kişilerden oluşması gerekmektedir. Güney Afrika'da ise meclisteki koltukların yüzde beşine sahip herhangi bir parti oyu oranında hükümete girebilmektedir²². Bununla birlikte, Özbudun'a göre, yürütmeye yetki paylaşımı parlamenter hükümet sisteminin temel mantığına ters düşmektedir. Zira parlamenter sistemde değişen parlamento çoğunluklarının desteğine bağlı bir kabine anlayışı vardır. Bu nedenle yürütmeye yetki paylaşımı istisnadır.²³

Devlet başkanının seçimiyle ilgili olarak, Lijphart iki hususu vurgulamaktadır; bunlar, devlet başkanlığının sembolik bir makam olması ve devlet başkanının halk tarafından seçilmemesidir. Halk tarafından seçilmesi devlet başkanına demokratik meşruiyet sağlayarak parlamenter sistemi yarı-başkanlık sistemine dönüştürebilecektir²⁴. Parlamenter sistemde yetkinin bir kurulda paylaşılmasını öne çıkaran Lijphart'ın kutuplaşmış toplumlarda yetkinin tek bir elde toplanmasına açık bir şekilde karşı olduğu ortadadır. Bunun için de, önerileri yetkinin mümkün olduğunca paylaşılması yönündedir. Nitekim devlet başkanının seçimine ilişkin görüşlerinin de bu temel üzerinde durduğu açıktır.

Lijphart'ın yerinden yönetime ilişkin önerisinin esasında anayasacılıkta da var olan düşüncelerden federalizm ile uyumlu olduğu görülmektedir. Bu yöntemle Lijphart'ın bütün grupların yönetime katılmalarını kolaylaştırarak iktidarı paylaştırmayı amaçladığı söylenebilir. Öte yandan, yerinden yönetimin anayasacılığın iktidarın sınırlandırılması düşüncesiyle uyumlu olduğu da ortadadır.

Yerel-olmayan özerklik düşüncesi de esasında yine gruplar arasında iktidarın paylaşılmasına yönelik bir düşüncedir. Gruplar üzerinden hak tanıma düşüncesinin anayasacılık düşüncesiyle ne denli uyumlu olduğu tartışmalıdır. Bununla birlikte, yine de yerel-olmayan özerkliğin en azından devlet iktidarını sınırlandıran bir araç olduğu da açıktır.

Son olarak, Lijphart'a göre kutuplaşmış toplumlarda yetki paylaşımının sadece hükümet ve parlamento bağlamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Tüm grupların kamu görevlerinde temsili oldukça önemlidir. Bunun için çeşitli kotaların konulması bile öngörülebilir.²⁵ Lijphart'ın bu önerisinin çok açık bir biçimde iktidarın paylaşılmasına ilişkin olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, kişilerin gruplar üzerinden haklarının tanınmasına ilişkin anayasacılık düşüncesinin mesafeli tutumunun burada da geçerli olacağını söylemek mümkündür.

Lijphart'ın görüşlerini kısaca özetlemek gerekirse, yazarın kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımına bakışını belirleyen düşüncenin iktidarın paylaşılması olduğunu söylemek mümkündür. İktidarın paylaşılmasıyla bu toplumlarda bütün grupların belirli bir iktidar alanına sahip olması sayesinde siyasi düzen sağlanabilecektir. Yazar bu düşüncesine uygun olarak, parlamenter sistem, nispi seçim sistemi, özerklik, yerinden yönetim ve kamu görevlerinde grupların

22 Lijphart, *Thinking About Democracy*, s. 81 – 82.

23 Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, s. 40.

24 Lijphart, *Thinking About Democracy*, s. 83.

25 Lijphart, *Thinking About Democracy*, s. 84.

temsili gibi seçenekleri ileri sürmektedir.

Bu noktada, Lijphart ile Horowitz arasındaki temel tartışma noktalarına değinmek yerinde olacaktır. Buna göre, iki yazar arasındaki temel tartışmanın hükümet sistemi ve seçim sistemi üzerinde olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Horowitz'e göre, alternatif oy²⁶ sistemi adayların diğer grupların da desteğini almasını gerektirdiğinden daha ılımlı adayların ortaya çıkmasını sağlayacak ve diğer taraftan başkanlık sisteminde başkanın meşruiyetini birden fazla gruba dayandırarak grup politikalarının üstüne çıkması söz konusu olabilecektir.²⁷

Tartışma bağlamında Horowitz'in görüşlerine sınırlı bir biçimde yer verilmiş olmakla birlikte, konunun kapsamını aşmaması adına daha fazla detaya girilmeyecektir. Horowitz'in savunduğu başkanlık sistemi, esasında anayasacılığın da ilkelerinden olan kuvvetler ayrılığı ilkesinin en iyi biçimde sağlandığı bir hükümet sistemidir. Bununla birlikte, Horowitz'in anayasacılığa ilişkin bir imada bulunduğu söylenemez. Yine de, Horowitz'in de temel fikri kutuplaşmış toplumların meselelerinin anayasal kurumlar vasıtasıyla çözüleceği yönündedir. Bu da Horowitz'in hem Lijphart'la ortak yanı hem de her ikisini de anayasacılıkla yakınlaştıran tutumlarıdır. Buna rağmen, her iki yazarın da farklı bakış açılarına ve buna bağlı olarak da farklı çözüm önerilerine sahip olduğu görülmektedir.

2. Bütünleşme ve Uzlaşma

Kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı konusunda incelenmesi gereken bir diğer nokta da, bütünleşme ve uzlaşma tartışmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bütünleşme ve uzlaşma tartışması esasında çok geniş bir tartışma alanını yansıtmaktadır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu olan, kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımına ilişkin olarak yapılan tartışmaların bütünleşme ve uzlaşma ekseninde anlaşılma çabasıdır. Bu nedenle, bütünleşme ve uzlaşma konusundaki alt başlıkların bile ayrıntılarına değinmek, konuyu bu makalenin boyutları açısından fazlasıyla aşmak anlamına geleceği gibi, makalenin ana fikrinden de sapılmasına yol açacaktır. Bu nedenle, bütünleşme ve uzlaşma tartışmasının oldukça genel hatlarıyla ele alınacağını baştan belirtmek gerekmektedir.

İlk olarak asimilasyon ve bölünme fikirlerinin açıklanmasıyla başlanmalıdır. Buna göre, asimilasyon farklı kimliğe sahip grupların bir araya gelerek yeni bir kimlik meydana getirmeleri ya da bir grubun kendi kimliğini kaybederek diğer bir gruba dâhil olmasını ifade etmektedir. Bölünme kavramı ise toplumun kutuplaşmış yapısının daha fazla sürdürülemez bir şekilde birden fazla parçaya ayrılmasıdır. Asimilasyon ve bölünme kutuplaşmış toplumlar açısından iki uç noktayı ifade etmektedir.²⁸

26 Alternatif oy sistemi siyasi ılımlılık ve uzlaşmayı ödüllendiren bir sistemdir. Donald L. Horowitz, "The Alternative Vote and Interethnic Moderation: A Reply to Fraenkel and Grofman", *Public Choice*, Cilt: 121, Sayı: 3, Ekim 2004, s. 507. Alternatif oy hakkında bkz. Ergun Özbudun, "Seçim Sistemleri ve Türkiye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 523.

27 Choudry, s. 20 – 22.

28 John McGarry, Brendan O'Leary, Richard Simeon, "Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation", *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, Ed.: Sujit Choudry, Oxford University Press, New York, 2008, s. 42.

Bu noktada, ne asimilasyonun ne de bölünmenin kutuplaşmış toplumlar için istenen sonuçlar olmadığı ortadadır. Zira asimilasyonda bir grubun kimliğini kaybetmesi söz konusuysen, bölünmede ise oldukça sancılı bir sürecin sonucunda toplum yapısının tamamen çökmesi söz konusudur. Bu nedenle, kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımındaki yaklaşımların bu iki uç nokta arasında sıralanabileceğini söylemek hatalı olmayacaktır. Buna göre, bütünleşme asimilasyon ucuna yakın bir yaklaşımdır. Fakat asimilasyonla aynı anlama gelmemektedir. Uzlaşmaysa bölünme ucuna daha yakındır. Fakat onun da bölünme ile aynı anlama gelmediğini söylemek gerekmektedir.²⁹

Bütünleşme ve uzlaşma düşüncelerinin ikisinde de hayatın özel ve kamusal boyutları arasında kültürel bir benzerlik aranmamaktadır. Farklılık, bu boyutlara yaklaşıma ilişkindir. Bütünleşmede ortak bir kamusal alan anlayışı mevcuttur. Bunun yanında, özel kültürel farklılıklara karşı kayıtsız bir tavır söz konusudur. Uzlaşma düşüncesinde ise hem kamusal hem de özel alanda kültürel farklılıkların devamının desteklenmesi gerekmektedir.³⁰

Bütünleşme ve uzlaşma düşüncelerinin bu şekilde genel hatlarıyla ifade edilmesi, bu makale için yeterli olacaktır. Bu noktada, bütünleşme ve uzlaşma düşüncesinde ileri sürülen ve konunun anayasacılık hareketiyle bağı kurmada yol gösterebilecek düşünceler üzerinde durmak gerekmektedir.

İlk olarak, bütünleşme fikrine bakıldığında, bu düşüncede açık bir biçimde kamusal hayattaki farklılıkların reddedildiği görülmektedir. Bu da bütünleşmeyi savunanların hem gruplar arasında herhangi bir iktidar paylaşımı düşüncesine hem de kültürel hakların tanınmasına ilişkin düşünceye karşı olduğunu göstermektedir.

Nitekim liberallere de bütünleşme kategorisi içerisinde yer verildiği görülmektedir³¹. Bunun nedeni ise liberallerin açık bir biçimde bireyciliği savunmasıdır. Bu nedenle, gruplar üzerinden tanımlanan bir toplum yapısı fikrine uzak oldukları söylenebilir. Liberallerin durduğu yerin belirtilmesinin nedeni, klasik anayasacılığın esasında liberalizmin bir ürünü olmasıdır.

Bütünleşme fikrini savunanlar kamusal hayatta farklılıkları istemediklerinden, düşünceleri de farklılıkların kaldırılmasına dönüktür. Örnek olarak, liberaller bu amaç için bireyciliği desteklerken, sosyalistlerin sınıf bilincini desteklemektedir. Bütünleşme düşüncesinin geneline bakıldığında, kamusal hayattaki farklılıkların ortadan kaldırılması için ileri sürülen fikirler dışında, kutuplaşmanın aşılması için herhangi bir araç veya yöntemin öngörülmemiş olduğu görülmektedir.³²

Uzlaşma düşüncesine bakıldığında ise grupların tanınması, ılımlılar arasında gruplar arası koalisyonların teşvik edilmesi, adem-i merkeziyetçilik, orantılılık, kültürel özerklik, yürütmeye yetki paylaşımı, özerklik ve veto hakları³³ gibi çözüm yollarının öne sürüldüğü görülmektedir. Tüm bunlardan öncelikle çıkarılması

29 McGarry, O'Leary, Simeon, s. 67 – 69.

30 McGarry, O'Leary, Simeon, s. 42.

31 McGarry, O'Leary, Simeon, s. 68.

32 McGarry, O'Leary, Simeon, s. 68.

33 McGarry, O'Leary, Simeon, s. 68.

gereken sonuç yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, uzlaşma düşüncesinde grupların açık bir biçimde tanınarak gruplar arasında iktidar paylaşımı ve gruplar üzerinden kişilere bazı hakların tanınmasının genel bir eğilim olduğudur. Nitekim burada bahsedilen çözüm yolları uzlaşma düşüncesinde ileri sürülenlerin hepsi değildir fakat uzlaşma düşüncesinin bu yönünü ortaya çıkarır niteliktedir. Buna göre, uzlaşma düşüncesindeki genel eğilimin iktidarın paylaşılması ve grup kimlikleri üzerinden kültürel hakların tanınması yönünde olduğu söylenebilir.

3. Perakendeci Yaklaşım

Kutuplaşmış toplumlarda ayrıca ele alınması gereken üçüncü husus ise perakendeci yaklaşımdır. Söz konusu yaklaşım Hanna Lerner tarafından ileri sürülmüştür. Lerner'in yaklaşımının hem Lijphart – Horowitz tartışmasından hem de bütünleşme ve uzlaşma düşüncelerinden farklı bir yerde durduğunu söylemek gerekmektedir. Bunun nedeni ise Lerner'in anayasa yapımında hangi anayasal kurumların ve ilkelerin kabul edileceğinden yerine anayasanın hangi koşullarda hazırlandığı ve anayasanın genel olarak içeriği üzerinde durmasıdır.

Bu noktada, perakendeci yaklaşımı Özbudun'un genel olarak iyi bir şekilde özetlediği görülmektedir. Öncelikle, kutuplaşmış toplumların doğası gereği söz konusu toplumlarda devletin nihai amacı ve halkın niteliği gibi temel konular hakkında bir uzlaşmaya varmanın kolay olmadığı açıktır. Perakendeci yöntem ise kesin çözümlerden kaçınarak, anayasada belirsiz veya çelişik ifadeler kullanarak sorunun çözümünü geleceğe ertelemektedir³⁴. Lerner'a göre, incelemiş olduğu ülkelerin geliştirdiği kaçınma, anlam belirsizliği ve tezatlık şeklindeki anayasal stratejileri, birlikte anayasal perakendecilik olarak isimlendirdiği genel bir kategori altında gruplandırılabilir. Bu şekilde, çözüm normal yasama ve yargı süreçlerine bırakılmaktadır. Aksi halde, anayasa yapım sürecinde kutuplaşmanın daha da derinleşmesi ve ciddi çatışmalara neden olması söz konusu olabilecektir.³⁶

Gerçekten de perakendeci yöntemin yukarıda ele alınan tartışmaların ötesinde yeni bir çözüm yöntemi öngördüğü görülmektedir. Buna göre, kutuplaşmış toplumlarda anayasa hazırlanırken mutlaka bir yönde karar verilmesi gerekmekte, aksine anayasa yapımı sürecinin çatışmaları körüklenme riski de göz önüne bulunarak temel konuların çözüme kavuşturulması zamana bırakılmaktadır. Zira anayasaların temel siyasi metinler olması, kanunlardan üstün konumu ve genellikle zor değiştirilmesi nedeniyle, anayasa yapım süreçlerinin kutuplaşmış bir toplumda gruplar arasında daha yoğun bir çekişme alanı olacağı açıktır.

Perakendeci yöntemde kutuplaşmış toplumlara içerik açısından herhangi bir dayatma söz konusu değildir. Buna göre mesela özerklik, seçim sistemleri gibi yukarıda çözüm olarak sunulan konularla perakendeci yöntem ilgilenmemektedir. Perakendeci yöntemde bu tür seçimler topluma bırakılmıştır. Esas olan anayasa yapım sürecidir. Burada da, devrimci ve kesin kararlar yerine zamana yayılmış bir şekilde kararların alınması savunulmaktadır.

34 Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, s. 61.

35 Lerner, s. 237.

36 Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, s. 61.

Kararların zamana bırakılmasıyla, çatışmanın daha da derinleşmesi önlenmektedir. Öte yandan, anayasal metinlerde kesin tercihlerin yapılmamış olması, zaman içerisinde toplumun kendi yapısına göre devlet biçiminin de şekillenmesi anlamına gelmekte ve bu sayede toplumsal uzlaşmanın yavaş yavaş sağlanması ve nihai çözüme ulaşılabilmesi hedeflenmektedir.

Kısacası, anayasacılık açısından bakıldığında, Lerner'ın esas olarak anayasa fikrini savunduğu, fakat bunun ötesinde doğrudan anayasacılık düşüncesiyle ilişkilendirilebilecek bir fikir ileri sürmediği görülmektedir. Daha da ötesinde, kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapım süreçlerini gereksiz yere toplumsal gerginliği artıran süreçler olarak görüp, kesin bir anayasal şablonu gerekli bulmamaktadır. Bu tavrıyla Lerner'ın fikirlerinin açık bir biçimde anayasacılık düşüncesine mesafeli olduğu açıktır.

Değerlendirme

Anayasacılık ve kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı meseleleri genel hatlarıyla bu şekilde ortaya konulduktan sonra, aralarındaki ilişki bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, anayasacılık ile kutuplaşmış toplumlar arasındaki ilişki hakkında sabit bir sonuca varmak mümkün değildir. Bunun nedeni de esas olarak kutuplaşmış toplumlara ilişkin ileri sürülen görüşlerin bazen birbirleriyle zıt olacak biçimde çeşitliliğidir. Bu nedenle, burada yapılan değerlendirmenin aslında kutuplaşmış toplumlara ilişkin tavrı da içerecek şekilde kişisel bir görüş olduğu unutulmamalıdır. Yine de, söz konusu değerlendirmeyi ortaya koymak için kutuplaşmış toplumun bütün tartışmalarında kesin bir tavrın belirlenmesi gerekmemektedir. Bunun yerine, kutuplaşmış toplumlara ilişkin genel bir bakış yeterli olacaktır.

Öncelikle kutuplaşmış toplumlara ilişkin ileri sürülen kimi görüşler anayasacılıkla ilgili olmadığı gibi, kimileri dolaylı bir biçimde anayasacılık fikrine karşıdır. Yine de, kutuplaşmış toplum tartışmasının temelde anayasa yapımı üzerinden yapıldığı, anayasanın anayasacılığın temellerinden olduğu görülmektedir. Bu nedenle, bu konuda anayasa kavramına verilen önem anayasacılık düşüncesiyle kurulan minimum ilişki seviyesini göstermektedir.

Diğer yandan, kutuplaşmış toplumlarda anayasacılık düşüncesine yakın veya onunla birlikte düşünülebilecek fikirlerin de ileri sürüldüğü görülmektedir. Zaten meselelerin çözümü için anayasacılık hareketinin katkularından da yararlanmak daha yerinde olacaktır. Bu nedenle, anayasacılık hareketi ile kutuplaşmış toplumlar arasındaki ilişkiye dair yapılacak değerlendirme esas olarak bu husus göz önünde tutularak yapılacaktır.

Anayasacılık hareketi incelendiğinde, amacın insan haklarını korumak için devlet iktidarını sınırlandırmak olduğu görülmektedir. Anayasacılık düşüncesini şekillendiren bu anlayışa göre, anayasacılıkta en temel iki hususun insan haklarını korumak ve devlet iktidarını sınırlandırmak olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımında meselenin biraz daha farklı bir boyut kazandığını söylemek mümkündür. Buna göre, kutuplaşmış toplumlarda en önemli sorunlardan birisi siyasal düzenin sağlanamamasıdır. Toplum yapısıyla

yakından ilgili olan bu problem, söz konusu toplumlarda anayasa yapımına bakışın da buna uygun olmasını gerekli kılmaktadır. Buna göre, anayasacılık düşüncesinin mevcut haliyle kutuplaşmış toplumlara yaklaşmak eksik bir yaklaşım olacaktır. Şüphesiz anayasacılık düşüncesinin insan haklarını korumak ve devlet iktidarını sınırlandırmaya dönük tutumu ve yukarıda ele alınan ilkeleri, kutuplaşmış toplumlar için de gerekli ve yerindedir. Bununla birlikte, bu toplumlar için bundan daha fazlasının ortaya konulması gerekmektedir. Zira ilk olarak, kutuplaşmış toplumlarda iktidarın sınırlandırılmasının ötesinde iktidarın paylaşılması da gerekmektedir. Bu da kutuplaşmış toplumlarda farklı aktörler arasındaki çekişmenin oldukça etkili olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, sistemin devamlılığını sağlayabilmek adına farklı grupların belirli ölçüde tatmin edilmeleri gerekmektedir. Bu da ancak iktidar paylaşımı ile sağlanabilecektir. Ancak iktidar paylaşımının iyi bir şekilde yapılabilmesiyle, azınlıkta kalan grupların da rahat bir şekilde yönetime katılabilmeleri sağlanabilecektir.

Bu noktada, zaten anayasacılık ilkelerine uygun bir anayasanın hazırlandığı durumda gruplar arasında ayrıca iktidar paylaşımına ihtiyaç olmayacağı, zaten herkesin aynı koşullarla sistemin içerisinde yer alabileceği karşı fikir olarak ileri sürülebilir. Bununla birlikte, kutuplaşmış toplumlarda iktidarın paylaşılmasına dönük mekanizmaların kurulması kaçınılmazdır. Zira söz konusu toplumlarda siyasi yapı nerdeyse hiç işlemediğinden, böyle bir durumda istenilen toplum düzeninin en baştan rahat bir şekilde kurulabileceğini düşünmek hatalı ve gerçek dışı olacaktır. Bu nedenle, iktidarın paylaşılması yönündeki düzenlemeler kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımında önemli adımlardan biri olacaktır.

Bir diğer husus ise kutuplaşmış toplumlarda kültürel hakların tanınması gereğidir. Açıkçası klasik anayasacılık düşüncesinin doğrudan kültürel kimlik hakkı kavramıyla uyuştuğunu söylemek mümkün değildir. Bunun da nedeni bireyciliğe dayanan liberal düşüncenin bir ürünü olan anayasacılık fikrinin açık bir şekilde belli bir gruba aidiyet üzerinden tanımlanan bir hak kategorisine oldukça mesafeli yaklaşacak olmasıdır. Bir diğer nokta da, diğer hak kategorilerinin kültürel hakların sağlayacağı faydayı zaten sağlayabileceği düşüncesidir³⁷. Söz konusu yaklaşımda kutuplaşmış toplumların yapısının göz önüne alındığını söylemek mümkün değildir. Zaten yazar da sadece kültürel hak kavramı üzerinden konuşmaktadır. Bu noktada ilk olarak söylenmesi gereken, kültürel haklara ihtiyaç kalmadığı anda bunların kaldırılıp diğer haklarla rahatça devam edebileceğidir. Fakat kutuplaşmış toplumların yapısı göz önüne alındığında bunun en başta bunun mümkün olacağını söylemek güçtür. Derin bir kriz içerisinde olan bu toplumlarda diğer insan haklarının tanınmasının farklı gruplardaki kişilerin bu haklarını rahatça kullanabilecekleri anlamına gelmeyebileceği açıktır. Bu durum söz konusu hakların hukuki olarak tanınıp güvencelerinin sağlandığı durumlar için bile geçerli olabilecektir. Zira toplum yapısı bazı durumlarda hukuk kurallarını bile belli ölçüde işlevsizleştirebilecektir. Kişilerin grupsal aidiyetlerinin olumlu veya olumsuz bir etkisine maruz kalmadan haklarını rahatça kullanabilmeleri aşaması bu toplumlar için atlanması gereken önemli bir basamağı ifade etmektedir. Bu

37 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 176 – 177.

nedenle, kutuplaşmış toplumlarda insan haklarına ilişkin olarak anayasacılığın öngördüğü biçimde bir düzenin kurulması genellikle oldukça zor olduğundan kültürel hakların düzenlenmesi hususu her zaman göz önünde bulundurulması gereken bir noktadır.

Kutuplaşmış toplumlarda iktidar paylaşımı ve kültürel haklar zaten hep ileri sürülen fikirlerdir. Bu da, burada ortaya konulan yaklaşımın isabetli olduğunu gösteren bir başka noktadır. Burada belirtilen nedenlerle, kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımının anayasacılık düşüncesinin mevcut yaklaşımıyla başarılı olması oldukça zordur. Zira devlet iktidarının paylaşılması neredeyse kaçınılmaz olarak izlenmesi gereken bir yolken, kültürel hakların tanınması da kutuplaşmış toplumlar için çoğunluklar bir gerekliliktir. Klasik anayasacılık açısından bakıldığında ise devlet iktidarının paylaşılmasına ilişkin bir yaklaşımın mevcut olmadığı, kültürel hak kavramına ise mesafeli bir tavrın olduğu görülmektedir.

KAYNAKLAR

- Choudry, Sujit, “Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law, Constitutional Design for Divided Societies,” *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?*, Ed.: Sujit Choudry, Oxford University Press, New York, 2008, s. 3 – 40.
- Çattık, Mustafa, “Kutuplaşmış Toplumlarda Anayasa Yapımı”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, Şubat 2011.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 9. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Eylül 2012 (Atıf Şekli: *Anayasal Demokrasi*).
- Gordon, Scott, *Controlling the State: Constitutionalism From Ancient Athens to Today*, Harvard University Press, Massachusetts, 2002.
- Heywood, Andrew, *Key Concepts in Politics*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2000 (Atıf Şekli: *Key Concepts in Politics*).
- Heywood, Andrew, Siyaset, Çev.: Bekir Berat Özipek v.d., 8. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, Mart 2013.
- Horowitz, Donald L., “The Alternative Vote and Interethnic Moderation: A Reply to Frankel and Grofman”, *Public Choice*, Cilt: 121, Sayı: 3, Ekim 2004, s. 507 – 516.
- Korenica, Fisnik; Doli, Dren, “The Politics of Constitutional Design in Divided Societies The Case of Kosovo,” *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Cilt: 6, Sayı: 6, 2010, s. 265 – 292.
- Lerner, Hanna, *Constitution Making in Deeply Divided Societies: The Incrementalist Option*, Columbia University, 2006.
- Lijphart, Arend, “Constitutional Design for Divided Societies”, *Journal of Democracy*, Cilt: 15, Sayı: 2, Nisan 2004.
- Lijphart, Arend, *Democracy in Plural Societies (A Comparative Exploration)*, Yale University Press, New Haven – London, 1977.
- Lijphart, Arend, *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, Routledge, New York, 2008 (Atıf Şekli: *Thinking About Democracy*).
- McGarry, John; O’Leary, Brendan; Simeon, Richard, “Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation”, *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation ?*, Ed.: Sujit Choudry, Oxford University Press, New York, 2008, s. 41 – 88.
- McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Gözden Geçirilmiş Baskı, Cornell University Press, New York, 1947.
- Özbudun, Ergun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2014 (Atıf Şekli: *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci*).
- Özbudun, Ergun, “Seçim Sistemleri ve Türkiye”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 521 – 539.
- Patterson, C. Perry: “The Evolution of Constitutionalism”, *Minnesota Law Review*, Cilt: 23, Sayı: 5, Nisan 1948, s. 427 – 457.
- Reyhan, Cenk, “Toplumsal Yapının Ulusöncesi Ölçeklere Ayrışması: Bölünmüş Toplum Tipi Örnekleri,” *Akademik Bakış*, Cilt: 5, Sayı: 10, Yaz 2012, s. 51 – 69.

ÖZ

Anayasa yapımı taşıdığı önem nedeniyle sıklıkla ele alınan bir konudur. Bununla birlikte, anayasa yapımı konusu incelenirken çoğunlukla bazı toplumsal farklılıkların göz ardı edildiği görülmektedir. Esasında kimi toplumlarda diğer toplumlara göre çok daha fazla sorunun mevcut olduğu ve bu sorunların anayasa yapımını da etkilediği ortadadır. Bu nedenle kutuplaşmış toplumlar olarak isimlendirilebilecek bu toplumlardaki anayasa yapımı sürecinin ayrıca ele alınması gerektiği açıktır. Nitekim doktrinde de bu yönde çalışmalar mevcuttur. Diğer taraftan, anayasacılık fikri, anayasa kavramının ortaya çıkıp gelişmesinde belirleyici bir düşüncedir. Bu bağlamda, kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımının anayasacılık düşüncesi çerçevesinde ele alınması, yol gösterici ve yeni sonuçlara götürücü nitelikte olabilecektir.

Anahtar kelimeler: anayasacılık, anayasacılık ilkeleri, anayasa yapımı, kutuplaşmış toplumlar, kutuplaşmış toplumlarda anayasa yapımı.

İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması*

Personel Data Protection in The Context of Human Rights and Fundamental Rights and Freedoms

Murat Volkan DÜLGER**

ABSTRACT

The subject of this article is the protection of personal data within the context of human rights and fundamental rights and freedoms. For this purpose, the scope of the right to protection of personal data has been stated by first explaining the notion of personal data and both the international and domestic regulations related to the subject. After that, the boundaries of human rights and fundamental rights and freedoms have been explained, and place of right to protection of personal data especially in right of privacy and other fundamental rights have been determined. Thus, the issue of whether the right to protection of personal data is an independent right have been tried to be resolved. In this context, Constitutional Court's and European Court of Human Rights' points on view on the issue have been evaluated by explaining their decisions about the issue. As a result, the place of the right to protection of personal data especially in the right of privacy and the other fundamental rights and freedoms, has been tried to be determined in the light of European Court of Human Rights and Constitutional Court decisions.

Keywords: personal data, human rights, fundemantal rights and freedoms, protection of personal data, privacy of personal data.

Giriş

Kişisel veriler, temelinde insanın insan olmasından kaynaklanan, insana ait olan ve insanı belirleyen bilgilerden oluştuğundan, aslında insanlığın başlangıcından bu yana mevcuttu. Bununla beraber korunması gerekli olan bir hukuksal alan, bir hukuki değer olarak görülmemektedir. Ancak bilişim teknolojilerinin gelişmesi, internetin yaygınlaşması ve özellikle iletişim ağlarının gelişmesiyle bilgi alışverişi olanaklarının artması kişiler ve onların verileri üzerinde farklı nitelikte tehditler oluşturmaya başladı. Buradan hareketle bireylerin kendilerine ait olan bilgilerinin bu bilgilerle hiçbir ilgisi ve menfaati olma-

* Makale gönderim tarihi: 13.05.2018. Makale kabul tarihi: 28.05.2018.

** Doç. Dr. İletişim: volkan.dulger@dulger.av.tr.

yan üçüncü kişilerin eline geçmesi ve bu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından hukuka uygun veya aykırı olarak işlenmesi oluşan tehditlerin temelinde yatan düşünce olmuştur. Böylece kişilerin özel hayatına ilişkin bilgileri de dahil olmak üzere, kendilerini belirlemeye yarayacak her türlü bilgiye erişilmesi ve bu bilgilerin işlenmesi söz konusu olur. İşte günümüzde ortaya çıkan bu tehlikeler dolayısıyla kişisel verilerin korunmasına ilişkin sorunlar daha iyi anlaşılmalı ve bu yönde çalışmalar yapılmaya başlanmalıdır.

Günümüzde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun çıkarılmış olması ve Kanun ile belirlenen tarihlerin geçmesiyle birlikte öngörülen yükümlülüklerin de tamamının yürürlüğe girmesi ile kişisel verileri koruma hukukunun uygulamaya yönelik güncel sorunları ön plana çıkmıştır. Ancak bu hukuk dalının altında insan hakları ve temel hak ve özgürlükler içinde değerlendirilen "kişisel verinin korunmasını isteme hakkı" yatmaktadır. İşte bu makalenin konusunu tam olarak bu hak oluşturmaktadır.

Kişilere ait verilerin korunmasının bu denli zorunlu hale gelmesi görüldüğü gibi esas olarak insan haklarının öneminden kaynaklanır. Bu nedenle kişisel verileri koruma hukukunun ortaya çıkış süreci ve gelişimini daha iyi kavramak adına, aşağıda kişisel verileri, insan hakları ve insan haklarının en kapsamlı şekilde düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında inceleyeceğim. Buna bağlı olarak söz konusu insan haklarının korunması ve uygulanmasını sağlamak amacıyla kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla ilgili vermiş olduğu kararlara da bu bağlamda değineceğim. Ayrıca konuyu insan haklarının Anayasa'daki görünümü olan temel hak ve özgürlükler çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vermiş olduğu kararlar ışığında inceleyip; değerlendirmede bulunacağım. Böylelikle hem ulusal üstü hukuk ve yargı mercilerinin kararlarının ulusal hukuk ve en üst yargı merciine olan etkisini karşılaştırmalı bir biçimde ele almayı deneyeceğim.

I. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel verinin ne anlama geldiğinin ve hangi verilerin kişisel veri kapsamında olup olmadığının açık ve sınırlı bir cevabı bulunmamakla birlikte; belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilginin kişisel veri olduğu kabul edilir. Öyleyse bir kişiyi belirlemeye yarayan aklımıza gelebilecek her türlü bilgi, o kişinin kişisel verisidir. Bu hem ulusal üstü hem uluslararası hem de ulusal mevzuatta, uygulamada ve öğretide kabul edilen tanımdır.

Kişisel veriler alanındaki temel hukuki düzenleme olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun gerekçesinde kişisel verilerin kapsamı açıklanmıştır. Kişisel verinin kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade ettiği, bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum

tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgilerin değil; aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgilerin de kişisel veri olarak kabul edildiği açıklığa kavuşturulmuştur.

Özetle kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm hallerin bu kapsamda olduğu belirtilmiştir.

Buradan hareketle kişisel verinin üç temel unsurunun olduğu sonucuna varmaktayız:

- Bir veri bulunması: 6698 sayılı Kanun ve uluslararası mevzuatta verinin kapsamı *“her türlü bilgi”* şeklinde belirlenmiştir.

- Kimliği belirli veya belirlenebilir kişi bulunması: Bu noktada esas tartışılan husus kişi kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkindir. Baskın görüş yalnızca gerçek kişilerin korunması gerektiği yönünde olsa da aksini savunan görüşler de mevcuttur. Ulusal mevzuatta ise yalnızca gerçek kişilere ait veriler korunmaktadır. Kişisel verilerin korunmasının temel insan hakları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümünden korumanın gerçek kişilere yönelik olması yerinde olmuştur. Ancak burada tüzel kişilere ait olup da gerçek kişilerle ilişkilendirilen verilerin statüsü ve akıbeti noktasında akıllara bazı soru işaretleri gelebilir. Öncelikle tüzel kişilik, hukuk dünyasında kabul ettiğimiz bir olgudur ve esasen gerçek kişiden bağımsız bir kişiliği yoktur. Bu nedenle tüzel kişilik bünyesinde bulunup, tüzel kişilere ait olduğu söylenebilen veriler dahi, gerçek bir kişiyle ilişkilendirilebildiği ve kişiyi belirleyebildiği takdirde Kanun kapsamında sayılmalıdır.

- Verinin kişiye ilişkin olması: Burada kastedilen ise elimizdeki veriyle söz konusu kişi hakkında bağlantı kurularak o kişiye ulaşılabilmesi ve verinin o kişi hakkında olmasıdır.

Bunun yanında kişisel verilerden bir kısmı hassas, bir başka deyişle özel nitelikli veri olarak tanımlanmıştır. Bazı verilerin hassas olarak adlandırılıp, bu şekilde daha etkin bir koruma altına alınmış olmasının nedeni bu verilerin kişinin temel hak ve özgürlükleri ile daha yakın bir ilişkide bulunmasından kaynaklanır. Zira söz konusu verilerin kötüye kullanılma ihtimalinde veri sahibi üzerinde doğabilecek zararların ve mağduriyetlerin daha büyük olacağı endişesiyle haklı olarak böyle bir ayrım yapılmıştır. Kanun gerekçesinde de ilgili kişilerin mağdur olmalarının ve ayrımcılığa maruz kalmalarının önlenmesi amacıyla özel nitelikli verilerin varlığının kabul edildiği belirtilerek, aslında özel nitelikli verilerin belirlenmesinde hangi ölçütlerin kullanıldığı da açıklanmıştır. Kanun bu verilerin işlenmesi için daha sıkı şartlar öngörmüş ve Kurul tarafından

belirlenen yeterli önlemler alınmadıkça bu verilerin işlenmesini yasaklamıştır.

Hangi verilerin özel nitelikte olduğu Kanun'da sayılmıştır. Bu sayılan veriler dışında herhangi bir verinin özel nitelikli kabul edilip buna göre hareket edilmesi mümkün değildir. Buna göre; kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. Bu verilerin işlenmesi için öngörülen şartlar farklılık arz ettiğinden, bu noktada dikkatli olunması gerekir.

II. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

A. Tarihsel Süreci

Kişisel verilerin korunması hakkı, veri sahibinin verileri üzerindeki hakimiyetini ifade eder. Kişinin, verilerinin ele geçirilmesi, toplanması, işlenmesi veya aktarılması gibi hususlarda söz sahibi olması anlamına gelir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkı, hak sahibi kişiye kişisel verilerinin geleceğini belirleme yetkisi verir. Böylece veri sahibinin isteği, bilgisi veya rızası dışında verileri üzerinde gerçekleştirilen söz konusu işlemler kişisel verilerin korunması hakkına aykırılık teşkil eder.

Kişisel verilerin esasen insanın var olduğu her dönemde var olduğuna ancak zaman içerisinde bu kavramın öneminin daha iyi anlaşıldığına yukarıda kısaca değindim. Kişisel veriler, kişiyi belirleyebilecek her türlü bilgiyi tanımladığından ve bu konuda herhangi bir sınırlama mevcut olmadığından varlığının kişiyle paralel olduğunu ve dolayısıyla kişinin olduğu her dönemde kişisel verilerin de olduğunu söylemek mümkündür.

Aşağıda açıklayacağım üzere kişisel verilerin pozitif düzenlemelere konu olması her ne kadar ihtiyaçla beraber son yıllarda gündeme gelmiş olsa da kişisel verilerin korunmasına ilişkin örnekler esasen çok eski tarihlere dayanır. Daha eski tarihlerde yazılan edebi eserlerde dahi kişisel verilerin korunmasının önemi olay içerisinde açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konudaki en çarpıcı örnek George Orwell'ın 1948 tarihinde tamamladığı "1984" isimli romanıdır. Romanda devletin kişileri sürekli olarak gözetlemesinin kişi ve toplum üzerindeki etkilerinden bahsedilmiş ve bunun yıkıcı sonuçları gözler önüne serilmiştir. Zihnin kontrol altına alınarak yok edilmeye çalışıldığı ve düşünce özgürlüğünün olmadığı, adeta kişilerin fişlendiği bir felaket senaryosu kurgulanmıştır. Sonuç olarak, gözetim altında olan kişinin hareket edemez hale gelmesi ve özgür iradesinin yok olmasından hareketle, bireyin devlet karşısında kişisel verilerinin korunmasının demokratik toplumun devamı açısından zorunlu olduğu anlatılmıştır.

Edebi eserlerin yanı sıra konuyla ilgili en güzel örneklerden biri M.Ö. tarihlerden günümüze kadar gelmiş Hipokrat yemininde, hekimlerin mesleğin icrası sırasında elde etmiş olduğu verileri sır saklama yükümlülüğü kapsamında açıklamamaları gerektiğinin belirtilerek kişisel verilerin özel nitelikli halini oluşturan sağlık verilerinin öneminden bahsedilmiş olmasıdır¹. Görüldüğü üzere kişisel verilerin korunması gerektiği düşüncesi eski tarihlerden beri vardır. Bireyin demokratik bir toplumda düşünce ve ifade özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerine kavuşabilmesi için devlet veya diğer üçüncü kişiler tarafından gözetim ve denetim altında tutulmaması, belirlenebilecek şekilde ahenleştirilmemesi gerekmektedir. Ancak kişilerin kendilerine ait verilerinin korunmasıyla, bireyin özerkliği ve dolayısıyla demokratik bir hukuk düzeni sağlanabilecekti. Konunun önemi bu şekilde bilinmekle birlikte, kişisel verilerin zamanla pozitif hukuk metinleriyle düzenlenmesi gereken bir kavram haline gelmesinin nedenlerini sorguladığımızda, en büyük payın teknolojik gelişmelerle yaşanan değişikliklere ait olduğunu görürüz.

Bu noktada teknolojik gelişmelerden önce modern devlet yapısının da etkilerinden bahsetmek gerekir. Modern devlette, toplumsal düzenin sağlanması amacıyla toplumu oluşturan kişilerin verilerine ihtiyaç duyulur. Devletin hukuk kuralları, siyasi ve askeri düzeni, diplomatik faaliyetleri, ticari hayatın devamının sağlanması için bilgi vazgeçilmezdir². Bu nedenle de devlet kuruluşları her gün kişilere ait verileri toplamakta ve işlemektedir. Emniyet teşkilatları, sağlık kurumları ve idari kuruluşlar gibi kamu kurum ve kuruluşlarının görevlerini yerine getirebilmesi için kişisel verileri toplamaya, işlemeye ve aktarmaya ihtiyacı vardır. Genellikle de bu kurumların faaliyetleri ilgili mevzuatta istisnalar kapsamında düzenlenmiştir.

Kişisel verilerin korunmasının bir hak olarak düzenlenme gerekliliğinin temelinde ise teknolojik gelişmelerin yarattığı etkiler yatar. Bilişim teknolojilerinin gelişmesi, iletişim kanallarının artması ve internetin yaygınlaşması sonucu daha önce yazılı halde bulunan veriler sayısal ortama aktarılabilir ve çok büyük sayıda veriler çok küçük aygıtlarda depolanabilir hale gelmiştir³. Bugün sani-

- 1 Sabire Sanem Yılmaz, "Tıp Alanında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verilmesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında)", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2014, s. 6; Erdem Aydın, "Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü", *Katkı Pediatri Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2002, s. 302; Mustafa Kolenoğlu, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Sır Saklama ve Suçu Bildirme Yükümlülüğü", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2009, s. 17.
- 2 Aydın Akgül, *Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 33.
- 3 Murat Volkan Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, Güz 2016, s. 101 – 167.

yeler içerisinde çok büyük sayıda veri bilgisayar ortamına kaydedilebilmekte, bu ortamdan başka bir bilgisayara aktarılabilir. Böylece kişisel verilerin hukuka uygun veya aykırı olarak toplanması, işlenmesi veya aktarılması oldukça basit hale gelmiştir. İşte kişisel veriler ile ilginin tehlikelerin çıkış noktası da bu olmuştur. Bu nedenle ülkeler kişisel verilerin korunmasını bir hak olarak düzenleme ihtiyacı hissetmiş ve bunu yasalarla güvence altına almıştır. Bu ihtiyaç ilk olarak 1970'li yıllarda Avrupa'da ortaya çıkmışsa da günümüzde tüm dünyaya yayılmıştır.

B. Tek Başına Bir Hak Olup Olmadığı Tartışması

Kişisel veri tanımının epey geniş olması ve gerçek bir kişiyle ilişkilendirilebilir her türlü verinin kapsamı dahilinde olması sebebiyle kişisel verilerin korunması hakkı özellikle temel insan haklarından olmak üzere birçok hakla yakın temas içerisindedir. İnsan onuru, bilgilerin geleceğini belirleme hakkı, özel hayatın gizliliği, düşünceyi açıklama özgürlüğü, özel haberleşmenin gizliliği ve vicdan, din ve inanç özgürlüğü kişisel verilerin korunması ile iç içe geçmiş durumdadır. Hatta öyle ki bazı görüşler kişisel verilerin korunmasının özellikle özel hayatın gizliliği hakkının bir alt başlığı olduğunu savunmaktadır.

Kişisel verilerin korunması hakkının söz konusu haklarla olan ilişkisini daha iyi kavrayabilmek adına öncelikle kişisel verilerin korunmasının dayandığı temel çıkarın tespitine dolayısıyla hukuki niteliğine ilişkin görüşleri kısaca belirtmek gerekir. Bu konuda esas olarak iki görüş bulunmaktadır ve temelde söz konusu korumanın neyi amaçladığı sorusu yatmaktadır. Verinin üzerinde tasarrufta bulunulabilen bir hak olup olmadığı sorusuna ABD ve Kıta Avrupa'sı tarafından farklı cevaplar verilmektedir⁴.

1. Ekonomik Bir Hak Olduğu Görüşü

a. Mülkiyet Hakkı Olduğu Görüşü

ABD'de kişisel verilerin korunması Anayasal bir hak olmayıp; bu konuda sektörel çözümlere gidilmiştir. Çok geniş bir korumanın ekonomiyi olumsuz yönde etkileyeceği görüşünün de etkisiyle kişisel verilerin korunmasında ekonomik değeri temel alan bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu görüşe göre kişisel veriler mülkiyet hakkı niteliğindedir ve veri sahibi mülkiyet sahibine tanınan haklardan faydalanabilir. Dolayısıyla kişisel veriler, mülkiyet hakkının sağladığı satım ve kira gibi ilişkilerin konusu olabilir⁵.

4 ABD'de kişisel verilerin korunmasının genel çerçevesi hakkında bilgi için bkz: Rolf H. Weber, Dominic Staiger, *Transatlantic Data Protection in Practice*, Springer, Zurich, 2017, s. 39 – 54.

5 İbrahim Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 78.

Bu görüş, kişisel verilerin niteliği itibariyle mülkiyet hakkına konu olamayacağı ayrıca sorumluluğun bireylerde olmasından dolayı bireyler açısından olumsuz sonuçlar doğabilmesi nedenleriyle eleştirilmiştir.

b. Fikri Mülkiyet Hakkı Olduğu Görüşü

ABD’de bir diğer yaygın görüş ise kişisel verilerin fikri mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilerek telif hakkına benzer bir yaklaşımla korunması gerektiği yönündedir⁶. Bu düşüncenin çıkış noktası ise kişisel verilerin korunmasında da tıpkı fikri mülkiyet hakkı gibi bireye ait bir verinin olduğudur. Nasıl ki bir düşünce ürünü, kitap, resim gibi eserler üreten kişi, eseri üzerinde fikri mülkiyet hakkı kapsamında manevi haklara sahipse; veri sahibi de verisi üzerinde buna benzer haklara sahiptir.

2. Bir İnsan Hakkı Olduğu Görüşü

Kişisel verilerin ekonomik bir hak olarak değerlendirildiği görüşün yanında, özellikle Avrupa’da baskın olan görüş kişisel verilerin korunmasının temel insan haklarından olduğu yönündedir⁷. Nitekim kişisel verilerin korunması hakkının ortaya çıkmasındaki temel sebeplere baktığımızda asıl nedenin kişinin mahremiyet ve özel hayatına ilişkin doğan tehlikenin kontrol altına alınması olduğunu görürüz. Hakkın gelişmesinin özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra önem kazanan insan onuru ve kişilik hakları kavramları ile beraber yaşanması bu görüşü desteklemektedir⁸.

Özetle kişisel verileri kişinin üzerinde kendi verisi olmasından dolayı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğundan yola çıkarak mülkiyet hakkı ve fikri mülkiyetteki eser benzerliğinden dolayı fikri mülkiyet hakkı olarak açıklayan, daha çok Amerika’da taraftar bulan iki tür ekonomik hak görüşü bulunur. Diğer yandan özellikle kıta Avrupası’nda kişinin verilerinin insan onuru ile ilişkisi bakımından bu hakkı insan hakkı kapsamında değerlendiren yaklaşım da bulunmaktadır.

Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle ekonomik hayatın teknolojiyle bağlantılı hale geldiği, birçok ekonomik faaliyetin bu şekilde yürüdüğü tartışılmaz bir gerçektir. Bununla beraber kişi verilerinin reklam, ticaret gibi alanlarda gittikçe daha da önemli hale gelmesi kişisel verilerin teknoloji yoluyla ekonomik kazanımlar için alet haline gelmesine sebep olmuştur. Bugün kişisel veriler kullanılmadan ekonomik faaliyetlerin yürütülmesi imkânsız hale gelse de bu durum kişisel verilere ekonomik bir hak olarak yaklaşılmasını gerektirmez.

6 Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 64.

7 Küzeci, s. 67.

8 Korkmaz, s. 83.

Zira kişisel verilerin ekonomik değerinden dolayı kişilerin ekonomik haklarının korunmasıyla birlikte esas olarak kişilik haklarının korunduğunu, ekonomik çıkarlarının bir yan hak olarak görülmesi gerektiğini düşünmekteyim. Aksi takdirde kişinin verilerinin alım, satım veya kira benzeri bir ilişkiye konu olması sonucu doğacaktır ki, böyle bir yaklaşım kişisel verilerin korunmasının altında yatan temel felsefeye aykırıdır.

Kişisel verilerin korunması hakkının hukuki niteliğine ilişkin yaklaşımlara değindikten sonra tek başına bir hak olup olmadığı sorununa gelecek olursak öğretide bu konuda da farklı görüşlerin olduğu görülür. Kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkıyla olan ilişkisini aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimden bu bölümde yalnızca genel bir açıklama yapıp tek başına bir hak olup olmadığı sorununa değineceğim.

Kişisel verileri özel hayatın gizliliği hakkının bir alt başlığı olarak değerlendiren ilk görüş; özel hayatın gizliliği hakkının tanımı ve amacı dikkate alındığında kişisel verilerin de bu kapsamda ele alınması gerektiğini belirtir⁹. Buna göre kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliği hakkının kendine has özelliklerini içerisinde barındıran bir türünü oluşturur¹⁰. Konuyla ilgili kişisel verilerin özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve ulusal ve uluslararası düzenlemelerde de kişisel verilerin özel hayatın gizliliğinin bir alt başlığı olduğu yönünde gerekçelendirilmiş kararlar da mevcuttur¹¹.

Kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkıyla olan bağlantısını kabul etmekle beraber ayrı bir hak olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan ikinci görüşe göre ise; kişisel veriler başlangıçta her ne kadar söz konusu hakla yakın ilişki içerisinde olsa da bu koruma günümüzde yetersizdir ve kişisel verilerin ayrı bir hak olarak korunması gerekir¹².

Kişisel veriler ilk bakışta özel yaşam kavramının içinde değerlendirilebilecekse de zamanla bu iki hakkın birbirinden ayrıldığı hatta ayrılmak zorunda olduğu görülür. Gelişen teknoloji, kişisel veriler kullanılarak gerçekleştirilebilecek hukuka uygun veya aykırı fiillerin gerçekleştirilmesi olanağını arttırmış ve özel yaşamın gizliliği ilkeleri kişisel veriler üzerindeki çıkarların korunmasında yetersiz kalmıştır. Böylece kişisel veriler üzerinde daha kapsamlı bir korumaya ihtiyaç duyulmuştur.

9 Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 101 – 167.

10 Yeşim Çelik, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, *TAAD*, Yıl: 8, Sayı: 32, Ekim 2017, s. 391.

11 Örnek kararlar için bkz: Danıştay 12. Dairesi E. 2005/6811 K. 2006/1959 T. 15.5.2006; Hatay İdare Mahkemesi E.2009/915 K. 2010/803 T. 6.7.2010

12 Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 101 – 167.

Diğer yandan özel hayatın gizliliği hakkı esasen kişinin özel ve gizli alanına ilişkin bir korumayı düzenler. Bu alan daha çok kişinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği veya kendisine özel olan hayat bilgilerinden oluşur. Buna karşın kişisel verinin bireyin özel hayatıyla ilgili olma zorunluluğu yoktur. Ayrıca gizlilik kavramının bulunması, kişisel veriler ile ilgili yanlış bir algının doğmasına sebep olabilecek niteliktedir. Zira kişisel verilerin gizli veya sır olması gerekmediği yönünde içtihat ve öğretide görüş birliği söz konusudur¹³.

Özel yaşamın gizliliği hakkının kişinin verilerini korumakta yetersiz kalması ve kişisel verilere ilişkin suçlarda korunan hukuksak değerler sır niteliğinde olması gerekliliğinin bulunmaması nedeniyle kişisel verilerin korunması hakkının özel yaşamın gizliliği ve diğer temel insan haklarıyla olan yakın ilişkisine rağmen ayrı bir başlık altında düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyim. Zira ayrı bir hak olmadığı yönündeki geleneksel yaklaşımın günümüz ihtiyaçlarına cevap veremediği açıktır. Bu nedenle gün geçtikçe ulusal ve uluslararası alanda bu yönde çalışmalar yapıldığı ve güncel düzenlemelerde çoğunlukla kişisel verilere ilişkin ayrı bir başlık oluşturulduğu görülmektedir. Buna paralel olarak ilerleyen zamanlarda kişisel verilerin korunması hakkının tartışmasız bir biçimde ayrı bir hak olarak kabul edileceğini düşünüyorum¹⁴. Hali hazırda öğretide bunun özgün ve tek başına bir temel hak olduğunu belirten yazarlar bulunmaktadır¹⁵.

Kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki ayırım içi boş bir söylem değildir. Kişinin özel ve aile hayatı, her şeyden önce, bireysel bir olguya saygı duyma hakkını içerir; bu hak, temel olarak başkalarının özel ve aile hayatına müdahale edilmesinin engellenmesidir. Başka bir deyişle statik, negatif bir tür korumadır. Kişisel verilerin korunması ise bunun tersine, verileri işleme yöntemlerinin kurallarını belirler ve tüm veri işleme hareketlerinde verileri takip eden dinamik bir koruma türüdür. Ayrıca gözetim ve diğer yetkiler, bağımsız bir otoriteye bağlı olduğu için sadece veriyle ilgili kişilere bağlı değildir (madde 8.3). Bu konuda sorumlu bir kamu kuruluşunun olması nedeniyle, koruma artık veri sükülerine bırakılmamaktadır.

13 Örnek kararlar için bkz: YCGK, E. 2012/12-514, K. 2014/312, T. 10/06/2014; YCGK, E. 2012/12-510, K. 2014/331, T. 17/06/2014.

14 Kişisel verilerin korunması hakkının niteliği hakkında ayrıntılı bir tartışma için bkz: Bart van der Sloot, "Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right?", *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*, Ed.: Ronald Leenes, Rosamunde van Brakel, Serge Gutwirth, Paul De Hert, Law, Governance and Technology Series, Issues in Privacy and Data Protection, Vol.: 36, Springer, Cham, 2017, s. 3 – 29.

15 Stefano Rodota, "Data Protection as a Fundamental Right", *Reinventing Data Protection?*, Ed.: Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul De Hert, C'ecile de Terwangne, Sjaak Nouwt, Springer, Heidelberg, 2009, s. 79.

Bu, şekillenmekte olan sosyal ve yasal güçlerin yeniden dağıtımıdır. Aslında, mahremiyet kavramının deneyimlediği -orijinal tanımındaki tek başına bırakılma hakkından, bir kişinin bilgisini kontrol altına alma ve özel alanın nasıl kurulacağını belirleme hakkına kadar uzanan- uzun bir evrimsel sürecin son noktasıdır¹⁶.

Gerçekten de kişisel verilerin korunmasının bir şekilde yeniden keşfedilmesiyle karşı karşıyayız. Bu durum kişisel verilerin korunmasının sadece müstakil, temel bir hak olarak görülmesinden değil, aynı zamanda kişinin kişiliğini özgürce geliştirmek için önemli bir araç olmasından kaynaklanır. Veri koruma, yeni binyılda vatandaşlığı oluşturan bir haklar demetinin toplamı olarak görülmektedir¹⁷.

Nitekim Avrupa başta olmak üzere, tüm dünyada bireylerin özgürlüğünün sağlanması açısından yalnızca özel hayatlarının korunması değil, veri korunmasının da gerekliliği ve önemi konusunda farkındalık artmaktadır. Bu yaklaşım pek çok ulusal ve uluslararası belge tarafından yansıtılmakta olup; son olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi tarafından, veri korumanın temel ve özerk bir hak olduğu kabul edilmektedir. Yine de, bu genel varsayımı dikkate almak gittikçe zorlaşmaktadır, çünkü iç ve uluslararası güvenlik gereksinimleri, piyasa çıkarları ve kamu idaresinin yeniden örgütlenmesi ilgili güvencelerin azalmasına doğru yönelmekte ya da ortadan kaybolmaya yönelik temel garantileri zorlamaktadır¹⁸.

Konuyla ilgili ilk ve en güzel örneklerden biri şüphesiz Alman Anayasa Mahkemesi'nin 15 Aralık 1983 tarihli 'Census' bilinen diğer adıyla 'Nüfus Sayımı' kararıdır. Kararın konusunu Alman Parlamentosu tarafından 1982 yılında kabul edilen Nüfus Sayımı Yasası oluşturmaktadır. Yasa görüşmeleri sırasında, yapılacak nüfus sayımının temel hak ve özgürlükleri zedeleyeceği ihtimali üzerinde hiç durulmamış olsa da ilgili hükümler hukukçular ve kamuoyu tarafından büyük tepki çekmiştir¹⁹. Özellikle Yasa ile belirlenen sayım tarihi yaklaştıkça sayım yapılırken kayıt altına alınacak verilerin ve bu verilerin bazı kurum ve kuruluşların erişimine açık tutulması eleştirileri yoğunluk kazanmıştır²⁰. Ayrıca sayım sırasında sorulacak sorular ile elde edilecek olan; isim, adres, gelir kaynakları, eğitim durumu gibi verilerin çeşitlilik arz etmesi ve çok fazla olması, bu

16 Rodota, s. 79 – 80.

17 Rodota, s. 80.

18 Rodota, s. 77.

19 Elif Küzeci, "İstatistik Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı", *İnsan Hakları Yılı*, Cilt: 32, 2014, s. 53.

20 Yavuz Sabuncu, "Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı", *Amme İdaresi Dergisi*, s. 84 dn. 31.

verilerin gizli tutulacağı hükmüne rağmen nüfus sayımı amacı dışında kullanılması riskinin yüksek olmasına da diğer bir eleştiri noktasını oluşturur. Zira Yasa ile basit bir nüfus sayımından ziyade elde edilen verilerin uzun süre tutulacak olması ayrıca başka amaçlar için de kullanılabilir olması yer alıyordu. Böylece kişisel verilerin korunması ile ilgili kaygılar oluşmaya başlamıştır²¹.

Yasa hakkında bulunan söz konusu endişeler ve iddialar Anayasa Şikayetleri yoluyla Alman Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve Mahkeme de buna katılarak Nüfus Sayımı Yasasının Uygulanmasını geçici tedbir kararı ile durdurmuştur. Mahkeme gerekçe olarak Yasanın uygulanması halinde geri döndürülmez sakıncaların meydana gelebileceğini göstermiştir. Daha sonra da söz konusu olan sakıncalı hükümlerin insan haysiyetinin dokunulmazlığı ve kişiliğini geliştirme hakkı kapsamında aykırılık teşkil ettiğine karar verilerek bu hükümler iptal edilmiştir²².

Alman Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar her açıdan büyük önem teşkil etmektedir: Hem kişisel verilerin korunması ihtiyacını gözler önüne sermesi hem de Mahkeme'nin kişisel verilere insan hakları perspektifiyle yaklaşarak konuya olan bakış açısını kararın önemini gösterir. Zira kişisel veriler ile ilgili bugün karşılaştığımız problem ve endişeler o dönemlerde görülüp; insan hakları kapsamında bir karar verilerek dönemin çok ilerisinde bir karara imza atılmıştır. Kararın diğer bir önemi ise; Mahkemenin, Alman Anayasası tarafından güvence altına alınmış olan insan onuru ve kişilik hakları kavramlarını birlikte değerlendirerek bu iki haktan "*kendi kişisel verileri üzerinde tasarruf hakkı (informelles Selbstbestimmungsrecht)*" adında yeni bir hak ortaya çıkarmasıdır²³. Böylece bireylerin insan onurunu koruması ve kişiliğini geliştirebilmesi için kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi gerektiği; ancak o şekilde insan onuruna yaraşacak bir yaşam sürdürülebileceği ve kişilik haklarının korunabileceğine kanaat getirilerek kişisel verilerin önemine ilk kez bu şekilde bir eğilme gerçekleştirilmiştir²⁴. Nitekim bu kararın hem mahremiyet hem de Anayasa Hukuku bakımından Alman Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu dikkat çeken kararlardan biri olduğu ifade edilmektedir²⁵.

21 Yves Poullet, "About the E-Privacy Directive: Towards a Third Generation of Data Protection Legislation?", *Data Protection in a Profiled World*, Ed.: Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul De Hert, Spirnger, Heidelberg, 2010, s. 7, dn. 12.

22 Yavuz Sabuncu, s. 84 – 85.

23 Gottfried Plagemann, "Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri", *CHKD*, Cilt: 2, Sayı: 1 – 2, 2014, s. 162.

24 Gloria González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology Series Volume: 16, Springer, Switzerland, 2014, s. 176.

25 Gerrit Hornung, Ralf Bendrath, Andreas Pfitzmann, "Surveillance in Germany: Strategies and Counterstrategies", *Data Protection in a Profiled World*, Ed.: Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul De Hert, Spirnger, Heidelberg, 2010, s. 143.

Bugün itibariyle kişisel verilerin korunması hakkının, tek başına özgün bir hak kategorisi olarak kabul edildiğini belirtmeliyim. Nitekim kişisel verilerin korunması günümüzde, GDPR, Avrupa Birliğinin 2000 tarihli Temel Haklar Şartı, Lizbon Sözleşmesi (Avrupa Birliğinin Fonksiyonelliği Hakkında Sözleşme) ve Veri Koruma Sözleşmesi'nde bireyler için hukuki temel bir hak olarak kabul edilmektedir²⁶.

Gerçekte ise kişisel verilerin korunması hakkı, insan hakkı ve temel hakların çerçevesinden, üç temel nedenden ötürü giderek uzaklaşmaktadır. Öncelikle, 11 Eylül'den sonra birçok temel kriter değişti ve özellikle ABD'deki Patriot Yasası ve buna bağlı olarak havayolu yolcularının verilerin, -elektronik haberleşme verilerinin saklanması olduğu gibi- ABD'ye havale edilmesi hakkındaki kararlar gibi, dünyanın her yerinde teminatlar azalmıştır. İkinci olarak, önlemlerin azaltılmasına yönelik bu eğilim, söz konusu değişiklikten faydalanmaya çalışan sektörlere genişletilmiştir. Üçüncüsü, yeni teknolojik fırsatlar, ulusal ve uluslararası otoritelerin her zaman yeterli ölçüde karşı koyamayacağı kesin bir teknolojik sapma ile sonuçlanan, sınıflandırma, seçim, sosyal sıralama ve bireylerin kontrolü için sürekli olarak yeni araçlar sunmaktadır. Bu şekilde, kişisel veri koruma sisteminin temelini oluşturan bazı ilkeler yavaş yavaş aşındırılmaktadır. Bu, öncelikle ve en önemli olarak, amaç belirtme ilkesine ve kamu kurumları tarafından işlenen veriler ile özel kuruluşlar tarafından işlenen veriler arasındaki ayrılık ilkesine uygulanmakta. Çok işlevlilik kriteri, kurumsal yapıların uyguladığı baskı altında, zaman zaman giderek artan bir şekilde uygulanmaktadır. Böylelikle belirli bir amaç için toplanan veriler, farklı amaçlar için kullanılabilir. Belirli bir kurum tarafından işlenen veriler farklı kurumlara sunulmaktadır. Bu, bireylerin giderek daha şeffaf olduğu ve özellikle kamu kurumlarının organlarının herhangi bir kontrolünün dışına daha fazla çıktığı anlamına gelir. Bu ise yeni bir siyasi ve toplumsal güç dağılımı anlamına gelmektedir²⁷.

Bununla birlikte, eğer politik sistemimizin demokratik doğasını korumak istiyorsak, kişisel verilerin güçlü bir şekilde korunması ve temel hak özgürlüklerin şemsiyesi altında yer alması "gerekli bir ütopya" olmaya devam etmelidir²⁸.

26 Paul B. Lambert, *Understanding the New European Data Protection Rules*, CRC Press, Boca Raton, 2018, s. 101.

27 Rodota, s. 78.

28 Rodota, s. 78.

C. Uluslararası Düzenlemeler

1. OECD (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü / Organisation for Economic Co-operation and Development)

Temel amacı üye ülkelerde demokrasi, insan hakları ve vatandaş haklarının geliştirilmesi ile birlikte, halkın yaşam standardının, ekonominin iyileştirilmesi, işsizliğin ortadan kaldırılması, ekonomik gelişmenin desteklenmesi, dünya ticaretinin gelişmesinin desteklenmesi olan OECD (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü), 1980 yılında “Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler”i²⁹ kabul ederek, kişisel verilerin korunması ile ilgili uluslararası alanda adım atan ilk kuruluştur. Örgütün bu alanda düzenleme yapma ihtiyacı üye devletlerin ekonomik anlamda geliştirilmesi amacıyla kaynaklanır.

Kişisel verilerin korunmasında asgari gerekliliğin ortaya konduğu, bu alanda temel prensipleri içeren ve tavsiye kararı niteliğinde olan “OECD Rehber İlkeleri” günümüz teknolojisiyle kişisel verilerin saniyeler içerisinde akışının mümkün olduğu, bu nedenle de söz konusu akışı yasallaştırmanın zorunlu hale geldiğini kabul etmiştir. Bu rehber, kişisel verilerin hukuka aykırı elde edilmesi veya yanlış tutulması, yetkisiz kişilerce kötüye kullanılması gibi tehlikeleri önlemekle beraber kişisel veri akışının nasıl gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin tavsiyeler içerir. Bu ilkeler:

- Veri toplamının sınırlı olması ilkesi (m.7),
- Veri kalitesi ilkesi (m.8),
- Amacın belirli olması gerektiği ilkesi (m.9)
- Sınırlı kullanım ilkesi (m.10)
- Veri güvenliği ilkesi (m.11)
- Açıklık ilkesi (m.12)
- Bireyin katılımı ilkesi (m.13)
- Hesap verme zorunluluğu ilkesi (m.14)

olmak üzere ulusal uygulamalarda temel ilkeler başlığı altında sayılmıştır.

Konsey, söz konusu rehber ilkelerle bireylerin özgürlüklerinin korunmasına yönelik düzenlemeler getirmiş ve üye ülkelerin bu ilkeleri iç hukuklarında düzenlemeleri gerektiğini belirten tavsiye kararı yayınlamıştır³⁰. Bununla

29 <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

30 Sedat Erdem Aydın, *AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 26.

beraber üye devletler bu ilkeleri kabul etmek mecburiyetinde değildir, ancak günümüzde devletlerin kişisel veriler ile ilgili düzenlemelerde bulunurken bu ilkeleri göz önünde bulundurarak hareket ettikleri görülmektedir. Nitekim aşağıda detaylı olarak açıklayacağım 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu hazırlanırken de bu ilkeler dikkate alınmış ve Kanunun genel gerekçesinde bu ilkelere bahsedilmiştir.

2. Birleşmiş Milletler

a. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

II. Dünya Savaşı'ndan sonra 1945 yılında savaşın yıkıcı etkilerine karşı kurulan ve esas amacı uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak, uluslararası alanda dostane ilişkiler geliştirmek ve uluslararası ekonomik, toplumsal ve kültürel iş birliği yapmak olan Birleşmiş Milletler'in de kişisel verilerin korunması amacıyla genellikle özel hayatın gizliliği kapsamında olmak üzere çeşitli düzenlemeleri bulunmaktadır.

İlk olarak 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nin 12. maddesinde; hiç kimsenin özel hayatına karşı bir tecavüze maruz kalamayacağı ve herkesin özel hayatına karışma ve tecavüzlere karşı kanun yolu ile korunmaya hakkı olduğu belirtilmiştir.

b. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Öte yandan 1976 tarihinde yürürlüğe giren “Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”nin ‘Mahremiyet Hakkı’ başlıklı 17. maddesinde; “Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya habereleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.” denilmekle kişinin özel hayatı ve mahremiyet hakkı korunmuştur.

Maddeyle ilgili BM İnsan Hakları Komitesi'nin 1988 tarihli 32. oturum ve 16. genel yorumunda; kamu otoritelerinin, özel kişi veya kurumların bilgisayarlarda, veri bankalarında veya benzeri cihazlarda kişisel bilgi toplaması veya saklamasının hukuki düzenlemeye tabi olması gerektiği ve her bireyin kişisel veya veri tabanlarında kendisiyle ilgili bilgiler saklanmışsa bu bilgilerin ne tür bilgiler olduğunu ve ne amaçla saklandığını öğrenme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir³¹. Bu yorumdan hareketle mahremiyet kavramının kişinin özel yaşamı ve giz dünyasına ilişkin olarak değil; daha geniş yorumlanması gerekti-

31 Lema Uyar, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumu*, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 33.

ği sonucuna ulaşıyoruz. Çünkü Komite'nin, verinin niteliğine ilişkin açıklama yapmamasından bu verilerin sadece özel hayata ilişkin veri olarak düşünülmesini engellemek istediği anlaşılmaktadır. Yorumda geçen kişinin kendisiyle ilgili bilgiler ibaresiyle kişiye ilişkin her türlü bilginin kastedildiğini söyleyebiliriz. Böylece Birleşmiş Milletler'in kişisel verilerin korunması hakkını söz konusu madde kapsamında değerlendirdiğini söylemek mümkündür³².

Danıştay 10. Dairesi'nin 8 Haziran 2015³³ tarihli kamu çalışanlarının faaliyet yürüttüğü sistemlerde kameralı takip sistemi uygulamasıyla ilgili kararında, BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin yukarıda değindiğim maddesi dayanak gösterilmiş ve konunun özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında kişisel görüntülerin alınması kavramlarıyla ele alınması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme kameralı takip sistemi ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığı, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği ve kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği gerekçeleriyle İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur.

Bu konuda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun da 9 Aralık 2015 tarihli bir kararı mevcuttur³⁴. Karar, personelin kişisel verisi niteliğinde olan parmak izi tarama sistemiyle mesai takibi sistemi uygulamasına ilişkindir. Mahkeme; kişisel verilerin korunması hakkının, kişinin insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı ifade ettiğini belirtmiş, ilgililerden kişisel veri alınması niteliğinde olan "parmak izi taraması"nın "özel hayatın gizliliği" ilkesi kapsamında değerlendirmiştir. Uygulamanın sınırlarını, usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağının bulunmaması, toplanan verilerin ileride başka bir şekilde kullanılmayacağına dair bir güvencenin mevcut olmaması gerekçeleriyle, söz konusu uygulamanın BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi de dayanaklar arasında gösterilerek hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

c. Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarının Düzenlenmesine İlişkin Rehber İlkeleri

Şu ana kadar Birleşmiş Milletler tarafından gerçekleştirilen düzenlemelerde kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirildiğini görüyoruz. Ancak teknolojiyle beraber bilgisayarlar aracılığıyla bu hakkın ihlalinin yaygınlaşması nedeniyle Birleşmiş Milletler Genel Kuru-

32 Korkmaz, s. 141.

33 E. 2014/3950 K. 2015/2774.

34 E. 2014/2242 K. 2014/2242.

lu 14 Aralık 1990 tarihinde “*Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarının Düzenlenmesine İlişkin Rehber İlkeleri*”ni³⁵ yayınlamıştır. Bu ilkeler, Birleşmiş Milletler’in özel hayatın gizliliği hakkından bağımsız olarak, doğrudan kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin ilk düzenleme olması açısından önemlidir.

Söz konusu ilkeler:

- Meşruluk ve dürüstlük ilkesi,
- Doğruluk ilkesi,
- Amacın belirliliği ilkesi,
- İlgili kişinin erişimi ilkesi,
- Ayrımcılık yasağı ilkesi,
- Güvenlik ilkesi,
- Denetim ve yaptırım ilkesi,
- Sınır Ötesi Veri Akışı ilkesi,

olmak üzere oldukça kapsamlı olup; teşvik edici niteliktedir. Ülkelerin kişisel veriler ile ilgili işlerde bu ilkelere uygun hareket etmesinin gerektiği belirtilmiştir.

3. Avrupa Konseyi

Türkiye’nin, imzaya açılmasından hemen sonra imza atmak suretiyle kurucu üyesi olduğu Avrupa Konseyi, II. Dünya Savaşı’nın bitmesiyle, savaşın yaratmış olduğu tahribatları gidermek ve kalıcı barışı sağlamak amacıyla 1949 yılında kurulmuştur. Esas amacı insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi ilkelerini korumak ve güçlendirmek ve üye ülkeler arasında sıkı ve ayrılmaz bir birlik kurmak olan Konsey’in, amaçları doğrultusunda en büyük ve en somut adımı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin imzalanmasıyla gerçekleşmiştir. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Konsey’e bağlılığı söz konusu olup; bu noktada son derece önemli bir işlevi bulunmaktadır.

a. 108 No’lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi

Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ile ilgili ilk en kapsamlı düzenlemelerin Avrupa Konseyi tarafından yapıldığı söylenebilir. 28 Ocak 1981 tarihinde Strazburg’da Konsey tarafından imzaya açılan “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi*” kişisel verilerin korunması alanında bağlayıcılığı bulunan ilk uluslararası sözleşmedir ve bu açıdan oldukça önemlidir. 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme,

35 <http://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018)

Türkiye tarafından, 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanmış ve 17 Mart 2016 tarihli ve 29656 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan onay kanunu ile Türkiye açısından bağlayıcı hale gelmiştir.

Sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin Kanun tasarısı gerekçesinde³⁶; bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan hızlı gelişmeler nedeniyle kişisel verilerin kayıt altına alınmasında ciddi artışın yaşandığı ve dolayısıyla konunun hassas bir boyuta taşındığı belirtilmiştir. Türkiye’nin kişisel verilerin korunmasıyla ilgili uluslararası düzenlemeleri takip ederek ulusal düzenlemelerine yön verdiğinin ve Anayasada 2010 yılında yapılan değişiklikle bu hakkın Anayasal güvence altına alındığının altı çizilmiştir. Bu gerekçelerle de Sözleşmenin iç hukuka dahil edilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır. Türkiye, Sözleşmeyi ilk imzalayan ülkelerden olmasına karşılık; onaylayıp yürürlüğe koyan son ülke olmuştur.

Sözleşmenin ulusal hukukumuz açısından önemi 6698 sayılı Kanun gerekçesinde somut bir biçimde görülmektedir. Nitekim Sözleşmenin Kanun’a neden ihtiyaç duyulduğunun detaylı olarak sayıldığı genel gerekçesinde 108 sayılı Sözleşmeye de atıf yapılmış ve Sözleşmenin Türkiye tarafından imzalandığının altı çizilmiştir. Buna karşın Kanun tasarısına ilişkin komisyon muhalefet şerhinde Türkiye’nin sözleşmesi 1981 tarihinde imzalamış olmasına rağmen o tarihten bu yana sanki sözleşmeyi imzalamamış gibi davrandığına yönelik eleştiriler söz konusudur. Türkiye’nin Sözleşmeyi imzalama konusunda oldukça geç kalmış olmasına katılıyor olmama rağmen, Sözleşmenin şu an için yürürlükte olması nedeniyle bu eleştirilerin pratik bir önemi kalmamıştır.

Bununla birlikte Kanun’un Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun düzenlendiği 19. maddesine ait gerekçesinde Sözleşme tarafından kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelerin uygulanmasını izlemek ve yönlendirmek üzere fonksiyonel olarak bağımsız bir şekilde görev yapacak otoritelerin oluşturulmasının öngörüldüğü; Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun düzenlendiği 21. maddesinin gerekçesinde ise Sözleşme ile bağımsız bir Kurul öngörüldüğü belirtilmiştir. Böylece Sözleşmenin Türkiye açısından yürürlüğe girmiş olması sebebiyle, Sözleşme tarafından üye ülkelere getirilen yükümlülükler somut adımlarla yerine getirilmeye çalışılmıştır.

Esas amacı bütün üye ülkelerde gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendilerini ilgilendiren kişisel nitelikteki verilerin otomatik bilgi işleme tabi tutulması karşısında haklarını güvence altına almak olan Sözleşmeyle, kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinden ayrı bir hak olarak değerlendirilmiş ve ülkelere konuyla ilgili düzenleme yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

36 <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

b. Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine Ek Denetleyici Makamlar ve Sınıraşan Veri Akışına İlişkin Protokol

Bu protokol, 108 sayılı Sözleşme'ye ek bir düzenleme niteliğindedir.

Protokolde esas olarak 108 sayılı Sözleşmedeki eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. Zira Sözleşme ile veri işleme faaliyetleri düzenlenmiş bulunsa da bunu denetleyecek bağımsız bir organ öngörülmemiştir³⁷. Bu nedenle Ek Protokol denetleyici ve yetkili makamlar ile sınıraşan veri akışına ilişkin olarak oluşturulmuştur. Taraf devletler, Sözleşme ve Protokolde belirtilen ilkeleri uygulamaya koyan iç hukukundaki önlemlere uyulmasını sağlamakla yükümlü bir ya da daha fazla yetkili makam belirlemeyi taahhüt etmiştir.

c. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni, bu bildirinin, açıkladığı hakların evrensel ve etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamayı hedef alan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" insan hakları ile temel özgürlükleri düzenleyerek 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiştir. İnsan hakları konusunda getirdiği koruma mekanizmasıyla (AİHM) en etkili ve en iyi işleyen sözleşmedir.

Sözleşmede kişisel veriler ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamakla beraber "özel ve aile hayatına saygı" başlıklı 8. maddesinde; "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." hükümleriyle özel ve aile hayatı koruma altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8 /1. maddesi; özel hayata, aile hayatına, evin mahremiyetine ve yazışmalara saygı gösterilmesi hakkını düzenler. Mahkeme bu ifadeleri geniş bir şekilde yorumlamıştır. "Özel yaşam" ve "yazışmalar" birlikte, kişiler arası iletişimleri devletin meraklı gözlerinden uzak tutma beklentisi de dahil olmak üzere, bireyin kimliğini bir insan olarak tanımlayan hemen hemen tüm nitelik ve davranışlar için hukuksal koruma sağlar. Fakat bu hak mutlak değildir. Madde 8/2, bir kamu otoritesinin, "alınan önlemler yasaya uygun" ve "demokratik bir toplumda gerekli" olduğu sürece, suçun önlenmesi ve

³⁷ Küzeci, s. 134.

başkalarının haklarının korunması dahil, “meşru amaçların” geniş bir yelpazesi doğrultusunda müdahale etmesine izin verir. Dolayısıyla, mahremiyet haklarının korunmasında madde 8’in etkinliğinin anahtarı, Mahkemenin açık-dokulu yasallık ve zorunluluk kavramlarına olan yaklaşımda saklıdır³⁸.

Bu kısımda yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde kişisel verilerin korunması hukuku açısından bizler için önemli olan ilgili maddeyi belirtmekle yetinip; çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile konuyu detaylı olarak inceleyeceğim.

4. Avrupa Birliği

II. Dünya Savaşı’ndan sonra bu savaşın yıkıcı etkilerini gidermek amacıyla 7 Şubat 1992’de Avrupa Birliği Antlaşması ile kurulan ve temel amacı barışın teşvik edilmesi, özgürlük, güvenlik ve adaletin güvence altına alınması, ekonomik ve sosyal gelişmenin desteklenmesi ve vatandaşların değer ve refahının korunması olan Avrupa Birliği de, kişisel verilerin korunması gerekliliğinin temel hak ve özgürlüklere dayanması ve dolayısıyla demokratik ülkelerin kalkınmasında önemli rol oynaması nedeniyle bu alanda harekete geçmiştir. Zira teknolojinin gelişmesiyle beraber kişisel verilerin ülkeler arasındaki ekonomik ve ticari ilişkilerin gelişmesinde etkili olması, ülkelerin hem vatandaşları açısından hem de dışarıya karşı olan güvenliğini sağlamasında pay sahibi olması aynı zamanda temel insan hakları arasında sayılması Avrupa Birliği ve birliğe üye ülkeler için bu konuda düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir.

Belirtmek gerekir ki, Avrupa ülkeleri kişisel verilerin korunması alanında öncü konumundadır. Diğer ülkelere göre çok eski tarihlerde kişisel verilerin ihlali tehlikesi öngörülmüş ve bu konuda somut adım atılması amacıyla çalışmalar başlanmıştır. Bu önceliğin nedeni ise teknolojik gelişmelerin ve hukuk bilincinin daha fazla gelişmiş olmasıdır. Teknolojinin daha erken geliştiği ülkelerde kişisel veriler üzerindeki tehditler daha önce ortaya çıkmış ve konuyla ilgili hukuki düzenleme yapılması ihtiyacı doğmuştur. Dolayısıyla Avrupa Birliği ve Avrupa ülkelerinin iç hukukunda temel insan hakları kapsamında kişisel verilerin korunmasının önemi yerleşmiş olup; konuyla ilgili özgün ve etkin korumaya sahip yasal düzenlemeler mevcuttur. Bununla birlikte gelişmelere paralel bir biçimde ortaya çıkan yeni problemlere karşı çalışmalar da hali hazırda devam etmektedir³⁹.

38 Gordon Nardell, “Levelling up: Data Privacy and the European Court of Human Rights”, *Data Protection in a Profiled World*, Ed.: Serge Gutwirth, Yves Poulet, Paul De Hert, Springer, Heidelberg, 2010, s. 46.

39 AB’de ve AB üyesi ülkelerde kişisel verilerin temel bir hak ve özgürlük olarak gelişimi için bkz: González Fuster, s. 1 vd.

a. 96/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi

1990'lı yıllarda çalışmalara başlayan Birlik ilk olarak 24 Ekim 1995 tarihinde "96/46/EC Sayılı *Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi*"ni yayınlamıştır. Direktifin amacı 1. maddesinde; kişisel verilerin işlenmesine dair başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere gerçek kişilerin temel haklarını ve özgürlüklerini korumak olarak açıklanmıştır. Aynı maddenin devamında üye devletlerin sağlanan korumayla bağlantılı nedenlerle üye devletler arasında kişisel verilerin akışını engelleyemeyeceği ve yasaklayamayacağı belirtilmiştir.

Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Direktifin amacının kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak olarak belirlenmesi ve çeşitli hükümlerinde kişisel verilerin korunmasının, temel hakların güvence altına alınması bakımından şart olduğunun belirtilmesi; ülkelerin kişisel verilere olan bakışının bireyin temel hak ve özgürlükleri kapsamında olduğunu gösterir. Direktif metninde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne sık sık atıf yapılmış ve kişisel verilerin korunmasının başta mahremiyet hakkı olmak üzere Sözleşme kapsamında belirlenen diğer insan hakları ile olan ilişkisinden ve bu hakların sağlanması bakımından öneminden bahsedilmiştir. Direktif'te yer alan hükümlere bakıldığında zaman benimsenmiş olan temel prensipler aşağıdaki gibidir:

Meşruluk: Buna göre kişisel veriler sınırlı amaçlar için işlenebilir ve öngörülmesi istisnalar olmadan açık rıza olmaksızın veri işlenemez.

Amaç kısıtlama: Kişisel veriler yalnızca açık, belirli ve meşru sebepler için toplanabilir ve toplanma amacına aykırı kullanılamaz.

Şeffaflık: Veri sahibine verisinin işlenip işlenmediği ve işleniyorsa hangi amaçlar doğrultusunda işlendiği gibi konularda bilgi verilmelidir. Adaletin sağlanabilmesi için kişisel veri sahiplerine verileri ile ilgili işlem süreçlerini öğrenme hakkı tanınmalıdır.

Orantılılık: Kişisel veriler, işlendiği amaç için yeterli, bu amaçla ilgili ve güncel olmalıdır.

Güvenlik: Veri sorumlusu veri işleme faaliyeti kapsamında doğabilecek risklere karşı teknik ve işlevsel tedbirleri almalıdır.

Kontrol: Ulusal veri koruma otoriteleri tarafından veri işleme faaliyetlerinin denetimi yapılmalıdır⁴⁰.

Direktif, kişisel verilerin hangi şartlar altında işlenebileceği, veri işleminin yasallaşmasını sağlayan nedenleri, verilerin sınırlı amaçlar için işlenebileceği ve yalnızca belirlenen amaçlar doğrultusunda kullanılabilceği, hassas verilerin istisnai durumlarda işlenebileceği ve veri sahibinin bilgilendirilmesi gerektiği gibi hususlarda düzenleme yaptığından önemlidir. Nitekim “tedbirleri koruyan topluluk” başlıklı 31. maddesinde bir komite öngörüldüğünden zorlayıcı nitelikte olduğu söylenebilir. Bunun yanında üye devletlerin kendi arasında kişisel veri transferini engelleyememesi ve yasaklayamaması da Direktifin bir diğer önemli noktasıdır. Böylece kişisel verilerin Avrupa Birliği üye ülkeleri arasında özgürce dolaşması açık bir biçimde sağlanmıştır.

AB Direktifleri, tüm AB üyesi ülkelere doğrudan uygulanamaz, Direktif de yer alan kuralların ulusal hukuklara aktarılması gerekir. Bundan dolayı her üye devlet açısından uyarlamaya yönelik önlemlerin alınması gerekir. Veri Koruma Direktifi öngörülen amaçlara ulaşamamıştır ve AB’de kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeknesaklığın sağlanmasında başarısız olmuştur. Farklı AB üyesi ülkelerinin uyarlama için gerçekleştirdiği işlemlerin neticesinde üye ülkelerin hukukları arasında farklılıklar ortaya çıkmıştır. Bir ülkede izin verilen veri işleme aktivitesi bir diğer ülkede veri işlemedeki özel uygulamalar nedeniyle hukuka aykırı olabilmıştır⁴¹. Bu nedenle aşağıda görüleceği üzere AB, GDPR’a geçmiştir.

Direktifin bizim açımızdan esas önemli olan kısmı ise 6698 sayılı Kanun’un hazırlanmasında büyük ölçüde baz alınmış olmasıdır. Kanun söz konusu Direktifle büyük ölçüde benzerlik ve paralellik göstermektedir. Mevcut hukukumuzda uyup uyulmadığına bakılmaksızın çoğu noktada benzerlik olması noktasında eleştirilebilse de bundan Avrupa düzenlemeleri ile uyumlu olunmaya çalışıldığını anlayabiliriz.

Kanun’un Direktif ile benzerliği dolayısıyla iç hukukumuzda konuyla ilgili yapılan yargılamalarda Direktifin dayanak olarak gösterildiği örneklere rastlıyoruz. Buna son örnek ise 6698 sayılı Kanun’un çeşitli maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’nde görülen davada; Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya aykırılık incelemesi yaparken Direktifi dikkate aldığı noktasında karşımıza çıkmaktadır. İptali istenen maddelerin Direktifle uyumlu olup olmadığına dikkat edilmiş, uyumlu olduğu takdirde, bu uyum; iptalin reddine dayanak yapılmıştır⁴².

40 Christopher Kuner, *European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 20 – 21.

41 Paul Voigt, Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Springer, Switzerland, 2017, s. 2.

42 Murat Volkan Dülger, “Anayasa Mahkemesi’nin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Konu Edildiği İptal Davası Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, www.academia.edu, (Erişim Tarihi: 10.05.2018).

Direktif, Türkiye'nin yanı sıra özellikle Avrupa'da olmak üzere uluslararası alanda verilmiş birçok karara konu olmuştur. Avrupa Birliği'nin yargı organı konumunda olan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Direktifi dayanak gösterecek vermiş bulunduğu kararları mevcuttur.

Direktif'in kapsam ve ulusal mevzuatlarla olan ilişkisi yönünden incelendiği en önemli kararlardan biri "*Rechungshof v. Österreichischer Rundfunk*" kararıdır. Kararın konusunu oluşturan olay Avusturya mevzuatı ve Direktif hükümlerinin çeliştiğine ilişkindir. Avusturya mevzuatına göre, yıllık ücretleri belli bir seviyeyi aşan çalışanların ücretleri hakkında, daha sonra Sayıştay tarafından kamunun bilgisine sunulmak amacıyla hazırlanacak raporda bu bilgilere yer verilebilmesi için Sayıştay'a bilgi vermek zorunda olan denetime tabi kuruluşlar, böyle bir uygulamanın 95/46/EC sayılı Direktif hükümlerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. ABAD'a Direktif'in ulusal mevzuatlarla çelişecek bir biçimde yorumlanıp yorumlanamayacağı sorulmuştur.

ABAD öncelikle Direktif hükümlerinin kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili her türlü faaliyete uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Olaya ilişkin olarak işverenlerin çalışan isim ve maaş bilgilerinin kaydını tutmasında bir sakınca görmemekle beraber bu verilerin üçüncü kişilerle paylaşılmasını, verilerin hassas olup olmadığı fark etmeksizin hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir. Ayrıca ulusal mahkemelerin, yapılan müdahalenin ölçülülük ile amaç ve gereklilik ilişkisi bakımından değerlendirmesi gerektiğinin altını çizerek Direktif ve ulusal mevzuatlar arasındaki ilişki konusunda görüşlerini bildirmiştir. Direktif'in uygulama alanının belirlenmesinde ve ulusal mevzuatların Direktif ile uyumlu olup olmaması gerektiği konusunda yol gösterici niteliğinden dolayı oldukça önemli bir karardır⁴³.

Divan'ın son dönemde verdiği en dikkat çekici kararı ise unutulma hakkı kapsamındaki "*Google Kararı*"dır. Karara konu olayda Costeja González adlı İspanyol bir avukat, Google arama motorunda adıyla arama yaptığı uzun bir süre önce sosyal güvenlik borçlarının yapılandırılması için mülkünü satmak zorunda kalmasına ilişkin bilgilerin yer aldığı gazete haberlerinin 95/46/EC Sayılı Direktif'e aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Divan, başvuru-cuyu haklı bularak 13 Mayıs 2014 tarihinde verdiği kararda, Direktifin kişinin erişim hakkı konulu 12. maddesini dayanak olarak göstermiş ve kişinin ismiyle yayınlamış kişisel verilerin geçersiz veya ilgisiz hale gelmesinden sonra amacını aşması halinde silinmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴.

43 İlke Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Adalet Yayınevi, 2016, s. 107 – 109.

44 Aydın Akgül, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı"", *TBB Dergisi*, Sayı: 116, 2016, s. 30 – 31.

Google İspanya davasında sorun, İspanya Ulusal Yüksek Mahkemesi'nin Avrupa Adalet Divanı'na yönelik ön sorusu olan ve İspanya'da bir başka örneği olan⁴⁵ Mario Costeja davası (2014) söz konusu olduğunda ortaya çıktı. Mario Costeja, 1998 yılında La Vanguardia gazetesinde, sosyal güvenlik yönetimine borçlu olduğu borçlarla ilgili bir haciz satışı için verilen bir reklamın sonucu olarak zarar görmüştür. Gazete dijitalleştiğinde, Google, "Mario Costeja" ismini arar ve güncelliğini yitiren kişisel verileri ve finansal bilgileri açıklar hale gelmiştir. Bu bir avukat olan Mario Costeja'nın profesyonel yaşamını büyük ölçüde etkilemiştir. Costeja, İspanyol Veri Koruma Dairesi (SDPA)'dan önce, gazetenin bilgilerin kaldırmasını isteyen bir dilekçe verdi, ancak dilekçesi başarısız oldu. SDPA, La Vanguardia gazetesinde yayınlanan reklamın yasal olduğunu ve kaldırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal edeceğini belirtir. Bununla birlikte, SDPA, bu şirketlerin söz konusu içeriği dizine eklemeyi bırakmasını isteyen Google İspanya ve Google'a yönelik bir talep gönderdi. Google, Ajansın kararına (ve diğer benzer kararlara) Ulusal Yüksek Mahkeme huzurunda itirazda bulundu. Avrupa Adalet Divanı'na ön karar için bu soruyu getiren, bu yargı makamıydı. Els Alfacs davası ise 1978 yılında korkunç bir trajedinin yaşandığı bir kamp alanına sahip bir şirketle ilgiliydi. Bu kamp alanında propilen taşan bir kamyon ki yüz kişinin ölümüne neden oldu. 2010 yılında şirket, arama motorunun kampanyanın isminin en üstünde bulunan kaza hakkında haber vermeyi durdurmasını talep eden bir dilekçeyi görmezden gelen Google İspanya'ya karşı bir dava açtı. Şikayetler hem unutulma hakkı hem de şirketin onur, mahremiyet ve kendi imajının korunması hakkına yönelikti. Şirket, Google'ın arama sonuçlarını filtrelemesini ve trajedi hakkında bilgi arayanlar ile yalnızca kamp alanıyla ilgili bilgi almak isteyenler arasında ayırım yapmasını istedi. Çünkü Google, arama sonuçlarının tamamının görünmesi nedeniyle şirketin ciddi şekilde zarar görmesine neden oldu. Her iki durumda da, söz konusu kişisel bilgiler, ilk yayınlandığı tarihteki ilgi düzeyi ile orantılı olarak dağıtılmıştı, ancak asıl olaylardan 10-15 yıl geçtikten sonra bu bilginin hala geniş bir kitleye ulaşabileceği gerçeği mantıklı görünmüyordu. Bu olaylar gerçekleştiği dönemde önemli ahlâkî ve ekonomik zararlara sebep olsa dahi, dava sırasında yayınlanmasına neden olan koşullar artık mevcut değildi⁴⁶.

Kararda kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi veya yayınlanmasından sonra bu işleme veya yayınlamanın meşru bir amacının kalmamış olması halinde verilerin silinmesi gerektiğinin belirtilmiş olması hem kişisel

45 2010 tarihli Els Alfacs davası.

46 Ana Azurmendi, "Spain; The Right to Be Forgotten The Right to Privacy and the Initiative: Facing the New Challenges of the Information Society", *Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe*, Ed.: Wolf J. Schünemann, Max-Otto Baumann, Springer, Cham, 2017, s. 22 – 23.

verilerin korunması hem de unutulma hakkı kapsamında önemlidir. Zira kişisel veriler hukuka uygun olarak işlenmiş olsa da, işlenme amacının ortadan kalkmış olmasıyla beraber herhangi bir meşru amaç kalmadığından tutulmaya veya işlenmeye devam edilmesi hukuka aykırılık oluşturur⁴⁷. Direktifin ilgili maddesinin dayanak yapıldığı söz konusu karara Türk içtihatlarında da yer verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17 Haziran 2015 tarihinde cinsel taciz mağdurunun ismine bir ceza hukuku kitabında aynen yer verilmiş olması konulu bir kararında “Google Kararı”na atıf yapılarak kişisel verilerin ihlal edildiği sonucuna vararak davacıyı haklı bulmuştur⁴⁸.

Görüldüğü üzere 95/46/EC sayılı Direktif ulusal ve uluslararası alanda kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin uyumsuzluklara konu olmaktadır. Dava konusu olayın Direktif hükümleriyle uyumluluğuna bakılmış, Direktif'e açık aykırılık hukuka aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca ulusal yasaların Direktif'e uyumlu olup olmaması gerektiği konusu incelenmiştir. Direktif hükümlerinin, genel bir kural olarak değerlendirilip, ulusal yasaların ise bu hükümlere paralel ve ulusal yasalarına ve toplumsal yapılarına uygun hükümler getirmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Nitekim GDPR'da da Kısım III, Bölüm 3'ü düzeltme ve silmeye referans yapmaktadır⁴⁹. Bu hali hazırda gündemde yer tutan önemli bir meseledir ve Google İspanya kararından sonra daha da önemli hale gelmiştir. Buna kısaca “unutulma hakkı” denilmektedir⁵⁰.

b. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliği Antlaşması'nda belirtilen üye ülkelerin saygı göstermeleri gereken temel hakların hangileri olduğunu belirleyen “Avrupa Birliği Temel

47 Christiana Markou, “The ‘Right to Be Forgotten’: Ten Reasons Why It Should Be Forgotten”, *Reforming European Data Protection Law*, Ed.: Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert-Law, Governance and Technology Series Issues in Privacy and Data Protection Vol.: 20, Springer, Heidelberg, 2015, s. 203 – 226. Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve İspanyol ve AB hukukları ilgisi ve etkisi için bkz: Azurmendi, s. 17 – 30.

48 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/4-56 K. 2015/1679.

49 GDPR'da açıkça düzenlenen “unutulma hakkı” için bkz: Lambert, s. 197 – 207.

50 Unutulma hakkı Stacy Snyder isimli kadına atıf yapılarak açıklanmaktadır. ABD'li genç bir bayan olan Snyder'in, bir partide kafasında bir korsan şapkasıyla ve alkol içerken çekilmiş bir fotoğrafını MySpace isimli sosyal medya web sitesine göndermiş olmasından dolayı, eğitim alanında diploma alma talebi reddedilmiştir. Söz konusu fotoğraf bu kadının danışmanı ve fakültenin dekanı olan kişi tarafından keşfedilmiş ve Snyder'in öğretmen olarak hizmet veremeyeceğine karar verilmiştir. Bu hikaye öğretilde sıklıkla “web asla unutmaz” şeklinde anılmakta ve “unutulma hakkı” olarak ifade edilmektedir. Bkz: Markou, s. 203 – 204. Snyder olayı, unutulma hakkının gelişimi ve başkaca örnek olaylar ve kararlar için bkz: Viktor Mayer – Schönberger, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2009, s. 1 vd.

Haklar Şartı” 7 Aralık 2000 tarihinde Nice’de temel hak ve özgürlüklerin sosyal ilerleme, bilimsel ve teknolojik gelişmeler ışığında bir bildirmede net bir biçimde ortaya konularak korunması hedeflenerek imzalanmıştır. Ancak bu düzenleme 1 Aralık 2009 tarihli Lizbon Antlaşması’nın kabul edilmesiyle bağlayıcılık kazanmıştır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın “kişisel verilerin korunması” başlıklı 8. maddesine göre;

(1) Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir.

(2) Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir.

(3) Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir.

Avrupa Birliği’ne üye ülkelerinin saygı göstermeleri gereken temel hakların belirlendiği söz konusu düzenlemede kişisel verilerin korunması hakkının aynı düzenlemenin “özel ve aile hayatına saygı” başlıklı 7. maddesinden ayrı bir hak olarak tanınmış olması oldukça önemlidir. Zira düzenleme, kişisel verilerin korunması hakkını insan hakları ile temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirmesinin yanında özel hayatın gizliliğinden de ayırarak kişisel verilerin korunması hakkının önemini açıkça ortaya koymuştur. Şart’ın üye ülkeler açısından bağlayıcı olması ve ilgili maddede kurallara uyulup uyulmadığının bağımsız bir makam tarafından denetleneceğinin öngörülmesi hakkın korunmasının “zorunlu” nitelikte olduğunu göstermektedir.

c. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 202/58/AT Sayılı Elektronik Haberleşme Sektöründe Özel Alanın Korunması ve Kişisel Bilgilerin İşlenmesi Yönergesi

Dijital imkanların artmasıyla bu ağlar vasıtasıyla elektronik haberleşmenin doğması ve kullanıcıların özel alanlarının korunması için tedbirlerin alınması gerekliliğiyle beraber 12 Temmuz 2002’de “Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2002/58/AT Sayılı Elektronik Haberleşme Sektöründe Özel Alanın Korunması ve Kişisel Bilgilerin İşlenmesi Yönergesi” kabul edilmiştir.

Yönergede sık sık 95/46/EC sayılı Direktife atıf yapılmış ve esasen söz konusu Direktifi tamamlayıcı etkiye sahip olmanın yanında kişisel verilerin telekomünikasyon ve iletişim hizmetleri alanında korunmasını amaçlamaktadır. Bununla beraber üye devletlere iç hukuklarına aktarmaları yönünde de yükümlülük getirmiştir.

d. 2006/24/EC Sayılı İletişim Trafik Verilerinin Saklanması Yönergesi

Londra Metro'sunda yaşanan 7 Temmuz 2005 tarihli bombalı saldırının⁵¹ etkisiyle AB Konseyi tarafından 15 Mart 2016 tarihinde "2006/24/EC Sayılı İletişim Trafik Verilerinin Saklanması Yönergesi" kabul edilmiştir. İletişim trafik bilgileri ve yer bilgileri ile ilgili düzenleme yapan Yönerge, iletişim hizmetleri kullanan kişilerin iletişim içeriği haricindeki diğer bilgilerinin ciddi suç şüphesi halinde saklanabileceğini belirtmiştir⁵². Ancak Yönerge, ciddi suç kavramının ölçütlerine yer vermemiş olması dolayısıyla ülkelere bu konuda sınırsız yetki tanıdığı ve özellikle bu yetkinin kullanılması için altı ile yirmi dört ay arası gibi bir süre tanıdığı için eleştirilmiştir⁵³.

e. 2016/679 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)

Kişisel verilerin hızla boyut değiştirdiği günümüzde, 95/46/EC sayılı AB Veri Koruma Direktifi'nde benimsenen ilkelerin modernize edilmesi ve gelecekte vatandaşların kişisel haklarının günümüz şartlarına uygun bir biçimde güvence altına alınması amacıyla, kapsamlı bir yeniliğe gidilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁵⁴. Özellikle teknolojik gelişmeler ile beraber kişisel verilere erişim, kişisel verilerin toplanması ve bu verilerin aktarılması yöntemleri çeşitlilik göstermeye başladığından gelişen teknolojiye uyum sağlayan yeni bir düzenleme şart olmuştur. Ayrıca Direktif'in Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında farklı biçimlerde uygulanması değişen ve gelişen şartlara cevap vermeyi daha da zorlaştırmıştır⁵⁵.

Yeni bir düzenlemeye gidilmesi ihtiyacını gözler önüne seren olayların başında eski CIA analisti Edward Snowden tarafından 2013 yılında ortaya atılan iddialar yer alır. Buna göre Google ve Facebook gibi büyük veri depolayan ve işleyen şirketlerin de içinde bulunduğu pek çok şirketin kullanıcı bilgileri Amerikan Ulusal Güvenlik Teşkilatı'nın (NSA) dinleme ve gözleme faaliyetlerine konu olmuştur. Bu olaylar karşısında Avrupa'da bireyin hakları açısından endişe edilmeye başlanmış ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın hukuki uyumsuz-

51 Haberin detayı için bkz: <https://terortakvimi.wordpress.com/2005/07/07/200/>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

52 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:EN:PDF>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

53 Korkmaz, s. 204.

54 Ayşe Nur Akıncı, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Çalışma Raporu*, No. 6, Kalkınma Bakanlığı Bilgi Toplu Dairesi Başkanlığı Yayını, Haziran 2017, s. 4 – 5.

55 GDPR'ın hazırlanmasını ortaya çıkararak nedenler için bkz: Lambert, s. 89 – 94.

lıklar karşısındaki yaklaşımı da değiştirmiştir⁵⁶. Bu ifşanın ardından Avusturyalı bir Facebook kullanıcısı ve hukuk öğrencisi olan Max Schrems tarafından Facebook'un Avrupa Birliği vatandaşı kullanıcıların kişisel verilerini toplaması nedeniyle yapılan şikâyet sonucu verilen “*Schrems Kararı*”⁵⁷ bu açıdan önemli olup; Divan'ın yaklaşımını göstermektedir. Söz konusu kararda AB vatandaşlarının kişisel verilerinin ABD’de bulunan sunuculara aktarılması, ABD hukuk kurallarına bakıldığında tehlikeli sonuçlara yol açabileceğine kanaat getirilmiş ve AB ile ABD arasındaki mevcut Güvenli Liman Antlaşması'nın geçersizliği ilan edilmiştir⁵⁸. Mahkemenin vermiş olduğu karar sonucu kişisel veri transfer stratejilerinin gözden geçirilmesi gerektiği ve bu kapsamda yeni çalışmalara ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır⁶⁰.

Mevcut düzenlemelerin eski ve yetersiz kaldığına diğer bir örnek “*İrlanda Dijital Haklar Kararı*”dır⁶⁰. Uyuşmazlık, Dijital Haklar İrlanda isimli bir şirket ile ülke içerisindeki kuruluşlar arasında yaşanmış; 2006/24/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nin özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması gibi temel hak ve özgürlüklere orantısız bir biçimde müdahale ettiği iddia edilmiştir. Zira Direktif sabit, mobil veya internet telefonu ile yapılan iletişimlerde kullanıcı bilgileri, iletişim bilgileri ve iletişim sıklığı gibi bilgilerin ciddi suçların önlenmesi amacıyla altı aydan iki yıla kadar tutulmasına ve ülkelerin yetkili makamlarınca bu verilere erişmesine imkân tanımaktaydı. Ancak söz konusu veri saklama ve bu verilere erişme faaliyetleri suç şüphesi bulunmaksızın da yapılabilmekteydi. Ayrıca verileri tutulan kişilere bu konuda herhangi bir bildirim de yapılmamaktaydı. Mahkeme, Direktif'in yetkili mercilere verdiği bu erişim hakkının hiçbir kritere dayanmaması ve bu durumun yapılan sınırlamanın meşruluğuna zarar verdiği ve hiçbir etkin koruma sağlamadığı gerekçesiyle ilgili Direktif'in iptaline karar vermiştir⁶¹.

GDPR'ın 142. maddesinin gerekçesine göre; bireysel veri sahibi Tüzük tarafından korunan bir hakkının ihlal edildiğini düşünürse, bir üye devletinin kanunlarına uygun olarak oluşturulmuş, kamu yararını ilgilendiren amaçlara sahip, kişisel verileri koruma alanında düzenleyici otorite olarak başvuru

56 Akıncı, s. 11.

57 Kararın tamamı için bakınız: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0362>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

58 ABD ile Avrupa Birliği arasındaki kişisel verilerin işlenmesi ve saklanması alanında yaşanan sorunların tarihçesi için bkz: Lambert, s. 5 – 22.

59 Lambert, s. 365 – 368.

60 Kararın tamamı için bakınız: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=612496>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

61 Lambert, s. 484 – 485.

kişilerin yerine şikayette bulunmaya yetkili ve veri sahiplerinin kanun yollarına başvurma hakkını onlar adına kullanabilen veya üye devlet hukukunda düzenlenmişse, veri sahibi adına tazminat almaya yetkili, kar amacı gütmeyen organizasyon, kuruluş veya kurumları zorlama hakkına sahiptir. Bir üye devlet, bireysel veri sahibinin talebinden bağımsız olarak yukarıda sayılan bu kurum, kuruluş veya organizasyonların şikayet ileri sürebilme ve kişisel verilerin GDPR'a aykırı olarak işlenmesinin sonucunda kişisel veri sahibinin haklarının zedelendiği durumlarda onlar adına kanun yoluna başvurma hakkına sahip olmasını temin edebilir. Bu kurum, kuruluş veya organizasyonların, veri sahiplerinin talimatı olmaksızın bu kişiler adına tazminat talep edebilmesine üye devlet tarafından izin verilemez. Hem ulusal hem de ulusal üstü düzeyde veri koruma ve gizlilik gruplarının arttığı görülmektedir. Gerçekten de Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Veri Saklama Direktifi'nin ilga olması hakkındaki davası, bu tarz bir grup tarafından üstlenilmiştir⁶².

Yaşanan somut gelişmeler ve ABAD tarafından verilen kararlar göz önüne alındığında mevcut düzenlemelerin yetersiz kaldığı ve Avrupa Birliği'ne üye ülkeler için tamamen bağlayıcılığı olan, olduğu gibi uygulanması gereken ve dolayısıyla üye devletler arasında farklı uygulamalara yol açmayan yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacından hareketle çalışmalara başlanmıştır.

Nihayet Avrupa Parlamentosu tarafından 24 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe girmek üzere "*Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation-GDPR)*" onaylanmıştır. Regülasyon iki yıllık bir süre belirlemiş ve uygulama tarihi 25 Mayıs 2018 olarak öngörülmüştür⁶³.

İlk olarak bu kez düzenleme yapma yolu olarak neden direktif değil de, tüzük tercih edildiği Avrupa Birliği'nin Tüzükten ne beklediğini anlamak adına önemlidir. Avrupa Birliği bu soruyu tüzüğün bağlayıcılığı olan bir düzenleme olmasıyla ilişkilendirerek açıklıyor. Buna göre Direktif, yalnızca ulaşılması gereken temel bir hedefi ortaya koymuş ve bu hedefin nasıl gerçekleştirileceği ülkelerin kendi içyapı ve iradesine bırakılmışken; Tüzüğün bütün Avrupa Birliği'nde tamamen uygulanması öngörülmüştür. Dolayısıyla uygulama tarihi itibarıyla bütün Avrupa ülkelerinin Tüzük ile tamamen uyumlu hale gelmesi, Tüzük ile aykırı düzenleme ve uygulamalara yer vermemesi beklenmektedir. Zira Direktif'ten ayrılması istenen esas nokta ülkeler için tamamen bağlayıcı nitelikte olmasıdır. Ayrıca bu Tüzük, Avrupa ve ötesinde veri koruma rejimini değiştirmekte ve daha kapsamlı bir hale getirmektedir⁶⁴.

62 Lambert, s. 424 – 425.

63 <https://www.eugdpr.org/eugdpr.org.html>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

Bu bağlamda Tüzük, Direktifin aksine ilgili olduğu alanlara uygulanabil-mek için üye ülkelerin önlemler almasını gerektirmemektedir. Veri korumaya ilişkin kuralların tüm üye devletlerde yeknesak şekilde uygulanabilmesi için GDPR'dan, daha fazla hukuki belirlilik getirmesi ve kişisel verilerin serbestçe aktarılmasının önündeki olası engelleri kaldırması beklenmektedir⁶⁵.

Tüzüğün Avrupa Birliği'nde yaşayan nüfusu temsil eden Avrupa Parlamen-tosu tarafından onaylanmış olması, sadece Avrupa Birliği ülkeleri ve vatandaş-larını mı kapsamı altına aldığı sorusunu akıllara getirmektedir. Avrupa Birliği, Tüzüğün kapsamını üye ülkelerden daha geniş tutmaktadır. Avrupa Birliği'nde ikamet eden, ürün, hizmet veya denetim gibi herhangi bir nedenle Birliğe üye ülkelerden geçen kişisel verilerin Birliğe üye olmayan ülkelerle temas içerisin-de olması halinde; Tüzük, o ülkeler için de bağlayıcı nitelikte olacaktır. Böylece Avrupa Birliği ile ilişkili verilerin, kişisel verilerin korunması hakkının düzen-lenmediği veya eksik veya dar bir koruma sağlandığı ülkeler açısından da gü-vence altına alınması amaçlanmıştır⁶⁶.

Avrupa Birliği'nde ikamet eden verilerden anlaşılması gereken; Avrupa Birliği vatandaşlarına ait kişisel veriler ve vatandaş olmasalar da Birliğe üye ülkelerle temas içerisinde bulunan kişisel verilerin olması gerektiğini düşü-nüyorum. Bu noktada coğrafi konumun herhangi bir önemi yoktur. Örneğin; Birliğe üye olmayan Türk vatandaşlarının ve Türk hukukuna göre kurulmuş ve faaliyet gösteren tüzel kişilerin, Avrupa Birliği ülkesi Almanya ile yaptığı eko-nomik ilişkilerde, ticaret yapanın ticaret merkezi ve coğrafi konumu Türkiye olsa bile bu ilişki kapsamında Almanya ile temas içerisinde olan her türlü ki-şisel veri Tüzük kapsamında sayılacaktır. Dolayısıyla böyle bir örnekte Tüzük, Türkiye'de veri işleyen kişi için de bağlayıcı olacaktır ve bu kişi, Tüzüğe uyumlu hareket etmek zorunda olup; buna aykırı uygulamaları kabul görmeyecektir⁶⁷.

GDPR tarafından getirilen yükümlülükleri ihlal etmek ciddi yaptırımlara bağlanmıştır. Buna göre ihlali gerçekleştiren kuruluşlara üst sınırı yıllık ciro-nun %4'ü veya 20 milyon Euro olmak üzere para cezaları verilecektir. Bu üst sınır veriyi işlemek için veri sahibinden yeterli izin alınmaması gibi ciddi ihlal-lerde söz konusu olacaktır. Kuruluşun karının değil; cirosunun dikkate alınarak, bunun üzerinden yüzdesel bir ceza oranı öngörülmesi AB'nin konuya gös-terdiği önem ve yeni kuralların uygulanmasında ciddi olacağını işaret etmesi bakımından dikkat çekicidir⁶⁸.

64 Lambert, s. 101.

65 Voigt, von dem Bussche, s. 2.

66 Lambert, s. 165 – 167.

67 Lambert, s. 167.

Avrupa Birliği vatandaşlarını 1995 yılından bu yana artan veri ihlallerinden koruma amacıyla hareket eden GDPR ile getirilen temel değişiklik ve yenilikler şöyle sıralanabilir⁶⁹:

Bölgesel kapsamın artması (Avrupa Birliği dışındaki ülkelere de uygulanabilirlik): GDPR ile öngörülen ve beklenen en büyük değişiklik yukarıda da açıkladığım üzere hükümlerinin Avrupa Birliği dışındaki ülkelere de uygulanabilir olmasıdır. Kişisel verinin Avrupa Birliği ülkelerinden özellikle ekonomik ve ticari ilişkiler kapsamında geçmesi veya AB vatandaşlarına ilişkin olması halinde; bu veriler, coğrafi konum fark etmeksizin GDPR hükümlerinin korumalarından faydalanabilecektir⁷⁰.

Yaptırımlar: GDPR ile getirilen hükümlerin ihlal edilmesi halinde öngörülen yaptırım türleri Tüzüğün getirdiği diğer bir önemli yeniliktir.

Veri sahibinin rızası: Tüzük ile kişisel verisi işlenecek olan veri sahibinden alınması gereken rıza için öngörülen şartların kuvvetlendirilmiş olması da kişisel verilerin korunması hakkı açısından önemlidir.

GDPR ile kişisel veri sahibinin hakları açısından yapılan temel değişiklikler ise aşağıdaki gibidir:

İhlal bildirimi: Tüzük, veri işleme faaliyetleri dolayısıyla veri ihlallerinin olması ve bu ihlallerin veri sahibi açısından risk oluşturması halinde bu risklerin üye ülkeler tarafından riskin öğrenildiği andan itibaren 72 saat içerisinde bildirilmesi gerektiğini öngörmüştür. Ayrıca veri işleyenler, ihlalden doğan riski fark ettiği an itibarıyla belirli bir süre öngörülmezsizin gecikme olmadan bu durumu veri sahibi ve veri sorumlularına bildirmelidir.

68 Lambert, s. 251 – 261; Voigt, von dem Bussche, s. 210 – 211.

68 <https://www.eugdpr.org/key-changes.html>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

69 GDPR'ın getirdiği en önemli yeniliklerden biri budur. GDPR bir AB düzenlemesi olmasına rağmen, bunun coğrafi kapsamı AB üyesi ülkelerin sınırlarında sonlanmamaktadır. Çok uluslu şirketlerin ve sınır aşan veri aktarımlarının söz konusu olduğu küresel bir ekonominin söz konusu olduğu günümüzde, GDPR'ın oluşturulması aşamasında uluslararası bakış açısı bu bağlamda dikkate alınmıştır. Tüzüğün uluslararası uygulaması, bireylerin mahremiyetini kapsamlı bir biçimde sağlanmasını ve AB içindeki ticari rekabetin adilane olmasını garanti etmektedir. Bunun yanı sıra, GDPR'ın bu özelliği sayesinde AB üyesi ülkelerde kişisel verilerin korunması alanındaki farklı standartlardaki bulunması sayesinde yargılamada en lehe kararı verebilecek olan yetkili mahkeme seçimi olgusu da (forum shopping) önlenecektir. Böylelikle şirketlerin, işlerine bağlı olarak (diğer faktörlerin yanında), en düşük düzeyde ulusal kişisel veri koruma kuralları bulunan ülkeyi seçmeleri de önlenecektir. Böylelikle, AB mevzuatı özellikle geniş bir coğrafi alanda uygulamayı düzenlemektedir. Bölgesel bir bakış açısıyla, veri sorumlusu ile veri işleyen arasında bir ayırım yapmamakta ve her ikisi için de aynı coğrafi uygulama kuralını getirmektedir. Aslında GDPR temel olarak şu iki durumda uygulanacaktır: - AB içinde yer alan bir veri sorumlusu ya da veri işleyen kişisel verileri işlemesi veya - AB içinde yer alan bireylerin kişisel ferilerinin, AB dışında bulunan bir veri sorumlusu ya da veri işleyeni tarafından işlenmesi. Voigt, von dem Bussche, s. 22.

Erişim hakkı: Buna göre Tüzük tarafından veri sahibine getirilen yeni haklar kapsamında, veri sahibinin verisinin işlenip işlenmediğini, eğer işleniyorsa hangi amaçlarla işlendiğine erişme hakkı vardır. Veri sorumlusu bu talebe karşılık ücretsiz olarak ilgili verinin elektronik ortamda alınan kopyasını veri sahibine vermelidir. Bu değişikliğin veri sahibinin kuvvetlendirilmesi açısından köklü bir yenilik olduğunu söylemek mümkündür.

Unutulma hakkı: Veri silinmesi olarak da bilinen unutulma hakkı veri sahibine kişisel verisinin silinmesi, kişisel verisinin yayınlanmasının ve potansiyel üçüncü kişilere aktarılmasının önlenmesini talep etme hakkı verir.

Veri taşınabilirliği: Bir veri sahibinin daha önceden sunduğu kendisiyle ilgili yaygın kullanılan ve bir bilişim sistemi tarafından okunabilen formattaki verilerini alma ve başka bir veri sorumlusuna aktarma hakkını anlatır.

Tasarımdan itibaren veri mahremiyeti (Privacy by Design): Tasarımdan itibaren veri koruma ve veri mahremiyeti ilkesi uzun yıllardır esasen var olmakla birlikte; ilk kez GDPR ile yasal olarak düzenlenmiştir. Bu kavram ile veri sorumlusunun gerekli teknik ve organizasyonel önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre veri kontrolörü belli bir politika oluşturarak tasarımdan itibaren veri koruması ve veri mahremiyetin sağlanmasını gerçekleştirmek amacıyla gerekli tedbirleri almalıdır.

Veri Koruma Görevlileri (DPO): GDPR, veri sorumluları veya veri işleyenlerinin çeşitli hallerde veri koruma görevlisi olarak atanması gerektiğini öngörmüştür. Bu haller; veri sorumlusu veya veri işleyenin asıl faaliyetinin verinin düzenli ve sistematik bir biçimde denetlenmesini gerektirmesi, asıl faaliyetlerinin özel nitelikli verileri veya ceza mahkumiyeti ve suç konusuna ilişkin verilerinin işlenmesini gerektirmesi durumunda söz konusu olur.

Atanan veri koruma görevlileri profesyonel niteliklere sahip, özel ve kişisel verilerin korunması konusunda uzman olması gerekir. Bu kişiler mevcut personellerden seçilebilir veya alternatif bir hizmet sağlayıcısı olabilir. Ayrıca konuyla ilgili gerekli iletişim bilgileri ile gerekli kaynak kendisine sağlanmalıdır.

Veri koruma görevlileri yerine getirdikleri görevleri raporlayarak yönetimin en üst birimine sunar. Bu noktada bir diğer önemli husus bu görevlilerin menfaat çatışması sonucunu doğuracak işlem ve hizmetleri yapmaması gerektiğidir⁷¹.

Günümüzün gelişen ve artan ihtiyaçlarını daha iyi karşılayabilmek adına düzenlenmiş bulunan GDPR, henüz uygulanmış olmamakla beraber bu ko-

71 Lambert, s. 102 – 103.

nuda beklentiler oldukça yüksek. Zira veri gizliliğinde son 20 yılın en önemli değişikliği olduğu iddia edilmekte. Yukarıda detaylı bir biçimde açıkladığım üzere Tüzük ile beraber var olan birçok düzenleme değiştirilmiş ayrıca yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Bu konuda Türkiye'nin oldukça geride kaldığını söylemeliyim. 95/46/EC sayılı Direktif'in büyük ölçüde baz alınmasıyla hazırlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bir ay gibi bir süre sonra Tüzük onaylanmış ve Avrupa yeni bir düzenlemeye hazırlanmaya başlamıştır. Türkiye'de ise halihazırda bulunan düzenlemelere bile henüz uyum sağlanamamakla birlikte yakın bir zamanda sağlanabilecek bir ortam da mevcut değildir.

D. Ulusal Düzenlemeler

1. 1982 Anayasası

Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle beraber küresel bilgi akışının bu denli yoğunlaşması kişisel verilerin korunması hakkı üzerinde gerçekleştirilen çalışmalarını arttırmış ve hızlandırmıştır. Kişinin verilerinin haksız kullanımlara konu olması ve bu veriler üzerinde doğabilecek olası ihlallerin artması ve çeşitlenmesi ile ülkeler kişisel verilerin korunması hakkını kapsamlı bir biçimde düzenlemekle beraber bu hakkın en üst yasal korumadan faydalanmasını sağlamaya çalışmıştır.

Kişisel verilerin korunması ilk olarak Avrupa ülkelerinde gündeme gelmiş ve bu ülkeler tarafından bir hak olarak tanınmıştır. Şüphesiz bu önceliğin başlıca nedenleri söz konusu ülkelerin Türkiye'ye nazaran daha gelişmiş bir teknoloji ve hukuk yapısına sahip olmasıdır. Zira kişisel verilerin korunması bir ihtiyaç şeklinde gündeme gelmiş olup; bu ihtiyaç ilk olarak ihlallerin arttığı dolayısıyla da teknolojinin daha gelişmiş olduğu ülkelerde ortaya çıkmıştır.

Türkiye, Avrupa Konseyi 108 sayılı Sözleşmeyi ilk imzalayan ülkelerden olmasına rağmen bundan sonra uzun bir süre konuyla ilgili somut adımlar atamamıştır. Ancak zamanla bireylerin temel hak ve özgürlüklerin tehlike altında olması nedeniyle kişisel verilerin korunması ihtiyacının doğması ve Avrupa ülkeleri ilişkilerin gelişmesi bu alanda düzenleme yapmayı şart kılmıştır.

Normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasa hükümleri altta yer alan diğer bütün düzenlemeler açısından bağlayıcı nitelikte olup; bu düzenlemelerin Anayasada belirtilen hususlara aykırı hüküm içermesi mümkün değildir. Dolayısıyla Anayasa hükümleriyle koruma altına alınan temel hak ve özgürlükler en yüksek güvenceye sahiptir. Bu durum, ihlal edilmesi halinde ağır sonuçların meydana geleceği ve üst seviye bir korumaya ihtiyaç duyan temel insan hakları ile temel hak ve özgürlüklerin Anayasa ile korunması gerekliliği

sonucunu doğurmuştur.

1982 Anayasasının “Kişinin Hak ve Ödevleri”nin düzenlendiği 2. kısmının “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesinde özel hayat ve aile hayatı kişinin temel haklardan sayılmıştır. Ancak modern toplumun ve teknolojik gelişmelerin temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi kolaylaştırması diğer bütün hukuki düzenlemelerde olduğu gibi Anayasa’da da bu konuda yeni düzenlemeler yapılmasını zorunlu hale getirmiştir.

7 Mayıs 2010 tarihli 5982 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle Anayasanın 20. maddesine eklenen ek fıkraya göre:

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Ek fıkranın gerekçesi, Anayasa’da kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunmakla birlikte yeterli olmadığı, mukayeseli hukukta ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunmasının önemle vurgulandığı ve maddeyle herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının anayasal bir hak olarak teminat altına alındığı şeklinde açıklanmıştır.

Böylece kişisel verilerin korunması hakkı özel hayatın gizliliği başlığı altında düzenlenmiş olsa da temel insan hakları kapsamında anayasal güvenceye bağlanmıştır. Kişisel verilerin korunması hakkının altında, veri sahibinin bilgilendirilme, verilere erişme, verilerin hatalı olması halinde düzeltilmesini isteme, gerektiğinde silinmesini talep etme ve hangi amaçlarla kullanıldığını öğrenme hakkına yer verilmiştir. Bunun yanında işleme şartları da belirtilmiştir. Bu şekilde kişisel verilerin korunması hakkı genel hatları itibarıyla belirtilip; bu hakka ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılacağı öngörülerek bireylerin kişisel verileri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında kişisel verilerin korunması hakkı dayanak yapıp; bu hak temel hak ve hürriyetler kapsamında değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin 2 Kasım 2016 tarihli bir kararında⁷²; “*Kişisel verilerin korunması hakkı, insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini*

72 E. 2015/61 K. 2016/172.

kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlanmaktadır.” denilerek insan onuru kavramına dikkat çekilmiştir. Zira insan onuru kavramı insan hakları ile ilişkili olup insan haklarının temeli ve insanı insan yapan onu diğer canlılardan ayıran evrensel bir öz değer olarak kabul edilir⁷³. Ayrıca bazı hallerde kişisel verilerin korunmasına sınırlama getirilebileceği ancak getirilen sınırlamaların Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalarla getirilen güvencelere uygun olması gerektiğinin altı çizilmiştir. Böylelikle kişisel verilerin korunmasının sınırlandırılması da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile aynı ölçütlere bağlanarak kişisel verilerin korunması hakkı temel hak ve özgürlükler kapsamında anılmıştır.

Bu noktada yalnızca Anayasada yer alan kişisel verilerin korunması hakkı ile ilgili düzenlemelere değinip; aşağıda Anayasa Mahkemesi kararları ışığında kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği ile olan ilişkisi, temel hak ve özgürlükler ve insan haklarından olup olmadığı sorununu ele alarak; konuyu, Mahkemenin kanaat ve yaklaşımı kapsamında detaylı bir biçimde inceleyeceğim.

2. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Günümüzde kişisel verilerin gerek özel sektör gerekse kamu sektörü tarafından özellikle bilişim sistemleri üzerinden sıkça kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Bu kullanım bireyler ile mal ve hizmet sunanlar bakımından bazı kolaylıklar sağlasa da, söz konusu bilgilerin istismar edilme riskini de beraberinde getirmektedir. Bireylere ait verilerin yetkisiz kişiler tarafından elde edilmesi, kullanılması ve ifşa edilmesi veya yetki sahibi olunmasına karşılık bu yetkinin aşılması, belirli bir süreyle sınırlanan yetkinin süre bitiminde dahi kullanılmaya devam edilmesi gibi tehlikelerin yaşanması muhtemeldir. Söz konusu kullanımlar ise gerek taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve gerekse Anayasada koruma altına alınan başta kişisel verilerin korunması hakkı olmak üzere diğer temel insan haklarının ihlalini oluşturur.

Buna karşın bilgi çağı olarak da adlandırdığımız günümüz dünyasında veri olmadan sağlıktan hukuka, ticaretten bütün ekonomik faaliyetlere kadar hiç bir sürecin işleyemeyeceği kabul edilmelidir. Veri almadan, vermeden veya işlemeden adeta adım atılması imkânsız hale gelmiştir. Sağlık kuruluşlarının hasta verilerini tutmadan bugün olduğu gibi işlemesi, işverenin iş başvurularında kişisel veri almadan işe alım yapması, tüzel kişiler aracılığıyla ekonomik faaliyetlerin yürütülmesi halinde dahi gerçek kişilere ait veriler kullanılmadan bu faaliyetlerin devam edebilmesi mümkün değildir. Bu örnekler çoğaltılabil-

73 Kahan Onur Arslan, “İnsan Onuru ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 120, 2015, s. 156 – 157.

mekle birlikte burada varmamız gereken temel sonuç; kişisel veriler olmadan gündelik yaşamın devam edemeyeceğidir. Zira kişisel verilerin tutulması veya işlenmesi yalnızca veri işleyen değil; çoğunlukla veri sahibinin de menfaatinidir. Öyleyse kişisel verilerin hayatımızın bir parçası haline geldiği ve bu verilerin kullanılması zorunluluğunun doğduğu konusunda şüphe yoktur.

Günümüz şartlarında kişisel veri kullanılması ihtiyacı noktasında herhangi bir tartışma bulunmadığına göre, buradaki temel sorun bu kullanımın nasıl ve ne yolla yapılacağıdır. Hangi durumlarda hem veri işleyen hem veri sahibinin menfaatinin korunacağı, kişisel veri sahibinin hakkının hangi hallerde sınırlandırılmayacağı veya bu hakka istisna getirilip getirilemeyeceği, getirilecekse ne zaman ve nasıl getirileceği gibi bütün bu hususların belirlenmesi gerekir. Bu nedenle kişisel verilerin tutulması ve işlenmesi gerekliliği ile kişisel veri sahibinin kişisel verilerinin korunması hakkı karşı karşıya olup; bu iki menfaat arasında makul bir dengenin oluşturulması nedeniyle konuyla ilgili düzenleme yapılması zorunlu hale gelmiştir.

Ülkemizde kişisel verilerin korunması hukukunun oluşması sürecinde esasen ilk ve en önemli adım 7 Nisan 2016 tarihinde 6698 sayılı Kanun numarasıyla yürürlüğe giren “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*” ile atılmıştır. Kanun’a duyulan ihtiyaç Kanun tasarısı gerekçe metninden de yola çıkılarak maddeler halinde şu şekilde sıralanabilir:

- İnsan haklarının korunması bilincinin gelişmesine paralel olarak kişisel verilerin korunmasının da öneminin artması,
- Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin alımı bütüncül olarak düzenleyen özel bir kanun ve etkin bir denetim mekanizmasının bulunmaması,
- TCK’nın 135 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan suçlara karşılık özel bir kanunun bulunmaması sebebiyle, bu fiillerin ne zaman hukuka aykırı ne zaman hukuka uygun olduğunun belirlenmesinde tereddütlerin yaşanması,
- Avrupa Birliği’ne tam üyelik sürecinde gerçekleştirilen müzakere fasıllarının ilerleyebilmesi,
- Kişisel verilere ilişkin kanuni bir düzenleme olmaması sebebiyle, polis birimleri arasında etkin bir işbirliğini hayata geçiren EUROPOL ile Türkiye güvenlik birimleri arasında işbirliği anlaşmasının yapılamaması,
- Sağlık kuruluşlarında çok sayıda özel nitelikli kişisel veri tutulmasına rağmen, bunun hukuki bir dayanağının bulunmaması,
- Türkiye’de yaşayan yabancılar ile yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları bakımından veri paylaşımında sorunlar yaşanması,

- Türkiye'nin 2003 Ulusal Programında kişisel veriler konusunda kanun hazırlamayı taahhüt etmesi,
- Ekonomik alanda, yabancı sermayenin Türkiye'de yatırım yapması ve bu yatırımların etkin bir biçimde yürütülebilmesi için ihtiyaç duyulan veri aktarımının gerçekleştirilememesi,
- Türkiye'nin kişisel verilerin korunması konulu uluslararası birçok düzenlemeye taraf olması ve bu konuyu iç hukukunda düzenlemesi gerektiği.

Görüldüğü üzere birçok farklı alanda tutulan ve işlenen verilerin herhangi bir kanuna dayanmaması ve uluslararası alanda veri paylaşımı noktasında sorun ve belirsizliklerin yaşanması, dolayısıyla da insan haklarının tehlike altında olması bu alanda kanun yapma yoluna gidilmesini şart kılmıştır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu büyük ölçüde, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerinin kişisel verilerin korunması mevzuatına uyum sağlamak üzere yürürlüğe koyduğu ve yukarıda bahsetmiş olduğum 96/46/EC sayılı Direktif baz alınarak hazırlanmıştır. Bununla beraber kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek amacıyla yürürlüğe giren Kanun, söz konusu kanuni boşluğu gidermiş olması bakımından son derece önemlidir.

Gereğince yetkisiz kullanımın temel hakların ihlalinin oluşturacağını belirtmesi, bu alanın insan haklarının korunmasına paralel olarak geliştiğinin ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacının altının çizilmiş olmasına rağmen Kanun metninde ayrı bir kişisel verilerin korunması hakkından bahsedilmemesi bazı soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir. Zira kişisel verilerin korunmasının tek başına bir hak olmayıp; temel hak ve özgürlüklerin sağlanması için dolaylı bir koruma sağladığı gibi bir algı oluşabilmektedir. Oysa bu hakkın daha etkin bir biçimde güvence altına alınması için açıkça özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşmenin gizliliği gibi temelinde benzer hukuki korumayı hedefleyen haklardan ayrı bir hak olarak düzenlenmeli ve kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında sayılmalıdır.

III. Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İnsan Hakkı Olup Olmadığı Tartışması

A. İnsan Hakları Kavramı

Uluslararası alanda insan haklarının korunması anlamında ilk ve en kapsamlı düzenlemeyi oluşturan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre, insan hakları, ırkı, cinsiyeti, milliyeti, etnik kökeni, dili, dini veya herhangi başka bir durumunu gözetilmeksizin doğuştan her insanın sahip olduğu haklardır. Bu

haklar, yaşama ve seyahat hakkı, işkence ve kötü muamele görmeme hakkı, fikir ve düşünce özgürlüğü, çalışma ve eğitim alma hakkı gibi çok sayıda hak ve özgürlüğü kapsamaktadır. Herkesin bu haklar ve özgürlüklerden ayrımcılık yapılmadan yararlanma hakkı vardır⁷⁴.

İnsan haklarının temelini oluşturan ve insan haklarından neleri anlamamız gerektiği konusunda yol gösterici olan çeşitli düzenleme ve kararlar mevcuttur. Bu noktada ilk ve en önemli Anayasal düzenleme sayılan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına değinmek gerekir. Yasanın “devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı 5. maddesine göre; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak bu amaç ve görevler arasında yer alır. Konuyla ilgili 3/10/2013 tarihli, 2012/103 E. ve 2013/105 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla; kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesinin saygı duyulması gereken bir hak olduğu kadar, devletin pozitif edimleri ile yaşama geçirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu ve Anayasanın söz konusu hakkın sınırlanmasını değil; gerçekleştirilmesini hukuksal bir varsayım olarak kabul ettiği belirtilmiştir.

Bütün hak ve hürriyetlerin temelinde kişinin maddi ve manevi varlığını güçlendirmeye yönelik olması bu hakkın insan haklarının en üst basamağında yer almasını sağlamaktadır. Zira kişinin maddi ve manevi varlığını güçlendirme hakkı diğer bütün insan haklarının varlık nedenini oluşturur.

Kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesinin ölçütünü ise insan onuru oluşturmaktadır. Bunun nedeni insanın, kişiliğinin koruyup geliştirmesi için insan onuruna layık bir şekilde var olabilmesinin gerekli olmasıdır⁷⁵. İnsan onuru kavramının yerleşmiş ve üzerinde anlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Kaldı ki belli bir tanıma sığdırabilmek ve sınırlarını net bir biçimde çizip kapsamını belirlemek de mümkün değildir. Anayasa Mahkemesine göre insan onuru; insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınması ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşülerek yapılan muamele ona muhatap olan insanı, insan olmaktan çıkarır⁷⁶.

Birleşmiş Millet İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'ne dayanan Federal Alman Anayasasının 1. maddesinde; insan onurunun dokunulmaz olduğu ve insan onuruna saygılı davranma

74 International Human Rights Law, <http://www.un.org/en/sections/issues-depth/human-rights/>, (Erişim Tarihi: 02.05.2018).

75 Ali Tarık Gümüş, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma Geliştirme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005, s. 139.

76 E. 1963/132, K. 1966/29.

ve onu korumanın Devletin görevi olduğu; 2. maddesinde ise; herkesin başkalarının haklarına zarar vermedikçe kişiliğini geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre; insan onuru, insanın kişilik değerini ve bağımsızlığını kapsamaktadır⁷⁷.

Böylece gerek Türk Anayasası ve gerekse Federal Alman Yasası, kişinin maddi ve manevi haklarının geliştirilmesi ve korunmasının insan onuruna saygı ile gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir. Nitekim Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin bir kararında, bilgilerin geleceğini belirleme hakkının, anayasal temelini kişiliğin özgürce geliştirilmesi ile insan onuruna bağlı olduğu belirtilmiştir.

İnsan onurunun sağlanabilmesi ve korunması için de temel insan hakları vazgeçilmez niteliktedir. Ancak insan haklarının korunması onurlu bir yaşamı mümkün kılar. Buna göre kişinin bedensel ve ruhsal varlığından kaynaklanan ve sırf insan olması itibarıyla doğuştan sahip olduğu haklara insan hakları denilir. Din, dil, ırk fark etmeksizin herkesin sahip olması niteliğinden dolayı oldukça geniş bir kavramdır. İnsan hakları terimi esas olarak bir ideali içerir. Yani bu alanda olanı değil, olması gerekeni dile getirir⁷⁸. Böylece insan haklarının yalnızca hukuk düzeni tarafından tanındığı haklar anlamına gelmediği söylenebilir. İnsan onuruna saygı ilkesinin sağlanması ve korunması için insana tanınması gereken bütün haklar temel insan hakları olarak sayılmalıdır.

Öte yandan temel hak ve özgürlükler kavramına da değinmek gerekir. İnsan haklarının belirlenmesinde pozitif hukuk düzenlemeleri diğer hukuk disiplinleri kadar önemli değildir. İnsana sırf insan olmasından dolayı tanınması gereken bütün haklar bu kapsamda sayılabilecekken; hukuk normları ile korunan kısmı temel hak ve özgürlükler olarak adlandırılır. Zira genel olarak eş anlamlı olarak kullanılsa da temel hak ve özgürlükler kamu hürriyetleri karşılığında kullanılır ve insan haklarının pozitif hukuk tarafından tanınmış olan kısmını ifade eder.

İnsan haklarının evrensel olarak tanınması ve korunması amacıyla düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin en kapsamlı korumaya sahip düzenlemeleri içerir. Sözleşmenin üye ülkeler için önemi ve bağlayıcılığı bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sözleşmede düzenlenen hakların ülkelerin iç hukukuna alınması gerektiği yönünde kararları mevcuttur. Bununla beraber ulusal bir mahkemenin olayları incelerken ya da yasaları uygularken AİHS'nin koruma altına aldığı hak ve öz-

77 Zafer Gören, "Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", *Anayasa Dergisi*, Sayı: 9, 1992, s. 167.

78 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2004, s. 146 – 147.

gürlükler ihlal edilmediği sürece, ülkelerin kendi iç hukukunun esas alınması gerekir⁷⁹.

B. Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İnsan Hakları İçerisindeki Yeri

İnsan hakları, temel hak ve özgürlükler ile kişisel veri kavramlarının neyi ifade ettiği yönündeki açıklamalardan sonra kişisel verilerin insan hakları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine bakılması gerekir.

Öncelikle kişisel verilerin de tıpkı insan hakları gibi insanın insan olmasından kaynaklı sahip olduğu ve onu belirleyebilecek her türlü bilgiyi / veriyi tanımladığını tekrar belirtmeliyim. Öyleyse kişisel verilerin varlığı da insan hakları ile paralellik oluşturur. Zira kişisel verilerin gündeme gelmesindeki en büyük pay teknolojik gelişmelerle beraber kişisel verilerin dijital ortamlarda kolaylıkla sağlanması olsa da; kişisel verilerden bahsedebilmek için mutlaka bunların bir bilişim sisteminde kayıtlı olması gerekli değildir. İşte bu nedenle insanın var olduğu her dönemde kendisine ait verilerin de olduğu buradan çıkan doğal bir sonuçtur. Nitekim Danıştay 10. Dairesi'nin 26 Mayıs 2015 tarihli bir kararında⁸⁰; kişisel verilerin korunması konusunun insan hakları kavramı ve insan haklarının korunması alanında yaşanan gelişmelere paralel bir değişim gösterdiğinin altı çizilerek kişisel veriler ile insan hakları kavramlarının tarihsel süreç bazında değerlendirilmesi söz konusu olmuştur.

Konuyla ilgili uluslararası ve ulusal düzenlemelere baktığımızda çalışmaların çok eski yıllardan itibaren başladığı söylenebilir. İlk zamanlarda daha çok kişi temel hak ve özgürlüklerinden sayılan “özel hayatın gizliliği” veya “özel ve aile hayatına saygı” başlıkları altında düzenlense de son yapılan düzenlemelerde bu anlayıştan biraz daha uzaklaştığı ve bu konuda önemli ölçüde gelişme yaşandığı görülmektedir. Kaldı ki bu husus, kişisel verilerin korunması hakkının ilişkili olduğu diğer haklardan ayrı bir hak olup olmadığı noktasındaki tartışmayı ilgilendirir. Zira ilgili mevzuatlarda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı özel hayatın gizliliği kapsamında düzenlense de bu söz konusu hakkın insan hakkı olarak değerlendirilmesine engel değildir.

Temel amacı insan hakları bilincini geliştirmek, temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasını teşvik etmek ve vatandaşların bu haklardan faydalanmasını sağlamak olan OECD, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi kuruluşların düzenlemelerinde kişisel verilerin korunması hakkına yer vermiş

79 Örnek kararlar için bakınız: Waite ve Kennedy v. Almanya: Başvuru No: 26083/94, Karar Tarihi: 24/02/1997; Streletz, Kessler ve Krenz v. Almanya: Başvuru No: 34044/96, 35532/97, 44801/98, Karar Tarihi: 22/03/2001.

80 E. 2011/7001 K. 2015/2573.

olması, bu hakkın insan hakkı sayıldığı yönündeki düşünceleri güçlendirmektedir. Ayrıca söz konusu kuruluşlar tarafından kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliği altında düzenlenmiş olsa da, konuyla ilgili kararlarında özel hayat kavramının dar yorumlanmaması gerektiği, kişisel verilerin de kişinin sahip olduğu ve korunması gereken temel haklarından olduğu net bir biçimde ortaya konulmuştur.

Bunun yanında konunun, ülkemiz Anayasasında temel hak ve hürriyetler başlığı altında 2010 yılında yapılan bir değişiklik ile yer bulması aslında kişisel verilerin korunması hakkının temel bir hak olup olmadığı tartışmalarını ortadan kaldırmaktadır.

Kişisel verilerin korunmasından anlaşılması gerekenin, verilerin korunması yoluyla veri sahibinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması olması gerektiğini düşünmekteyim. Zira söz konusu hakkın ortaya çıkışı zaten devletin gözetim ve denetim yetkisi ve yaşanan teknolojik gelişmelerle beraber bu konuda oluşabilecek olası ihlallere engel olunması gerekliliğine dayanmaktadır. Dolayısıyla veri güvenliği aslında dolaylı amaçtır. Esas olan bireyin sahibi olduğu verilerin kişinin temel hak ve özgürlüklerinin ihlalini oluşturacak bir biçimde saklanmasını, işlenmesini veya aktarılmasını engellemektir.

İlgili mevzuatta ayrıca kişisel verilerin korunması hakkının zikredilmemiş olması, her ne kadar kişisel verilerin yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sağlanması için korunması gerektiği algısına yol açabilecek nitelikte ise de; kişisel verilerin korunması başlı başına temel bir insan hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bunun nedeni kişiye ait verilerin isteği, bilgisi veya rızası dışında tutulması, işlenmesi veya aktarılması gibi fiillerin kişinin maddi ve manevi kişiliğini geliştirmesine engel olması, kişiliğine ve insan onuruna bağdaşacak biçimde yaşamasına zarar vermesi ve dolayısıyla da temel insan haklarına zarar vermesidir.

Kişisel verilerin korunması hakkının tek başına bir hak olup olmadığı ve bu haklardan insan hakları ile temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündeki tartışmalara son verilmesi amacıyla bu hususun açıklığa kavuşturulması gerekir. Anayasal düzenlemeler, kanun ve ilgili yönetmeliklerden ve hakkın doğasından başlı başına bir insan hakkı olduğu kanaatinde olsam da bunun açıkça belirtilmesi faydalı olacaktır. Zira böyle bir açıklık halinde, kişisel verilerin korunması hakkı, insan haklarını koruma temel amacıyla hareket eden gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemeler ve kuruluşlar tarafından belirlenen korumalardan tartışmasız bir biçimde yararlanabilecektir. Sonuç olarak kişisel verilerin korunmasının hem ulusal üstü hukuk açısından bir insan hakkı, hem de ulusal hukuk açısından Ana-

yasa normu ve kanun ile düzenlenmiş bir temel hak ve özgürlük olduğunu ve bu hususun konuyla ilgili düzenlemeler ve içtihatlarla açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünmekteyim⁸¹.

IV. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel ve aile hayatına saygı başlıklı 8. maddesinde konumuzla ilgili olan düzenlemeyi yukarıda belirttim. Söz konusu maddeyle, kişinin özel hayatı, aile hayatı, konutu ve yazışmasına saygı düzenlenmiş ve ayrıca bir kamu makamının bu hakkın kullanılmasına müdahalesinin de yasayla öngörülmüş olması gerektiğini belirterek idari makamların keyfi sınırlamaları önlenmek istenmiştir.

Sözleşme, esasen kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına yer vermiş ve direkt olarak kişisel verileri koruma altına almış olmasa da söz konusu maddenin kişisel verilerin korunması hukuku açısından önem teşkil ettiğini belirtmeliyim. Zira burada bahsedilen özel hayat kavramının kişinin yalnızca özel ve üçüncü kişilerden saklamak istediği verilerine ilişkin olmadığı şüphe yoktur. Kişinin, kendisine ait olup sır olmayan ve korunmasında menfaati bulunan ve hatta menfaati bulunmasa da tutulmasını, paylaşılmasını, aktarılmasını istememe hakkı olmalıdır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınmış hakların korunmasını sağlamak üzere kurulan ve önemli bir denetim mekanizması sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ilgili maddenin dayanak yapılarak kişisel verilerden bahsedildiğini ve bu verilerin korunduğunu görüyoruz.

Mahkeme 1980'lerden bu yana konuyla ilgili başvuruların da artması sonucu kişisel verilerin korunması hakkını AİHS'in koruma altına aldığı güvenceler kapsamına dahil etmiştir. Bu husus oldukça önemlidir. Öncelikle kişisel verilerin başlı başına insan haklarından olmasının yanı sıra diğer birçok temel hak ve özgürlük ile yakından ilgili olması nedeniyle konuyla ilgili ulusal ve uluslararası birçok metin ve düzenlemede AİHM içtihatlarına atıf yapıldığı görülmektedir. Bu açıdan konunun Mahkeme kararlarına konu olması ve Mahkemenin konu üzerinde denetim hakkının olduğuna kanaat getirip; Sözleşme kapsamında sonuca bağlaması bu alanın gelişmesine katkı sağlamaktadır. Ayrıca insan hakları alanında en kapsamlı düzenleme olarak sayılan ve en etkin denetim mekanizmalarını öngören AİHS'in kişisel verilerin korunması-

81 Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 633.

nı kapsamı altına alması bu hakkın hukuki niteliğini belirleme açısından yol göstericidir.

Öte yandan bu durum esas olarak Avrupa Birliği üyesi olmayıp; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne üye olan devletler açısından önem arz etmektedir. Mahkeme kararları Sözleşmeye taraf devletler açısından bağlayıcı nitelikte olduğundan, bu ülkeler Birliğe üye olmasalar da Mahkemenin vermiş olduğu kararlara uymakla yükümlüdür. Türkiye buna örnek oluşturur; Avrupa Birliği'ne üye olmamasına rağmen Sözleşmenin taraflarından biridir. Türkiye Anayasasının usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu düzenleyen 90. maddesinin 5. fıkrası düşünüldüğünde Sözleşmenin yasa hükmünde olduğu ve ulusal yasalar ile çelişmesi halinde Sözleşme hükümlerinin uygulanacağını söylemek mümkündür. Öyleyse Sözleşme, kanun hükmünde ve hatta bazı hallerde kanundan daha üst konumdadır. Dolayısıyla Sözleşmenin gereği gibi uygulanıp uygulanmadığını denetlemekle görevli AİHM'in kararları, Türkiye konumundaki ülkeler için önemlidir⁸².

A. Sözleşmenin 8. Maddesinde Belirtilen Özel Hayat Kavramının Kapsamı

Mahkeme, çeşitli kararlarında özel hayat kavramının kişinin yalnızca özel alanıyla veya sır niteliğindeki bilgileriyle sınırlı olmadığını belirterek, özel hayatın kapsamının dar tutulmasını engellemek istemiştir.

Mahkeme, özel hayat kavramının tanımını yapmaktan kaçındığı “*Niemietz v. Almanya*” davasında⁸³, “özel hayat” kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın ne mümkün, ne de bu gayretin gerekli olduğu kanaatindedir. Bununla beraber kavramı bireyin kendi özel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan” ile kısıtlamak ve bu alandan söz konusu alanın içinde olmayan dış dünyayı olduğu gibi hariç tutmanın aşırı kısıtlayıcı olacağını belirterek ve özel hayat hakkının belirli bir düzeye kadar başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de içermesi gerektiği belirtmiştir. Buna göre AİHM özel yaşamın örneğin “diğer insanlarla ilişki kurmayı ve geliştirme hakkını” içermesi gerektiğini⁸⁴ açıkça belirtmektedir⁸⁵.

82 Küzeci, s. 137.

83 Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2013 s. 201, 16 Aralık 1992 tarihli karar, Seri A No. 251-B, s. 33 – 34.

84 *Niemietz v. Almanya* (1992) 16 EHRR 97, para 29.

85 Orla Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 106.

Mahkeme, özel hayat kapsamında bahsedilen benzer yönde davalarda da açık ve net bir özel hayat tanımı yapmaktan kaçınmayı sürdürmüştür. “*CostelloCostella – Roberts v. Birleşik Krallık*” kararında; özel hayat kavramının detaylı ve net bir biçimde açıklanamayacak kadar geniş olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, somut olaya özgü ilişkin bir değerlendirme yapmayı tercih etmekle beraber çeşitli kararlarından anlaşıldığı üzere özel hayat kavramını her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, dış dünya ile ilişkili bir alanı da kapsayan mahremiyetten daha geniş bir kavram olduğu yönünde gördüğü konusunda şüphe bulunmamaktadır⁸⁶.

Mahkemenin söz konusu kararlarından anlaşıldığı üzere özel yaşamdan yalnızca kişinin mahremiyet ve iç alanı anlaşılmalı ve bu kavram geniş yorumlanmalıdır. Kişinin dış dünyada kurduğu ilişkilerde dahil olmak üzere kişiyle ilgili geniş bir alan özel hayat başlığı altında değerlendirilebilmektedir. Kişisel verilerin, kişinin özel hayatına ilişkin olma zorunluluğu bulunmadığından her ne kadar ilk bakışta bu madde kapsamında olmadığı düşünülse de bu kararlar ışığında, Mahkeme'nin bakış açısının kişisel verilerin korunmasının da bu kapsamda olabileceği yönünde olduğu görülmektedir.

Mahkemenin özel hayat kavramının kapsamına neleri dahil ettiğini belirlemeye yarayan örnek kararları aşağıdaki gibidir:

Kişinin ismi: Mahkemeye konu olan “*Burghartz v. İsviçre*” davası kocanın, karısının soyadını kullanmasıyla ilgilidir. 22 Şubat 1994 tarihli kararda, ismin kişinin kimliğini belirlediği ve ailesiyle bağlantı kurmasını sağladığından yola çıkılarak özel hayatın bir parçası olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Benzer konulu “*Stjerna v. Finlandiya*” davasında, başvuru soyadını değiştirememesi nedeniyle şikayette bulunmuştur. Mahkeme soyadın bireyleri diğerlerinden ayırt etmek ve bir aileye bağlılıklarını ifade etmek için kullanılan bir araç olduğunu belirtmiş, bu hususun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında olduğunu belirtmiştir⁸⁷. Söz konusu kararlara Türkiye'nin davalı konumunda bulunduğu “*Güzel Erdagöz v. Türkiye*” kararında da atıf yapılmış, kişinin ismi konulu davanın Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirileceğinde şüphe olmadığı belirtilmiştir.

Kişinin etnik kimliği: Sözleşmenin 8. maddesi kişinin hem etnik kimliğini hem de azınlık da olsa kişilerin yaşam biçimi ve hayat tarzını korumakta-

86 Ivana Roagna, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi Yayını, Strazburg, 2012, s. 12.

87 Ümit Kılıç, “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, TBB Dergisi, Sayı: 89, 2010, s. 253 – 254.

dır. Mahkeme “*Aksu v. Türkiye*” kararında bireyin etnik kimliğinin kişinin özel hayatına ilişkin fiziksel ve sosyal kimliğinin görünümünü teşkil ettiğini kabul etmiştir. Benzer yönde “*Mihai Ciubotaru v. Moldova*” kararında başvurucunun etnik kimliğini değiştirme talebini reddetmesini şikâyet etmesi üzerine; Mahkeme, kişisel özerklik ilkesine aykırı davranıldığından dolayı Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme bu davada bir çingenenin karavanını kullanmasını yaşam tarzının ve etnik kimliğinin ayrılmaz bir parçası olarak nitelendirilmiştir.

Kişinin cinsiyet kimliği/cinsel hayatı: Kişinin cinsiyet kimliği ile ilgili verileri gizlemek istesin veya istemesin şüphesiz özel hayata ilişkin verileridir. Konuyla ilgili en bilinen örnek “*Van Kück v. Almanya*” davasıdır. Cinsiyet değişikliği konulu kararda Mahkeme, özel hayat kavramının kişinin cinsiyet kimliğinin ve cinsel hayatının yanında diğer insanlarla kurulan ilişkileri geliştirmeyi de koruduğunu ve kişisel özerklik kapsamında kişinin kendini erkek ya da kadın olarak tarif etme özgürlüğüne sahip olduğunun altını çizerek kişinin cinsel hayatını 8. madde kapsamında saymıştır⁸⁸.

Kişinin fotoğraf ve görüntüleri: Mahkeme önceleri yalnızca basında yayınlanan fotoğrafları 8. madde kapsamında saymışsa da; daha sonradan görüntülerin ifşa edilmesi kavramı genişletilmiş ve bu algı değişmiştir. Fotoğrafların basında yayınlanması konulu “*Van Hannover v. Almanya*” kararında Mahkeme, özel hayat kavramının kişinin ismi ve fotoğrafı gibi kişisel kimliğe bağlı olan halleri kapsadığına değinmiştir. Daha sonraki kararlarından en dikkat çeken “*Reklos v. Yunanistan*”⁸⁹ davasıdır. Dava konusu olay, yeni doğan bir bebeğin, doğduğu kliniğin temin ettiği profesyonel fotoğrafçı tarafından fotoğraflarının çekilmesiyle ilgilidir. Mahkeme kişinin görüntüsünün, onun kendine özgü özelliğini ortaya çıkardığını belirterek dağıtım veya basımı yapılması önemli olmaksızın kişinin sırf görüntülerinin rıza olmaksızın alınmasını 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Daha genel olarak, Reklos v. Yunanistan örneğinde, mahremiyet hakkının, bireyin imajına ilişkin öznel isteklerine saygı gösterilmemesi nedeniyle ihlal edilebileceği vurgulanmaktadır. Reklos’ta, Mahkeme, kişinin imgesini kontrol etme hakkının en çok görüntünün kendisinin yayınlanmasıyla ilgili olarak kullanılmasına rağmen, “aynı zamanda, bireyin, başka bir kişi tarafından görüntünün kaydına, korunmasına ve yeniden üretilmesine itiraz etme hakkını” da kapsadığını⁹⁰ kabul etmiştir⁹¹.

88 Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 3, 2013, s. 239.

89 Reklos v. Yunanistan (Başvuru No 1234/05) 15 Ocak 2009.

90 Reklos (n 97) para 40.

91 Lynskey, s. 108.

Kişisel veriler: Özellikle devlet tarafından kamusal faaliyetler nedeniyle alınan, tutulan ve işlenen kişisel veriler Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına giren en önemli konulardan biridir. Konuyla ilgili Mahkeme tarafından verilmiş en açıklayıcı örnek başvuruçunun Romen İstihbarat Teşkilatı'nda kendisi ile ilgili özellikle küçük düşürücü bilgilerin yer aldığını iddia ettiği “*Rotaru v. Romanya*”⁹² kararıdır. Mahkeme “*Niemietz v. Almanya*” kararında olduğu gibi özel yaşam kavramının sınırlarını çizmeye çalışmış ve başka insanlarla ilişkiler kurmanın ve geliştirmenin özel yaşam olduğuna değinmiştir. Ayrıca kişinin mesleki faaliyetleri ile sosyo-ekonomik durumunu da özel hayat kapsamında saymıştır.

Mahkeme, söz konusu bilgilerin özel olmadığı durumlarda bile bu bilgilerin bir kamu makamı tarafından sistematik olarak toplanması ve depolanmasının, AİHS'nin 8. maddesinin anlamı dahilinde müdahaleyi içerdiğini tespit etmiştir. *Rotaru v. Romanya* kararında istihbarat dosyaları, bir lejyoner hareketinin üyeliği ve hükümet karşıtı kitapçıların yayınlanmasıyla ilgili bilgilerle ilgili olarak Romanya İstihbarat Servisi tarafından bir avukatta tutuldu. Mahkeme, kamuya ait bilgilerin bile sistematik olarak toplandığı ve yetkililer tarafından tutulan dosyalarda saklandığı zaman özel hayat kapsamına girdiğine hükmetmiştir⁹³. Başvuranın bildirilen faaliyetlere karışarak anonimliğinden vazgeçtiği iddiasını reddetmiştir⁹⁴.

Bununla beraber kararın esas önemi devlet tarafından alınan verilerin statüsünü açıklığa kavuşturmasındadır. Mahkeme ilk olarak yürütme tarafından gizli bir biçimde kullanılan yetkinin hukukun üstünlüğüne karşı olduğu ve keyfi uygulamalara yol açma riskinin yüksek olduğunu⁹⁵ ve bu nedenle de yetkililere verilen takdir yetkisinin uygulama yönteminin açıkça anlatılması ve kişiye gerekli korumayı sağlayacak yöntemler belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemenin, bu kararıyla kişilerin bilgisi olup olmadığına bakılmaksızın verilerinin toplanmasının ve işlenmesinin özel hayatıyla ilgili olduğunu net bir biçimde ortaya koyması oldukça önemlidir. Zira yetkili makamlar tarafından dosyalarda tutulan veriler açısından da ayırım yapılmamış bunların da kişinin özel hayatı ile ilgili olduğuna kanaat getirilmiştir. Bilgilerin kişinin geçmişine ait olması halinde ise bu durumun geçerliliği daha fazla olacaktır. Nitekim kararda başvuranın hayatı ve adli sicilıyla ilgili 50 yıl önce toplanmış verilerin

92 *Rotaru v. Romanya* (Başvuru No 28341/95) 4 Mayıs 2000.

93 *Rotaru* (n 99) para 43 – 44.

94 *Lynskey*, s. 109.

95 *Ursua Kilkelly, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları No: 1, Almanya, 2001, s. 48.*

bulduğu ve bu verilerin Devlet tarafından sistematik olarak toplanması ve saklanması durumu da 8. madde ile ilgili bulunmuştur.

Bu kararının diğer bir önemli tarafı da, verilerin dahili idaresini ve güvenliğini güçlendirmek için sadece ilgili dosyaya ve veriye erişmeye yetkili kimşelerin, sadece özel bir birim için yetkilendirilmiş ve kişisel verilerin ele alınmasında özel olarak eğitim almış kişiler olması ve bunların ilgili veri tabanına ulaşmak için yetkilendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹⁶.

AİHM, yukarıda sayılan örneklerden farklı olarak daha birçok kişisel veriler ile ilgili uyumsuzluğu da Sözleşmenin 8. maddesi ile ilişkilendirerek, sonuca bağlamıştır. Bu kararlar Mahkemenin hangi kişisel verileri koruduğunu belirlemek açısından önemlidir. Zira açık bir kişisel verilerin korunması hakkı düzenlenmediğinden hangi kişisel verilerin Sözleşme kapsamında korunacağı net değildir.

Kişinin parmak izleri ve DNA profillerinin koruma altında olduğuna dair en güzel örnek “S. ve Marper v. Birleşik Krallık”⁹⁷ kararıdır. Dava konusu olay, başvuru S. ve Michael Marper’in bir soruşturma sırasında parmak izleri ve DNA örneklerinin alınması ve soruşturma bittikten sonra da bu verilerin tutulmaya devam edilmesi ile ilgilidir.

Başvurucular bu verilerin silinmesini talep etmiş ancak ulusal kanuna göre bu verilerin süresiz olarak tutulabileceği gerekçesiyle söz konusu veriler silinmemiştir. Mahkeme bu verilerin toplanması ve tutulmasını suçun işlenmesini önlediğini kabul etmesine rağmen, ihlal edilen hukuki değer bakımından orantısız olduğunu düşünmüştür. Hücre örnekleri ve DNA bilgilerinin kişinin hem kendisi hem de akrabaları hakkında bilgi verdiği, dolayısıyla da hassas veri niteliğindeki sağlık verileri üzerinde yapılan bu müdahalenin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Buna göre devletlerin veri tabanlarında kişisel verilerin rastgele depolanmasından kaçınmak için, kişinin yaşı ve depolamadaki süre sınırlamalarının göz önünde bulundurulması gerekir⁹⁸.

Ancak Mahkeme, Marper kararında ilgili ulusal yasanın, bir polis soruşturmasının ardından bir bireyin örneklerinin ve parmak izlerinin, suçun önlenmesi veya tespit edilmesi, bir suçun soruşturulması veya kovuşturmanın yürütülmesi ile ilgili amaçlar dışında herhangi bir kişi tarafından kullanılma-

96 Franziska Boehm, “Information Sharing in the Area of Freedom, Security and Justice—Towards a Common Standard for Data Exchange Between Agencies and EU Information Systems”, *European Data Protection: In Good Health?*, Ed.; Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul De Hert, Yves Poulet, Springer, Heidelberg, 2012, s. 176.

97 S. ve Marper v. Birleşik Krallık (2009) 48 EHRR 50.

98 Boehm, s. 148.

masını sağladığını belirtmiştir. Mahkeme, bu bağlamda, diğer hususların yanı sıra, kötüye kullanım ve keyfiliğe karşı üçüncü tarafların süresi, saklanması, kullanımı, erişimi, yeterli güvenceyi sağlamak amacıyla verilerin imhası için veri ve prosedürlerin bütünlüğünü ve gizliliğini korumaya yönelik prosedürler konusunda asgari güvencelere sahip olması gerektiğini tekrarlamıştır⁹⁹.

Ayrıca Marper kararında Mahkeme, suçun tespit edilmesi ve önlenmesi meşru amacının söz konusu olduğu parmak izi ve DNA bilgilerinin tutulmaya devam edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmiştir¹⁰⁰. Mahkeme, polisin parmak izini ve DNA bilgisini koruma konusundaki bütünlüğü ve ayırım gözetmeyen niteliğini ve sanığın suçlandığı suçun niteliğine veya ağırlığına bakılmaksızın tutulmanın gerçekleştirilebileceğini kınamıştır. Ayrıca, polis tarafından ileri sürülen tutuklama gerekçelerinin bağımsız bir inceleme tabii tutulmadığı ve beraat eden kişilerin ulusal veri tabanından verilerin kaldırılması ve imha edilmesi için yeterli fırsat bulunmadığı vurgulanmıştır¹⁰¹.

Bazı hallerde kamu makamları tarafından meşru bir amaçla alınan parmak izleri hukuka aykırı görülmemiştir. “*McVeigh, O’Neill ve Evans v. Birleşik Krallık*” davasında terör suçunun soruşturması kapsamında parmak izleri alınan başvuru sahiplerinin özel hayat hakkının ihlali iddiası üzerine Mahkeme, yapılan müdahaleyi kamu yararı için zorunlu görmüştür. Bu müdahalenin makul bir denge sağladığını, aksi takdirde daha ağır sonuçlar gerçekleştirilebileceğini dolayısıyla da veri toplanması ve tutulması faaliyetlerinin meşru amaçlara dayandığına karar vermiştir. Yine terör suçundan dolayı kişisel bilgilerin toplanmasının konu edildiği “*Murray v. Birleşik Krallık*” davasında da Mahkeme benzer gerekçeleri öne sürmüştür. Bu kararlar sonucu terörizm faaliyetleri kapsamında kişisel veriler üzerinde yapılan müdahalelerin genellikle meşru ve zorunlu olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte Mahkeme tarafından meşru olarak kabul edilen somut olaylarda, ulusal mevzuatlarda mevcut düzenlemelerin kötüye kullanımını engellemek için yeterli önlemlerin alınıp alınmadığı incelenmiştir. Bu önlemlerin varlığı halinde yapılan müdahaleler Sözleşmeye uygun görülmüştür.

Benzer yönde kişinin tıbbi verilerinin özel hayatı kapsamında değerlendirildiği “*M.S. ve İsvaç*” kararında, öğretmen olarak görev yapan Bayan M.S.’nin sağlık verilerinin bilgisi dışında bir kamu kuruluşundan diğer bir kuruluşa aktarılması söz konusudur. Mahkeme başvuru sahibinin muayene sırasında alınan verilerini oldukça şahsi ve hassas şekilde nitelendirip; bu verilerin kişinin

99 Lynskey, s. 111.

100 Marper (n 87) para 100.

101 Marper (n 87) para 119. Lynskey, s. 112.

özel hayatı ile ilgili olduğunda şüphe bulunmadığının altını çizmiştir. Ayrıca bu tarzda verilerin kaydı gizli tutulsa dahi, somut olaydaki gibi kişinin bilgisi dışında bir aktarımın ifşa sayıldığı nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kişinin sağlık verileriyle ilgili “*Chave née Jullien v. Fransa*” davasına konu olayda başvurunun psikiyatrik tedavi kayıtları, tedavi sona erdikten sonra da tutulmaya devam edilmiştir. Mahkeme bu kararında kişinin verilerinin tutulmasıyla özel hayata saygı hakkına müdahale edilmiş olsa da; bu müdahalenin kamu hizmetinin etkin bir şekilde yürütülmesi ve sağlığın korunması gibi meşru amaçlara dayandığı ve ayrıca kayıtların gizli tutulduğu, dolayısıyla da söz konusu müdahalenin orantılı olduğu gerekçesiyle başvurunun talebini reddetmiştir.

Sağlık verileri üzerinde yapılan müdahaleler, bu verilerin hassasiyeti ve bu veriler üzerinde ihlallerin kolay ve fazla olması nedenleriyle birçok farklı somut olayda AİHM’de görülen davaların konusunu oluşturmuştur. Başvuruların kaynağı genellikle bireylerin sağlık verilerinin rıza dışı tutulması, işlenmesi, tedavi bittikten sonra tutulmaya devam edilmesi ve özellikle bu verilerin kamu makamları dahil olmak üzere başka kurum ve kuruluşlara aktarılması ve ifşa edilmesidir. Mahkeme, kişinin sağlık verilerini şüphesiz kişisel veri olarak nitelendirip özel hayat kapsamına almıştır ve bu korumadan faydalanmasını istemiştir. Nitekim konuyla ilgili uyumsuzlukların neredeyse tamamı bu veriler üzerinde yapılan müdahalelerin Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali niteliğinde olduğuyula sonuçlanmıştır. Bunun tek istisnası müdahalenin daha ağır sonuçları önleme amacıyla yapılmış olması halinde söz konusu olmuştur. Kaldı ki bu istisna hali kişisel veriler ile ilgili bütün ulusal mevzuatlarda da yerini almıştır.

AİHM, telefon görüşmelerine ilişkin kişisel verilerin izlenmesi, kaydedilmesi ve tutulmasını da özel hayat kapsamında değerlendirmiştir. “*Malone v. Birleşik Krallık*”¹⁰² davasında, başvurunun telefon konuşmaları polis talebi üzerine İçişleri Bakanlığı tarafından verilen rıza sonucu izlenmiştir. Mahkeme haberleşmeye ilişkin verilerin Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında olduğu sonucuna ulaşmış ve özel hayata saygı hakkına müdahale olduğuna kesin kanaat getirmiştir¹⁰³. Kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini izleme yetkisinin ya-

102 *Malone v. Birleşik Krallık* (1985) 7 EHRR 14.

103 *Birleşik Krallık*, bu karara yanıt olarak “İletişimin Dinlenmesi Yasası”nı (The Interception of Communications Act 1985) (IOCA) yürürlüğe sokmuştur. Ancak IOCA da dava konusu olmuştur. Sivil Toplum Örgütleri, devam eden yargılamalarda, müdafiler ile müvekkileri arasındaki gizli kalması gereken konuşmaların, bu yasa sayesinde dinlendiğini gerekçe göstererek, 2000 yılında, IOCA’nın uluslararası görüşmeler için getirdiği rejimin AİHS’in 8. maddesinde yer alan standartlara aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvurucular Temmuz 2008’e kadar beklemişler ancak sabırlı bekleyişleri, AİHM’nin “Liberty and others v. UK” davasında 8. maddenin ihlaline karar vermesiyle ödüllendirilmiştir. Bkz: Nardell, s. 43.

salarla düzenlenmeden idari yollarla öngörülmüş olması nedeniyle müdahalenin hukuka aykırı olduğu ve hakkın ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu karar kişisel verilerin korunmasının ihlali söz konusu olduğunda, her ne kadar ilgili maddede açıkça belirtilmemiş olsa da, AİHM'in özel hayatın mahremiyetine saygı çerçevesinde “temel öneme sahip” bir hak olarak görmesi ve bu hakkı 8. madde çerçevesinde değerlendirmesi bakımından önemlidir¹⁰⁴.

Kişilere ait telefon görüşmeleri kayıtlarının kamu kurum ve kuruluşları tarafından suç işlenmesinin önlenmesi veya işlenen suçun ispat edilmesi amacıyla izlenmesi halinde dahi çoğunlukla özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Nitekim “*P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık*” davasına konu olayda polis, soygun ihbarı alması üzerine şüphelilerin evine gizli dinleme cihazı yerleştirmiştir. Hırsızlığa teşebbüs suçuyla yakalanan kişilerin tespiti dinleme cihazına yansıyan telefon görüşmelerindeki sesler ile gerçekleştirilmiştir. Mahkeme, kişilerin sesinin kişiyi belirlenebilir kılma özelliğinden dolayı buna ilişkin verilerin kaydedilmesini özel hayat kapsamında değerlendirerek somut olayda başvuru haklı bulmuş ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda ses tonunun kişiyi belirlenebilir kılma özelliğinden bahsedilmiş olması oldukça önemlidir. Zira Mahkeme kişisel verinin yerleşik tanımını kullanarak özel hayat kapsamını belirleme yoluna gitmiştir. Böylece kişilerin belirlenmesini sağlayan verilere yapılan müdahalelerin hukuka aykırılığı Sözleşmenin ilgili maddesine de aykırı olacaktır.

Mahkemenin benzer yönde kişilerin seslerinin kişisel veri olduğuna hükmettiği ve bu nedenle de dinleme cihazları kullanılarak kişilerin seslerinin takip edilmesi ve kaydedilmesi fiillerini soruşturma kapsamında gerçekleştirilmiş olsa bile özel hayat saygı hakkının ihlalini doğurduğuna dair “*Vetter v. Fransa*” kararı da mevcuttur.

AİHM telefon görüşmelerinin izlenilmesini kişisel veri kapsamına alıp çoğunlukla Sözleşmenin 8. maddesi ile korusa da; aksi yönde vermiş bulunduğu kararları da mevcuttur. “*Figueiredo Teixeira v. Andorra*” davasında uyuşturucu kaçakçılığı suçunun şüphelisinin telefonlarının dinlenmesi ve ardından yapılan yargılamada bu delillerin kullanılması Mahkeme tarafından suçun ağırlığıyla orantılı ve zorunlu bir müdahale olarak nitelendirilmiştir.

AİHM'in kişinin görüntü ve fotoğraflarını özel hayat kapsamına aldığı yukarıda belirttim. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmak için dava konusu fotoğraf ve görüntülerin kişinin özel ve sır dünyasına ilişkin olmasını şart kılmamıştır. Kişinin görüntülerinin rızası dışında alınması veya tutulması, bu faaliyetlerin gizli gerçekleştirilmesi veya

104 Boehm, s. 147.

alınan görüntülerin kişinin bilgisi dışında üçüncü kişilere aktarılması gibi durumların da kişinin özel hayatı olduğu belirtilmiştir.

Başvurucunun geçirdiği trafik kazası sonucu engelli maaşı alma talebiyle sigortacıya başvurmasıyla gelişen “*Vukota Bojic v. İsviçre*” davasında sigortacı şirketi özel bir dedektif tutarak başvurucunun görüntülerini almış ve tazminat davasında aleyhine kullanmıştır. Mahkemenin söz konusu görüntüleri, kamuya açık bir alanda alınmış olmasına rağmen kişinin özel hayatı kapsamında değerlendirilmesi, görüntülerin gizli olması gibi bir zorunluluk olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Burada esas alınan ölçüt verilerin gizli veya özel olması değil; sistematik bir biçimde belli amaçlarla toplanmasıdır. Ulusal mevzuatı da somut olay açısından yetersiz gören Mahkeme, bu şekilde alınan görüntülerin kişinin özel hayatına haksız bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Kişinin görüntülerinin konu edildiği bir diğer olay “*Peck v. Birleşik Krallık*”¹⁰⁵ davasıdır. Olayda sokağa yerleştirilen kamera (CCTV) başvurucunun görüntülerini kaydetmiş ve bu görüntülere bileğini kestiği anlar da yansımıştır. Ayrıca başvuranın bu görüntüleri medyaya verilmiştir. AİHM öncelikle özel hayatın sınırlı bir tanımlamaya sıkıştırılmayacak kadar geniş bir kavram olduğunu belirterek kavramın net bir tanımını yapmaktan kaçınan içtihadını haklı olarak sürdürmüştür. Zira özel yaşamın net ve kesin bir tanımını yapmak bu hakkın koruma alanını genişletmez; aksine daraltır. Mahkeme, kararda bireyin ismi, cinsel kimliği ve bireysel gelişme ve kimlik hakkının 8. madde kapsamında korunan kişisel alanlar olduğu belirterek kavramın tanımını yapmaktansa kavramın kapsamını belirlemeye yarayacak örnekler verme yoluna gitmiştir.

Başvurucunun rızası alınmaksızın görüntülerinin ifşa edilmesi, özel hayata orantısız bir müdahale olarak nitelendirilmiştir. Zira bu ifşayı haklı gösterecek herhangi bir neden olmamakla beraber bu görüntülerin verildiği anda da maskeleyen gibi yöntemler kullanılmadığından yeterli güvenceler de sağlanamamıştır. Dolayısıyla somut olayda kişinin özel ve gizli yaşamına ait olmasa da; kendisine ait görüntülerin kaydedilmesi ve herhangi bir amaç olmadan ve güvence sağlanmadan ifşa edilmesi özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bu kararda da kişisel verilerin korunmasının, özel hayatın mahremiyeti kapsamında temel bir önemde olduğu belirtilmiştir¹⁰⁶.

105 Peck v. Birleşik Krallık (2003) 36 EHRR 41.

106 Boehm, s. 147.

AHİM kararlarıyla kişisel veri olarak kabul edilen bir diğer husus ise kişilerin GPS aracılığıyla takip edilmesi ve buna ilişkin verilerdir. Konuyla ilgili “*Uzun v. Almanya*” davasında bir bombalı saldırı eylemiyle ilişkili olduğu yönünde şüphelenilen başvuruçunun GPS aracılığıyla izlenmesi ve bu verilerin hakkında yürütülen soruşturma kapsamında delil olarak kullanılması söz konusudur. Başvuran özel hayatının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme GPS yoluyla izlenmesini ve elde edilen verilerin kullanılıp işlenmesini şüphesiz özel hayat kapsamına dahil etmiş ve gerçekleştirilen eylemin bu hakka müdahale olduğunu kabul etmiştir. Bununla beraber müdahalenin kamu güvenliğinin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarına dayandığı dolayısıyla meşru amaçların var olduğunu belirtmiştir. Şüphelenilen suçun ağırlığı da dikkate alındığında özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin orantılı bir müdahale olduğundan Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin özel hayata ve aile hayatına saygı ile ilişkilendirdiği söz konusu kararlar ışığında Mahkeme’nin kişinin ismi, etnik kökeni ve yaşam biçimi/hayat tarzı, cinsel kimliği, ses rengi, telefon görüşmeleri, sağlık verileri, görüntü ve fotoğrafları gibi verileri Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında koruduğunu görüyoruz. Üstelik bu koruma her ne kadar ilgili madde özel hayata ve aile hayatına saygı başlığını taşısa da yalnızca kişinin üçüncü kişilerden gizlemek istediği özel ve sır niteliğindeki verilerine ilişkin değildir. Bu durum özel hayata saygı hakkından sır olması gerekmediği yönünde ayrılan kişisel verilerin korunması hakkının da bu başlık altında korunduğunu göstermektedir. Zira özel hayat kavramından ne anlaşılması gerektiği de tam olarak belirlenmemiş ve böyle bir belirlemenin ne mümkün ne de gerekli olduğunun altı birçok kararda önemle çizilmiştir. Mahkemenin vermiş olduğu bütün kararlarda şüphesiz olarak kabul edilen ve üzerinde anlaşılan husus Sözleşmenin 8. maddesinde geçen özel hayat kavramının geniş yorumlanması gerektiğidir.

Mahkeme esas olarak 1980’lerden sonra kişisel verilerin konu edildiği somut olaylarda vermiş olduğu kararlarla kişisel veriler konulu uyuşmazlıkların neredeyse tamamını Sözleşme’nin 8. maddesi ile ilişkilendirerek kişisel verilerin korunması hakkını özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile korumuştur. Bunun nedeni ise kişisel veriler üzerindeki ihlallerin artması ve ihlal yöntemlerinin de çoğalmasındır. Artan ihlallerle beraber bireylerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde büyük tehlikeler meydana gelmiş ve her ne kadar Sözleşmede açıkça kişisel verilerin korunması hakkından bahsedilmemiş de olsa; kişisel veriler AİHM içtihatları ile Sözleşmenin koruduğu değerler arasında yer almıştır.

B. Kişisel Verilerin Korunması Hakkına Getirilecek Müdahalenin Kanuni Bir Düzenlemeye Dayanması Gerekliliği

Sözleşmenin 8. maddesinin 2. paragrafında bir kamu makamının hangi şartlar altında kişisel verilere müdahale edebileceği düzenlenmiş ve müdahalenin yasayla öngörülme zorunluluğu getirilmiştir. Buradan kamu makamlarının vatandaşların verilerine müdahale ederken bu müdahalenin önceden açık ve net bir biçimde düzenlenmiş bir yasa hükmüne dayanması gerektiği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde her ne sebeple olursa olsun söz konusu müdahale hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus yasayla öngörülmüş müdahalenin ne demek olduğuna ilişkindir. Bu durum temel insan haklarına yapılan müdahalenin haklı olarak değerlendirilmesine yol açtığından önemlidir ve kesin bir biçimde belirlenmelidir. Zira yasalarla öngörülme zorunluluğu bulunmadan insan haklarına müdahale edilebilecek olması özellikle kamu makamlarının keyfi uygulamalarına yol açabileceğinden bireyler üzerinde tehlikeler doğurur. Dolayısıyla her ne kadar insan haklarına çeşitli noktalarda müdahale edilebilecekse de bu müdahalelerin önceden öngörülen şartlara uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekir.

Yasalarla öngörülen müdahale temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran işlem ve eylemlerin hukuk düzeninde dayanağının bulunması ve şartlarının önceden belirlenmiş olması anlamına gelir. Hak ve özgürlüklerin kısıtlandığı yasalar açık, kesin ve yorum yoluyla genişletilemez olmalıdır. Ayrıca bu kısıtlamanın nasıl ve kimler tarafından gerçekleştirilebileceğinin yanında, söz konusu müdahaleleri gerçekleştiren organlar üzerinde yapılacak denetim ve gözetim ile müdahalelere maruz kalan bireylerin itiraz veya şikâyet yolları da açıkça belirlenmelidir.

Nitekim bir psikiyatristin İsveç yasaları gereğince hastasının çocuğu için tehlikeli olduğunu sosyal hizmetlere bildirmesi konulu “*Andersson v. İsveç*” davasında AİHM, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin öngörüldüğü kanunların kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, temel haklara yapılan müdahalelerin yasayla öngörülmüş olması kavramını “*Sunday Times v. Birleşik Krallık*” davasında kapsamlı bir biçimde açıklamıştır. Dava konusu kişisel verilerden bağımsız olarak yargılama süreci aşamasında Sunday Times gazetesinde yayınlanmak istenen makalenin mahkemeye saygısızlık oluşturacağı gerekçesiyle yayınlanmaması konusunda tedbir kararı verilmesine ilişkindir. Mahkeme kararında müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığını ayrı bir başlık altında detaylı bir biçimde incele-

miş ve bu tanımlamıştır. Bu kapsamda önceden görülebilirlik kavramını esas almıştır¹⁰⁷. Buna göre; hukukun öngördüğü ifadesindeki hukuk sözcüğü sadece kanun hükümlerini değil; yazılı olmayan hukuku da belirtmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus bu anlayışın özellikle ortak hukuk (common law) sistemine sahip olan ülkeler için geçerli olması gerektiğidir.

Mahkeme, yasalarla öngörülmüş olma ifadesinin; hukukun yeterince ulaşılabılır ve yeterli açıklıkta düzenlenmiş olması gerektiği olmak üzere iki şartı olduğunu belirtmiştir. Buna göre vatandaşlar müdahale öngören yasa hükmünün varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmeli ve söz konusu hüküm olabildiğince açık olmalıdır. Öyleyse bir müdahalenin yasayla öngördüğünü söyleyebilmek için “kolay ulaşılabılırlik” ve “önceden öngörülebilirlik” şartlarının gerçekleşmesi gerekir.

Mahkemenin 22 Ekim 2002 tarihinde karar verdiği “*Taylor-Sabori v. Birleşik Krallık*” davasında; izne tabi bir ilacı kaçak olarak temin etmekle suçlanan başvurucunun çağrı cihazının klonlanarak kendisine gönderilen mesajların polis tarafından tespit edilmesi üzerine başvuran tarafından özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir. Mahkeme olayların yaşandığı zamanda, özel bir telekomünikasyon sistemi aracılığıyla gönderilen çağrı cihazı mesajlarının tespit edilmesini düzenleyen bir mevzuatın mevcut olmadığı sebebiyle başvurucuyu haklı bulmuş ve Sözleşmenin ilgili maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkemenin benzer yönde 22 Aralık 2005 tarihli “*Wisse v. Fransa*” kararına konu olayda; silahlı soygun suçunu işledikleri şüphesiyle tutuklanan iki başvurucunun cezaevlerindeki ziyaret alanlarında ziyaretçi görüşmeleri esnasında akrabaları ile olan konuşmalarının hakim tarafından verilen bir izin belgesi gereğince dinlenilmesi karşısında özel ve aile hayatına müdahale edildiğine yönelik şikayetleri söz konusudur. Mahkeme, Fransız yasalarında mercilerin, tutuklu kişilerin özel hayatlarına nasıl müdahale etme yetkilerinin olduğu ya da bu konudaki takdir yetkilerinin kapsamı ve kullanılma şekli açısından yeterli açıklık sağlamadığını kaydederek Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği doğrultusunda karar vererek müdahalenin yasalarda kapsamlı ve açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiğinin önemi belirtmiştir.

Bu konuda verilmiş bir diğer önemli karar “*Amann v. İsviçre*” kararıdır¹⁰⁸. Söz konusu karara konu olayda; Sovyet Büyükelçiliğinde çalışan başvurucu Bayan Amann’ın telefon konuşması savcılık tarafından dinlenip; daha sonra hakkında soruşturma başlatılmıştır. Ayrıca hakkında istihbarat servisi tarafın-

107 Boehm, s. 147.

108 Amann v. İsviçre (2000) 30 EHRR 843.

dan dinlenen telefon konuşmalarına dayanılarak “ulusal güvenlik için sakıncalılar” listesinde bilgi fişleri tutulmuştur. Hakkındaki fişleri daha sonra öğrenen başvuru bu fişlerin kendisine de verilmesini ister ancak kendisine verilen fotokopide bazı kısımlar karalanmıştır. Bunun üzerine başvuru bu fişlerin silinmesini talep etmesine rağmen güvenlik gerekçesiyle tutulduğu ileri sürülerek hakkındaki veriler silinmemiştir. Amann, son çare olarak kendisi hakkında hukuka aykırı bir biçimde kişisel verilerinin tutulması ve savcılık tarafından fişlenmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği ve ayrıca telefonlarının dinlenmesiyle haberleşme hakkının engellendiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda başvuru hakkına müdahale edildiğine karar verdikten sonra bu müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiş olan müdahalenin yasaya dayanmış olma ve aynı fıkrada belirtilen amaçlara yönelmiş olma şartını aramıştır¹⁰⁹. Ancak mercilerin bu alandaki takdir yetkileri konusunda İsviçre yasalarının muğlak olduğunu kaydederek müdahalenin yasayla öngörülmüş olmadığını tespit etmiş ve başvurucuyu haklı bulmuştur.

Kişisel verilerin korunması hakkına getirilecek müdahalenin kanuni bir düzenlemeye dayanması gerekliliği AİHM içtihatlarıyla oldukça net bir biçimde ortaya konulmuştur. Özellikle bu ifadede ne anlaşılması gerektiği ve içerisinde hangi hususları barındırdığının belirlenmiş olması önemlidir. Bütün bu kararlardan yola çıkarak Mahkemenin başvuru şikayetini kabul veya red kararı için Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında izlediği aşamalar şu şekildedir:

- Mahkeme şikâyet konusunun 8. maddenin koruma altına aldığı menfaatler arasında yer aldığını tespit edip; bu maddenin davaya uygulanabilir olup olduğuna karar verir. Korunan hukuki değer özel hayata ve aile hayatına saygı kapsamında sayılmıyorsa inceleme bu madde yönünden sona erer. Buna karşın maddenin uygulanabilir olduğu tespit edilirse devam edilir:

- Dava konusu olayın 8. maddenin ihlali niteliğinde olup olmadığını incelemelidir. Eylem veya işlemin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmediği anlaşılırsa dava reddedilir; ancak müdahale olduğu sonucuna varılırsa karar verebilmek için son bir inceleme yapmak gerekir:

- Bu kez Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrası yönünden inceleme başlayacaktır. Dava konusu fiil veya işlemle gerçekleştirilen sınırlamanın bu fıkrada belirtilen;

109 Boehm, s. 147; Lynskey, s. 106; Amann v. İsviçre (2000) 30 EHRR 843, para 46; Boehm, s. 147; Lynskey, s. 106.

1. Müdahalenin yasayla öngörülmüş olması,
 2. Müdahalenin meşru bir amaca yönelik olması (ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması),
 3. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması
- şartlarını taşıması halinde Sözleşmeyi ihlal etmediği anlaşılıp dava reddedilir. Belirtilen şartların yokluğu halinde ise Sözleşmenin ilgili hükmünün ihlal edildiği kararına ulaşılır.

C. Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Saklanması, Kullanılması ve İfşa Edilmesine İlişkin

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak tutulması veya kullanılması gibi eylemleri Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirdiği ve bu eylemlerin maddenin ihlaline yol açtığı yönünde birçok kararı mevcuttur. Bu husus maddenin yalnızca özel hayata ilişkin verilerin değil; kişisel verilerin de koruma kapsamında olduğuna açıklık getirmesi bakımından oldukça önemlidir.

Mahkemenin konuyla ilgili en önemli kararlarından biri başvuruçunun görüntülerinin alınması ve hakkında yürütülen yargılamada kullanılmasına ilişkin olan 17 Temmuz 2003 tarihli "*Perry v. Birleşik Krallık*" kararıdır¹¹⁰. Söz konusu davada başvuruçusu soygunla bağlantısı olduğu gerekçesiyle tutuklanmış ancak daha sonra teşhis işlemine katılmak üzere serbest bırakılmışsa da bu işleme katılmamıştır. Bunun üzerine başvuruçusu, görüntülerini gizlice kamerasıyla alıp bu görüntüleri yargılamada kullanan polis hakkında temel bir hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM, kameranın polis tarafından kullanılmasının normal veya beklenen kullanımın ötesine geçtiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla, Mahkeme, görüntünün gönüllü olarak elde edilmediği ve kayıtların kimlik tespiti için makul bir şekilde gerçekleştirilebileceği öngörüldüğü için, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Benzer şekilde, *Peck v Birleşik Krallık* davasında da Mahkeme, başvuruçunun yerel bir alanda yer aldığı CCTV kamera görüntüsünün yerel bir otorite tarafından yayınlanmasının, ulusal ve yerel medyaya yönelik yayınlanma hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir¹¹¹. Mahkeme başvuruçuyu haklı bularak kişisel veriler üzerindeki müdahalenin kanuna uygun olmadığına hükmetmiştir. Söz konusu yöntemin normal kullanım amacının ötesine geçtiği belirtilerek, polisin görüntüleri alırken başvuru-

¹¹⁰ *Perry v. Birleşik Krallık* (2004) 39 EHRR 3.

¹¹¹ *Lynskey*, s. 109.

ranın rızasını almadığı, kendisine haber vermediği ve bu husustaki haklarıyla ilgili bilgilendirmede bulunmadığı gerekçe gösterilerek kişisel verilerin tutulmasında rıza alınmasına ve veri sahibinin bilgilendirilmesi gerekliliğine yerinde olarak değinilmiştir.

Hassas veri olarak nitelendirilen sağlık verilerinin ifşa edilmesinin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi ve dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkının ihlalini oluşturduğuna dair Mahkemenin, 25 Şubat 1997 tarihli “Z. v. Finlandiya” kararı¹¹² mevcuttur. Karara konu olayda; Finlandiya vatandaşı başvuru Z, X ile evli olup; bu evlilikleri 1995 tarihinde sonlandırmıştır. Bu esnada her ikisi de HIV taşıyıcısıdır. X, 1992 tarihinde HIV pozitif olduğunu öğrenmiş ancak bu tarihten sonra çeşitli cinsel suçlar işlemiştir. HIV hastası olan başvuranın kimlik bilgileri ve hastalığı hakkındaki bilgileri, eşi aleyhinde tecavüz ve adam öldürmeye teşebbüs suçlarından dolayı yürütülen ceza yargılamasında basının erişimine açık olarak ifşa edilmiştir. Başvuru bu ifşanın ve hakkındaki iş sözleşmesinin feshedilmesinde Finlandiya hükümetinden yakınmıştır.

Şikâyet üzerine inceleme yapan Mahkeme, şikâyet edilen fiillerin, başvurunun özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini tartışmasız bir biçimde kabul etmiştir. Bunun üzerine ilgili maddenin 2. fıkrası yönünden incelemeye geçmiştir. Mahkeme, özellikle kişinin sağlık verilerine saygı gösterilmesi gerektiği ve bir hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi yanında hastanın tıp mesleğine ve sağlık hizmetlerine olan genel güveninin korunmasıyla da ilişkili olması açısından konunun önemli olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterme ilkesinin Sözleşmeye taraf devletlerin hukuk sistemlerinde hayati önem taşıdığı belirtilmiştir. Bu nedenle de kişisel sağlık verilerinin, Sözleşme’nin 8. maddesinde sağlanan korumayı ihlal edecek şekilde ifşa edilmesinin önüne geçilmesi için iç hukukun yeterli güvenceler sağlaması gerektiğinin altını çizmiştir. Nihayetinde başvurucuyu haklı bulmuş ve Sözleşmenin 8. maddesinin kesin bir biçimde ihlal edildiğine karar vermiştir¹¹³.

D. Kişisel Verilerin Korunması Hakkına Yönelik Müdahalelerin Meşru Bir Amaçla Sınırlı Olması Gerekliliği

Meşru amaç kavramı kişisel veriler konusunun vazgeçilmez bir unsurunu oluşturur. Kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilecek her türlü işlemin kural olarak meşru bir amaca dayanması gerektiği çeşitli mevzuatlarda düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin de 2. maddesinde meşru amacın

112 Z v. Finlandiya (1998) 25 EHRR 371.

113 Lynskey, s. 110.

varlığının gerekliliğinden bahsedilmiştir. Maddeye göre kişisel verilere getirilecek müdahalenin meşru bir amaç sayıldığı haller; “*demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir*” olarak belirlenmiştir.

Mahkemenin kişisel verilerle ilgili verdiği ilk önemli karar olarak kabul edilen 6 Eylül 1978 tarihli “*Klass ve Diğerleri v. Almanya*”¹¹⁴ kararı bu noktada oldukça önemlidir. Davanın konusunu Almanya’nın 1968 yılında yaptığı bir yasa değişikliği oluşturmaktadır. Bu yasa, posta ve telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşmelerin belirli şartlarda ilgiliye haber verme zorunluluğu olmaksızın gizli bir biçimde dinlenebileceğine imkân tanımaktaydı. Başvurucular ilgili yasanın Sözleşmenin 8. maddesi de dahil olmak üzere çeşitli hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na dilekçe sunmuşlardır.

Mahkeme ilk olarak ilgililere haber vermeksizin haberleşme verilerinin gözetlenmesine imkân tanıyan hükmün özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını sınırladığına dair bir şüphe ve tartışma bulunmadığını bu nedenle de esas çözülmesi gereken sorunun Sözleşmenin 2. maddesi noktasında olduğunu belirtmiştir. Böylece kişilerin rızasız olmaksızın haberleşme verilerinin toplanabilmesini öngören dava konusu yasanın kişinin hakkına bir müdahale oluşturduğu kabul edilmiş ve bu müdahalenin meşru olup olmadığı incelenmeye başlanmıştır.

Müdahalenin meşruluğu kapsamında yapılan inceleme sonucu Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakka getirilen istisna hallerinin belirtildiği 8. maddenin 2. paragrafının, dar bir yoruma tâbi tutulması gerektiği, böylece, polis devletinin bir özelliği olan vatandaşları gizli bir şekilde gözetleme yetkisine, Sözleşmeye göre, ancak demokratik kurumların korunmasına gerek olduğu ölçüde müsamaha edilebileceği belirtilmiştir¹¹⁵. Mahkeme ayrıca, bireylerin bu haklarına yapılacak müdahalelerin etkili bir denetime tabi olması gerektiğini ve her türlü gerekçenin bu müdahaleleri haklı göstermeye yetmeyeceğinin altını çizmiştir¹¹⁶.

Mahkemenin konuyla ilgili verdiği diğer önemli kararlarından biri de 26 Mart 1987 tarihli “*Leander v. İsveç*” davasıdır. Dava konusu olayda, Devlet

114 *Leander v. İsveç* (1987) 9 EHRR 433.

115 M. Aydoğan Özman, “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 35, Sayı: 1, 1978, s. 210 – 211.

116 Songül Atak, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 87, 2010, s. 103.

yetkilileri, Leander hakkında özel hayatına ilişkin bilgileri güvenlik görevlileri tarafından tutulan gizli bir veri bankasından yararlanarak toplamış ve bu bilgileri kullanarak Leander'in Deniz Müzesi'ne yaptığı iş başvurusunu reddetmiştir. Kendisine güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasından başka bir gerekçe gösterilmeyen, soruşturmaya karşılık cevap hakkı tanınmayan ve yanlışlık varsa bu yanlışlığın düzeltilmesi hakkı verilmeyen Leander'in AİHM'ye başvurması sonucu¹¹⁷ Mahkeme, her ne kadar kişiye ait verilerin saklanması ve yayınlama yoluyla gerçekleştirilen eylemlerin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında düzenlenen özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini açıklasa da, bu ihlali haklı kılacak meşru nedenlerin var olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak fiillerin konunun düzenlendiği yasaya uygun olarak gerçekleştirildiği ve müdahalenin ulusal güvenliğin korunması amacıyla demokratik bir toplumda gerekli olan bir müdahale olduğu gerekçeleriyle söz konusu maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır¹¹⁸.

Böylelikle ihlalin meşru temelleri olduğu belirtilse de kişinin bilgilerinin alınması, saklanması ve yayınlaması gibi esasen kişisel verilerin korunması hakkına aykırılık teşkil eden eylemler de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. Kişisel verilerin saklanması ve yayınlaması eylemlerinin Sözleşme maddesi kapsamında korunduğunu belirleme açısından önemli bir karar olsa da, maddenin ihlal edilmediği yönündeki kararı doğru bulmuyorum. Zira her ne kadar ulusal güvenlik gerekçesiyle kişiye ait veriler Devlet yetkilileri tarafından saklanabilse de her durumda bu gerekçeler verilerin işlenmesi için yeterli olmamalıdır. Bu anlamda maddenin 2. fıkrasında belirtilen istisnaların kötü kullanımlara açık olması sebebiyle dar yorumlanması ve ulusal güvenliğin sağlanması için müdahalenin zorunlu hale gelmesi hallerinde başvuru bir yol olması gerekir. Kararın eski tarihli olması ve bu konuda birçok düzenlemenin henüz yapılmamış olmasının etkili olduğunu düşündüğüm kararın bizim için önemli olması gereken yanı 1980'li yıllardan beri kişisel verilerin korunması hakkının da Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirildiğidir.

Bu kararın ardından 7 Temmuz 1989 tarihli "*Gaskin v. Birleşik Krallık*"¹¹⁹ davasında verilen karar Mahkeme'nin bu konuda daha üst seviyelerde olduğunu göstermiştir. Devletin pozitif yükümlülüğünü değerlendiren dava konusu olayda, başvuran reşit olana kadarki dönemde farklı aileler tarafından bakılmış ve yetkili makamlardan kimler tarafından bakıldığı, nerede yaşadığı gibi evlatlık kayıtlarının kendisine verilmesini istemiştir. Söz konusu kayıtların ulusal

117 Korkmaz, s. 155.

118 Lynskey, s. 108; Atak, s. 105.

119 Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: *Gaskin v. Birleşik Krallık* (1989) 12 EHRR 36.

yasalar gereğince gizli olarak tutulması gerektiği gerekçesiyle başvuranın talebi reddedilmiş ve ilgili raporlar kendisine verilmemiştir. Ne var ki Mahkeme Devletin kayıtlarına erişememe ilkesinin kaydedilen bilginin niteliğine ve türüne göre değişkenlik göstereceğini belirtmiştir. Başvurucunun istediği dosyaların kişinin çocukluğu ve gelişimi bilgilerine erişim hakkı olduğundan kişisel alanını oluşturduğu ve kişisel alanına ilişkin belgelerin kendisine verilmemesi durumunun Sözleşmenin 8. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiş ve her ne kadar kamu belgelerinin gizliliği gerekli olsa da başvurucunun kendi çocukluk bilgilerine ulaşmasında yaşamsal menfaatinin bulunduğunu belirtmiştir¹²⁰.

Söz konusu karar, kamu organlarının her faaliyetinin Sözleşme'nin 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen istisnalar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini açıkça ortaya koyduğundan oldukça önemlidir. Zira kamu güvenliği kişisel veriler üzerinde çeşitli müdahaleleri hukuka aykırı olmaktan çıkaracaksa da; kişisel verilerine ulaşmak isteyen bireyin menfaatinin daha üstün olması sebebiyle, belgelerin gizli olması gerektiği yönündeki açıklama Mahkeme tarafından haklı bir gerekçeyle kabul edilmemiştir.

Kişisel verilerin meşru bir amaçla sınırlanmasına örnek olarak 6 Haziran 2006 tarihli "*Segerstedt - Wiberg ve Diğerleri v. İsveç*" kararı gösterilebilir. Dava konusu olayda başvuruçular İsveç polisinde kendileri ile ilgili tutulan kişisel veriler hakkında bilgilendirilmedikleri gerekçesiyle şikâyette bulunmuştur. Buna karşın Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğini çünkü bu verilerin ulusal güvenlik ve terörle mücadele kapsamında tutulduğu ve söz konusu kayıtların bir saldırı yapılacağına dair bilgi alınmasına dayandığını belirtmiştir. Ayrıca ulusal güvenlik ve terörle mücadeleye ilişkin ulusal çıkarların, başvuranların Güvenlik Polisi dosyalarında kendileri hakkında tutulan bilgilerin tam kapsamına erişmeye ilişkin çıkarlarının üstünde olduğuna kanaat getirilmiştir.

Mahkeme bu kararıyla kişisel veri sahibinin, verisi üzerinde sınırsız bir mutlak hakkı olmadığını altını çizmiştir. Kişi, her ne kadar kişisel verisinin korunma hakkına sahipse de bu hakkın bazı sınırları olduğu, ülkenin ulusal güvenliği ve çıkarları nedeniyle bir müdahalenin bu sınırlar içerisinde yer aldığı ve müdahalenin meşru bir amaca dayandığı kararın gerekçesinde belirtilmiştir. Bu husus günümüz dünyasında kaçınılmazdır. Zira modern toplum düzeninde devletin askeri, ticari, güvenlik gibi devletin var olma nedenlerinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için kişisel verilerin toplanması veya saklanması zorunludur. Bu nedenle de diğer temel hak ve özgürlükler gibi kişisel verilerin korunması hakkının da çeşitli ölçütlerle sınırlandırılması hem

120 Lynskey, s. 110.

mecburi hem gerekli bir durumdur. Ancak söz konusu hakkın bireyin hayatına ilişkin her türlü bilgiyi içermesi ve hassas bir konu olması itibariyle, kötü kullanımlara da açık olması nedenleriyle bu sınırlama ölçütlerinin iyi belirlenmesi, kanunla getirilmesi ve meşru bir amaç olmaksızın kişisel verilerin korunması hakkına sınırlama getirilmesi gibi bir durumun oluşturulmaması gerekir.

V. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Kişisel verilerin zamanla korunması gereken bir hak haline gelmesi ve ihlal edilmesi halinde bireyler üzerinde ağır sonuçlar meydana getirebilmesi nedeniyle Türkiye'nin de bu alanda düzenleme yapmaya ihtiyaç duyduğunu; bu ihtiyacın 2010 Anayasa değişikliği ile giderilmeye çalışıldığını ve kişisel verilerin korunması hakkının Anayasal güvenceye sahip olduğunu yukarıda detaylı bir biçimde belirttim.

2010 değişikliği ile Anayasanın 20. maddesine eklenerek Anayasal koruma altına alınan kişisel verilerin korunması hakkı; yasaların, diğer bütün yasal düzenlemelerin ve işlem ve fiillerin Anayasa hükümlerine uygunluk denetimi yapan ve kararları kesin hüküm teşkil eden Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur. Zira bu koruma ile beraber kişisel verilerin korunması hakkının ihlali iddiasını içeren yasa hükümleri, işlem ve eylemler ile her türlü düzenlemeye karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolu açılmıştır. Bu açıdan bireylerin verilerinin geleceği üzerinde söz sahibi olmasını ifade eden kişisel verilerin korunması hakkının önemi itibariyle Anayasa ile koruma altına alınmış olması oldukça önemli ve faydalıdır.

A. Anayasa'nın 20. Maddesinde Belirtilen Özel Hayat Kavramının Kapsamı

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurularda büyük pay ve önem sahibidir. Bunun nedeni hakkın hem hayatın her alanında büyük önem arz etmesi hem de çoğunlukla diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olmasından kaynaklanır. Zira özel hayat kavramı hayatın her alanında karşımıza çıkmakta ve somut olayda esas ihlal iddiası başka bir hakka dayanmaktaysa bile; bu hakkın özel hayatın korunmasını etkilemesi büyük ölçüde beklenir. Mahkeme, dava konusu birçok olayda özel hayat kavramına değinmiş ve bu kavramın tam olarak ne anlama geldiğini veya gelebileceğini tanımlamaya çalışmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin özel hayat kavramını açıklamaya çalıştığı en önemli kararlarından biri 21 Ocak 2015 tarihli "*Serap Tortuk Başvurusu*"dur¹²¹. Baş-

121 Anayasa Mahkemesi, Serap Tortuk Başvurusu, Başvuru No: 2013/9660, 21/1/2015.

vurucu, sivil memur hemşire olarak GATA’da görev yapmakta iken bir sosyal paylaşım sitesinde kendisi adına açılmış olan bir kullanıcı hesabı üzerinden başvurucuya ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli görüntünün yer aldığı duyumu üzerine, hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır. Yürütülen soruşturmanın sonucunda başvurucu hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezasına hükmedilmiştir. Başvurucu, kendisine ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli görüntülerin kendisini ait olmadığını ancak, bu görüntülerin kendisine ait olduğu varsayımında dahi özel yaşam alanında gerçekleşen ve görevi sırasında vuku bulmayan veya görevi ile ilgili olmayan bir fiilden dolayı cezalandırıldığını savunmuştur. Ayrıca bu görüntülerin nasıl ve kim tarafından çekildiğinin belli olmadığı ve rızası ve bilgisi dışında kendisi hakkında elde edilen görüntülerin hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu iddialarıyla özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, olay karşısında ilk olarak AİHS’nin 8. maddesi ile Anayasa’nın 20. maddesi kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan birinin de “mahremiyet hakkı” olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Mahremiyet hakkının yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hakkın bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsadığı belirtilmiştir. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası dışında kullanılamaması, böylece bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaatinin bulunduğu; bu hususun ise bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret ettiği sonucuna varılmıştır.

Mahkeme, konuya bu açıdan bakıldığında özel hayatı, bireylerin öncelikle kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alan şeklinde yorumlamıştır. Bu mahremiyet alanını ise Devletin asgari düzeyde olmak kaydıyla yalnızca meşru amaçlarla müdahale edebileceği bir özel alanı oluşturur. Ancak bu özel alan kamusal alana genişleyebilir ve bireyin mahremiyetinin korunması için geniş çaplı bir koruma gerekebilir. Mahkeme, bu noktada AİHM içtihatlarına da atıf yaparak özel yaşamın mahremiyet hakkına indirgenemeyeceğinin altını çizmiştir. Buna göre kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar, bu hakkın kapsamında sayılmalı ve korunmalıdır¹²².

Mahkemenin özel hayat kavramını açıklamaya çalıştığı ve bu kavramın kapsamına hangi hususların dahil edilmesi gerektiğine ilişkin söz konusu kararında

122 Benzer yönde kararlar için bkz: AYM, Zafer Güvendi Başvurusu, Başvuru No: 2014/1214, 6/12/2017; AYM, Taner Alır Başvurusu, Başvuru No: 2014/ 14400, 21/11/2017; AYM, Tevfik Türkmen Başvurusu, Başvuru No: 2013/9704, 3/3/2016.

ilk dikkat çeken husus; Anayasa Mahkemesi'nin de tıpkı AIHM gibi doğrudan bir özel hayat tanımı yapmaktan kaçınmış olmasıdır. Bunun başlıca nedeni özel hayat tanımının yapılmasının oldukça güç olmasıdır. Kavramın hem çok geniş bir alanı ifade etmesi hem de sübjektif özellikte olması kapsamının net ve kesin çizgilerle belirlenmesini imkânsız hale getirmiştir. Diğer bir nedeni ise belli bir tanım yapılması halinde, bunun çeşitli sakıncaları doğurabilme ihtimalidir. Özel hayat alanı, belli bir kalıba sıkıştırıldığı takdirde belirlenen bu alan dışındadır kalıp; kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkının sağlanması için zorunlu olan veya bunda menfaati olan diğer hukuksal çıkarları koruma alanı bulamayabilecektir. Böyle bir tehlike kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasındaki temel amaca aykırıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi de oluşturduğu içtihatlarında yerleşik bir biçimde kavramın tam bir tanımını yapmamış; hatta bu tanımı yapmanın mümkün olmadığını da açıkça belirtmiştir.

Öte yandan kavramın tanımının yapılamaz olduğundan bahisle tamamen belirsiz bırakılması da doğru bir yaklaşım değildir. Bu nedenle Mahkeme, önüne gelen somut olaylar aracılığıyla verdiği karar ve gerekçelerle özel hayatın kapsamına ilişkin yardımcı ölçütler belirleyerek kavramı açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır. Mahremiyet hakkı¹²³, aile hayatı¹²⁴, haberleşme hürriyeti ve gizliliği¹²⁵, konut dokunulmazlığı¹²⁶, gibi kişinin mahrem alanının yanında; mesleki faaliyetler¹²⁷, görüntü ve ses kaydı¹²⁸, kişinin ismi¹²⁹ gibi veriler de Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında sayılmıştır. Böylece Mahkeme tarafından yalnızca kişinin giz dünyasına ilişkin verileri değil onun dışındaki kişisel verileri de Anayasal korumadan faydalanmaktadır.

B. Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası ile Korunan Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Kapsamına İlişkin

Anayasa Mahkemesi kararları ile özel hayat kavramının kapsamına değindikten sonra; kişisel verilerin özel hayata saygı hakkı ile diğer temel hak ve özgürlükler ile olan ilişkisinin anlaşılabilmesi için Mahkeme'nin kişisel veri tanımı ve kişisel verilerin korunması hakkına olan bakış açısının da açıklanması ve anlaşılması gerekir.

123 AYM, Suat Özcan Başvurusu, Başvuru No: 2014/12522, 8/11/2017.

124 AYM, M.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2017/34584, 22/3/2018.

125 AYM, Oğulcan Büyükkalkın ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/17226, 10/1/2018.

126 AYM, Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2014/18247, 20/12/2017

127 AYM, Bülent Polat Başvurusu, Başvuru No: 2013/7666, 10/12/2015; AYM, Z.A. Başvurusu, 2013/2928, 18/10/2017; AYM, G.G. Başvurusu, Başvuru No: 2014/16701, 13/10/2016.

128 AYM, Orhan Kayahan Başvurusu, Başvuru No: 2014/1970, 22/11/2017.

129 AYM, Adem Yüksel (GK) Başvurusu, Başvuru No: 2013/9045, 1/6/2016

Bu bağlamda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun itiraz yoluna başvurusu sonucu Mahkeme tarafından kişisel verilere ilişkin detaylı açıklamalardan yapıldığı 9 Nisan 2014 tarihli karar önem teşkil etmektedir¹³⁰. Kararın konusunu 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesi oluşturmaktadır. Kararın aynı zamanda kişisel veriler ile ilgili düzenlemelerin kanun ile yapılması gerektiğini ortaya koyan yönü bulunmaktadır. Ancak bu noktada Mahkemenin kişisel veriler kavramına ilişkin açıklamalarına değinilip; aşağıdaki bölümde kararın diğer yönü ele alınacaktır.

Mahkeme, kişisel verilerin belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiğini, bu kapsamda; kişinin adı, doğum tarihi gibi kimlik bilgilerinin yanı sıra hobilerinden tercihlerine kadar kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin bu kapsamda olduğunu belirtmiştir. Böylece esasen yerleşmiş kişisel veri tanımından ayrılmamıştır. Kararda nelerin kişisel veri olabileceğine örnek sayılması da kapsamının belirlenmesi konusunda faydalı olmuştur. Nitekim burada sayılan örnekler de 6698 sayılı Kanunun gerekçesinde kişisel veri tanımının yapılmasında aynen kullanılmıştır.

Kişisel verilerin korunması hakkının ise kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçladığı belirtilmiştir. İnsan haklarına ilişkin yukarıda detaylı bir biçimde açıkladığım üzere insan haklarının görünümü kendini insan onuru ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinde göstermektedir. İnsan hakları, insanın onurunu koruması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi için sahip olması gereken temel haklarını içerir. Mahkeme kararında; kişisel verilerin korunması hakkının, bu iki hakkın özel bir biçimi olduğu belirtilerek esasen kişisel verilerin korunması hakkının insan hakları içerisinde yer aldığına işaret edilmiştir.

Mahkeme, bilişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler sonucunda, kişisel veriler üzerinde geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan birçok eylemin gerçekleştirilebilecek hale gelmesi ve kişisel verilerin işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, risklerin artması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel veriler yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler dolayısıyla kişisel verilerin en üst seviyede korunmasının zorunlu hale geldiğini ifade etmiştir. Günümüzde kişisel veriler en büyük ekonomik kazanç aracı haline gelmiş ve adeta kişisel veri olmaksızın ticaret yapılamaz bir hale gelmiştir. Bu nedenle ticari işletmeler büyük sayıda veriye ihtiyaç duymakta ve teknolo-

130 AYM, Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 2013/122, K. 2014/74, T. 9/4/2014, R.G.T. 26/7/2014, R.G.S. 29072

jinin sağladığı kolaylardan faydalanarak bu verileri kolaylıkla elde edip; veriler üzerinde istediği her türlü eylemi gerçekleştirebilmektedir. Böyle bir durumda bireylerin insan onuruna yakışacak bir biçimde kendi kişiliğini geliştirebilmesinden bahsedebilmek mümkün değildir. Ayrıca diğer temel hak ve özgürlüklerle koruma altına alınan birçok hukuksal çıkarın da dolaylı olarak ihlal edilme tehlikesi söz konusudur. Bu tehlikeler karşısında kişisel verilerin en üst düzeyde korunması gerekliliğinden söz edilmiştir. Böylece kişisel verilerin korunması hakkı insan hakları ve temel hak ve özgürlükler ile ilişkilendirilerek Anayasal güvence altına alınmıştır.

C. Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Kanun ile Düzenlenmesi Gerektiğine İlişkin

Anayasanın özel hayatın gizliliği ve korunması başlıklı 20. maddesine 2010 yılında eklenen 3. fıkranın son cümlesine göre; “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” Böylece kişisel verilerin korunması hakkının esas olarak Kanun ile kapsamlı bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Buna karşın Kanun ile çerçevesi çizilmekle beraber Kanunda belirlenmeyen hususların, Kanun’a aykırı olmamak kaydıyla yetkili kurum ve kuruluş tarafından çıkarılacak diğer hukuki yöntemlerle belirlenmesi elbette ki mümkündür. Nitekim 6698 sayılı Kanunun ardından Kanun ile öngörüldüğü şekilde birçok Yönetmelik yayınlanmaktadır.

Konun kanun ile düzenlenme zorunluluğuna ilişkin olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri tarafından açılan iptal davası sonucu Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu 10 Ocak 2013 tarihli kararı mevcuttur¹³¹. Kararın konusunu ilgili KHK’nın, belirtilen kurum ve kuruluşlara görevleri ile ilgili gerekli gördükleri her türlü bilgileri, bütün kamu ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden istemeye yetkili kıldığı hükmü oluşturur. TBMM üyeleri kişisel verilerin korunmasına ilişkin tanınan yetkinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek, iptal istemiyle başvuruda bulunmuştur.

Mahkeme, söz konusu kuralın Anayasanın 91. maddesi kapsamında aykırılık teşkil ettiğine kanaat getirerek iptal istemini kabul etmiştir. Anayasanın “Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme” başlıklı 91. maddesine göre; sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi mümkün değildir.

¹³¹ AYM, E. 2011/141, K. 2013/10, T. 10/1/2013, R.G.T. 28/12/2013, R.G.S. 28865. Benzer yönde karar için bkz: AYM, E. 2011/107, K. 2012/184, T. 22/11/2012, R.G.T. 24/01/2014, R.G.S. 28892.

Kanun ile öngörülmemiş olup KHK ile getirilen ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeni bir düzenleme içeren söz konusu hükmün, Mahkeme tarafından Anayasa'nın 91. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmesiyle kişisel verilerin korunması hakkının kişinin temel haklarından olduğu ifade edilmiştir.

Kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin düzenlemelerin Kanun ile yapılması zorunluluğundan sonra; bu hakka yönelik müdahale ve sınırlamaların ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine değinmek gerekir. Kişisel verilerin korunması hakkının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerden faydalanıp faydalanmayacağı kişisel verilerin korunması hakkının niteliğini belirleme konusunda büyük önem taşır.

Konuyla ilgili TBMM'nin bazı üyeleri tarafından 6698 sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinin hukuka aykırı olduğu iddiası ve bu hükümlerin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu 28.9.2017 tarihli, 2016/125 E., 2017/143 K. sayılı kararını ele almak gerekir. Mahkemeye yapılan başvuru ile 6698 sayılı Kanun'un çeşitli hüküm ve ibarelerin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptali istenen bazı hüküm ve ibarelerin kişisel verilerin korunması hakkına sınırlama getirdiği konusunda şüphe bulunmadığını belirtmiş ve bu sınırlamanın hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesini Anayasanın "temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması" başlıklı 13. maddesine göre yapmıştır. Söz konusu sınırlamanın 13. Maddeyle belirtilen; Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması halinde Anayasaya aykırılığın söz konusu olmadığı yönünde karar verilmiştir¹³².

Mahkeme kararıyla, kişisel verilerin korunması hakkına yönelik müdahalelerin ancak Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılacak ölçütlerin belirlendiği maddesine göre gerçekleştirilebileceğinin belirtilmiş olması oldukça önemlidir. Zira kişisel verilerin korunması hakkının, 13. maddenin sağladığı üst düzey korumalardan faydalanması açıkça bu hakkın temel hak ve özgürlükler arasında sayıldığı anlamına gelir. Esasen Mahkeme tarafından yakın zamanda verilmiş olan söz konusu karar, hakkın niteliği konusundaki tartışmalara son verecek niteliktedir.

132 Dülger, *Anayasa Mahkemesi'nin Kararına İlişkin Bir Değerlendirme*, s. 5 – 6.

Sonuç

Kişiye ait her türlü veriyi içinde barındıran kişisel veriler kavramı, esasen insanın var oluşundan beri zaten mevcut olmakla beraber bu veriler üzerinde gerçekleştirilecek işlem ve fiiller özellikle korunması gerekli bir alan olarak görülmektedir. Buna karşın teknolojik gelişmeler ile beraber içerisinde bulunduğumuz dijital dünyada kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, saklanması, toplanması, aktarılması veya hukuka uygun olarak ele geçirilse dahi veri sahibinin aleyhine olarak kullanılması gibi eylemlerin işlenmesinin çok kolay hale gelmesi veri sahipleri üzerinde büyük tehlikeleri ortaya çıkarmıştır. Bu tehlikeler özellikle yukarıda detaylı bir biçimde açıkladığım Nüfus Sayımı kararı gibi somut olaylarla beraber bireylerin de kendi kişisel verilerinin geleceği konusunda endişe duymasına sebep olmuştur. Böylelikle kişisel veriler üzerinde özellikle teknolojik gelişmelerin sağladığı kolaylıklardan faydalanmak suretiyle hukuka aykırı fiillerin gerçekleştirilebileceği ve bireylerin bu yolla mağdur edilerek temel hak ve özgürlüklerine ilişkin birçok hukuksal çıkarın zedelenebileceği fark edilmiştir. Bu farkındalık kişisel verilerin korunması gereken bir alan olarak görülmesini sağlamıştır.

Bireylerin kişisel verileri üzerinde bilgi, istek ve rızası dışında hukuka aykırı bir biçimde gerçekleştirilecek fiiller dolayısıyla endişe duymaya başlaması ile ortaya çıkan tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla çeşitli uluslararası kuruluşlar çalışmalara başlamıştır. Bu çalışmalar özellikle teknolojinin daha fazla geliştiği ayrıca hukuk sisteminin de yerleşmiş olduğu Avrupa'da yoğunluk kazanmış ve ilk hukuki düzenlemeler Avrupa Birliği ve Avrupa ülkeleri ulusal mevzuatlarında gerçekleştirilmiştir. Bundan sonra, diğer ülkelerde de konuyla ilgili çalışmalar başlamış ve tüm dünya ülkelerine yayılmıştır. Bu durum ekonomik ve sosyal faaliyetlerden gündelik faaliyetlere kadar her türlü yaşamsal faaliyetin devam ettirilebilmesi için zorunlu hale gelmiştir. Özellikle GDPR gibi, getirilen yükümlülüklerle bağlılık bakımından coğrafi sınırları genişleten düzenlemelerden sonra bu zorunluluk daha net ortaya çıkmıştır. Ülkemiz açısından söz konusu sorun ve tehlikeler uzun süre öncesinde ortaya çıkmasına rağmen konunun önemi son yıllarda 6698 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle anlaşılmaya başlanmıştır.

Esas amacı insan hakları bilincini oluşturmak ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini sağlamak olan uluslararası ve ulusal belgelerde de, kişisel verilerin korunması hakkına yer verildiğini görüyoruz. Bu hak ya tek başına bağımsız bir hak olarak düzenlenmiş ya da özel hayatın gizliliği gibi benzer hukuki yararın hedeflendiği temel hak ve özgürlükler altında sayılmıştır. Bu durum bize kişisel verilerin korunması ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişkiyi ve bu ilişkinin boyutunu sorgulatmaktadır.

Kişisel verilerin bireye ait her türlü bilgiyi kapsamı altına alması; kişisel verilerin korunması hakkının, çeşitli temel insan haklarıyla benzer felsefeden doğması kişisel verilerin temel hak ve özgürlükleri ile tartışmasız bir biçimde yakın bir ilişki içerisinde olduğunu kanıtlar niteliktedir. Bu noktada esas tartışma konusu kişisel verilerin korunması hakkının, bağımsız bir hak olarak kabul edilip edilmemesi gerektiğidir. Temel hak ve özgürlüklerin tümü, çıkış noktası ve bu hakların koruma altına alınmasıyla varmak istenen esas amaç bakımından benzerlik gösterir. Salt bu benzerliğe dayanarak kişisel verilerin özel hayatın gizliliği başlığı altında bağımlı bir hak olarak düzenlenmesi yönündeki görüşü geleneksel bir düşünce yöntemi olarak değerlendiriyorum. Her ne kadar birbirinden ayrılması güç bir ilişki söz konusu olsa da kişisel verilerin korunmasının temel hedefi göz önüne alındığında etkin bir korumanın sağlanabilmesi ve bireyler açısından gerekli ve yeterli güvencenin oluşturulması için bu hakkın diğer temel hak ve özgürlüklerle olan bağlantısı inkar edilmeksizin, tek başına bir hak olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Nitekim son dönemlerde bu algının oturmaya başladığını ve birçok düzenlemede özel ve aile hayatına saygı, haberleşmenin gizliliği gibi haklardan ayrı olarak kişisel verilerin korunması hakkının da düzenlendiğini görmekteyiz.

Bununla beraber kişisel verilerin korunması hakkının temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesi yönünde çalışmalar bulunsa da; bu durumun kesin bir şekilde açıklığa kavuşturulması gerekir. Kişisel verilerin korunması hakkının, ülkemiz Anayasasında kişinin hak ve ödevleri başlığı altında düzenlenmesi, konuyla ilgili usul ve esasların yasayla düzenlenmesi gerektiği ve hakkın sınırlandırılmasının ancak Anayasanın “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlıklı 13. maddesinde öngörülen usullere göre yapılabileceği göz önüne alındığında; söz konusu hakka olan bakış açısı zaten açıkça ortaya çıkmaktadır. Ancak bu hususun Anayasa ve ilgili mevzuatta açıkça belirtilmesinde taraf olduğumuz uluslararası düzenlemeler açısından faydalı olacağını düşünmekteyim.

İnsan hakları alanında en kapsamlı düzenlemelerden biri olarak kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de benzer bir durum mevcuttur. Kişisel verilerin korunması hakkı özel olarak düzenlenmemiş olmakla beraber; bu husus Sözleşmenin uygulama mercii olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği kararlarda ortaya çıkmaktadır. Yukarıda detaylı bir biçimde incelediğim üzere Mahkeme, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak korunması, saklanması, ifşa edilmesi gibi eylemler hakkında verdiği kararlarda Sözleşme’nin 8. maddesini dayanak yaparak söz konusu eylemlerin temel hak ve özgürlükler kapsamında Sözleşmeye aykırı olduğu kanaatinde bulunmuştur. Ayrıca Mahkemenin kişisel verilerin korunması hakkına getirilecek müdahalenin yasayla

düzenlenmesi gerektiğine ve sınırlamaların meşru bir ölçüte dayanma zorunluluğuna ilişkin kararlarından da kişisel verilerin korunması hakkının insan hakları kapsamında değerlendirildiği açıkça anlaşılmaktadır.

Bu çalışmayla temel olarak varılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

- Kişisel veriler, insana ait olan ve insanı belirleyen bilgilerden oluştuğundan; aslında insanlığın başlangıcından bu yana zaten kendiliğinden mevcut olmasına rağmen, korunması gerekli olan bir hukuksal alan, bir hukuki değer olarak görülmemektedir.

- Bilişim teknolojilerinin gelişmesi, internetin yaygınlaşması ve özellikle iletişim ağlarının gelişmesiyle bilgi alışverişi olanaklarının artmasıyla, bireylerde kendilerine ait olan bilgilerin bu bilgilerle hiçbir ilgisi ve menfaati olmayan üçüncü kişilerin eline geçmesi ve bu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından hukuka uygun veya aykırı olarak işlenmesi tehlikesi ve endişesi oluşmuştur.

- Böylece ülkeler tarafından kişisel verilerin korunmasının bir hak olarak düzenlenmesi ihtiyacı hissedilmiş ve yasalarla güvence sağlanmaya çalışılmıştır.

- Bu ihtiyaç ilk olarak 1970'li yıllarda Avrupa'da ortaya çıkmışsa da günümüzde tüm dünyaya yayılmıştır.

- Uluslararası alanda konuyla ilgili 1980'li yıllardan günümüze kadar yasal düzenlemeler yapılması ve geliştirilmesi yolunda çalışmalar devam etmektedir.

- Uluslararası alanda gerçekleştirilen düzenlemelerin son basamağını, 95/46/EC sayılı Direktif'in mevcut ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalması nedeniyle düzenlenen ve 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen GDPR oluşturur.

- GDPR ile kişisel veriler alanı bir önceki düzenlemelere göre daha geniş tutulmuş ve bu veriler üzerinde gerçekleştirilecek faaliyetler daha sıkı şartlara tabi tutulmuştur.

- GDPR hükümlerine aykırılık halinde 95/46/EC sayılı Direktif'e göre daha ağır yaptırımlar öngörülmüştür.

- Ulusal hukuk açısından, Türkiye, konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerde yer almış ve sonrasında konuyu TCK hükümleriyle yaptırıma bağlayıp ardından Anayasa'da yapılan değişiklikle Anayasal güvence altına almış olmasına rağmen; kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel kanun niteliğinde olan 6698 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi konusunda geç kalmıştır.

- Buna karşın geç de olsa Kanunun yürürlüğe girmesi ve sonrasında Yönetmelik, karar veya tebliğ gibi hukuki araçlarla konunun anlaşılmaya sağlanma-

sını olumlu gelişmeler olarak değerlendiriyorum

- Kişisel verilerin, başta özel hayatın gizliliği ve korunması olmak üzere diğer pek çok temel hak ve özgürlükle yakın ilişki içerisinde olmasından dolayı tek başına bir hak olup olmadığı tartışmaları mevcuttur. Ancak her ne kadar kişisel veriler ilk bakışta özel yaşam kavramının içinde değerlendirilebilecek nitelikteyse de, bu iki hakkın zamanla özel yaşamın gizliliği ilkelerinin gelişen teknolojinin tehlikelerini ortadan kaldıramaması sebebiyle birbirinden ayrıldığını ve kişisel verilerin korunması hakkı adında bağımsız ve ayrı bir hak oluştuğunu düşünüyorum.

- Kişisel verilerin korunmasının dayandığı temel çıkarın ekonomik hak ve insan hakkına dayandığı yönünde iki farklı görüş bulunur. Temel çıkarın tespiti, kişisel verilerin insan hakları içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bakımından önemlidir. Kişisel verilerin korunmasından anlaşılması gerekenin, verilerin korunması yoluyla veri sahibinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması olması gerektiğini düşündüğümden; benim görüşüm kişisel verilerin korunması hakkının temel insan hakları içerisinde yer aldığı yönündedir.

- AİHM tarafından kişisel verilere ilişkin somut olaylar Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Özel hayat kavramının tanımının yapılmasından kaçınılmakta ve kelime anlamı itibarıyla kişinin gizli hayatına ilişkin bir alan olduğu anlaşılabilirse de; özel hayat alanı oldukça geniş tutulduğu görülmektedir.

- Her ne kadar Mahkemenin konuyu 8. madde kapsamında ele alması; kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliği altında bir hak olarak görüldüğü algısını oluştursa da, Mahkeme tarafından somut olaylara ilişkin yapılan değerlendirmelerde kişisel verilere ayrı bir yer verildiğini görürüz.

- Kişisel verilerin özel hayat kavramından ayrı bir alanı ifade ettiği, ve bu verilere üzerinde gerçekleştirilecek müdahalelerin meşru bir amaçla yapılmak kaydıyla kanunla yapılması gerektiği belirtilmiştir.

- Mahkeme, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak saklanması, kullanılması ve ifşa edilmesini Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

- Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan kararlarda ise yukarıda nedenini gerekçeli ve detaylı olarak açıkladığım üzere kişisel verilerin korunması hakkının insan hakları ve temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirildiği açıkça görülür.

Kişisel verilerin korunması hakkının önemi hem ülkemizde hem de uluslararası alanda gün geçtikçe daha iyi anlaşılmaktadır. Özellikle bireylerin kişisel verilerinin, çoğunlukla teknolojik araçlar nedeniyle bu denli ortalıkta bulun-

duğu ve üçüncü kişiler tarafından kötü niyetli kullanımlara açık olduğu günümüzde, haklı olarak kişisel veriler en üst düzeyde hukuksal korumalar sağlanması gereken bir alan haline gelmiştir. Bütün dünya ülkeleri tarafından yeni düzenlemeler yapma ihtiyacı hissedilmekte ve var olan düzenlemeler bilişim teknolojilerinin gelişimine paralel olarak güncellenmek ve mevcut ihtiyaçlara cevap verecek hale getirilmek istenmektedir. Bireylere, kişisel verilerine ilişkin yeterli güvencenin verilmesi için söz konusu veriler üzerinde etkin bir koruma mekanizmasının sağlanması şarttır. Bunun en iyi yolu ise kişisel verilerin korunması hakkının uluslararası hukuk açısından da en üst düzey korumalara sahip olan insan hakları kapsamında ele alınarak niteliğinin açıkça belirlenmesidir. Nitekim yakın zamanda kişisel verilerin korunması hakkının tartışmasız biçimde ayrı bir hak olarak düzenleneceğinin yanında; insan hakları ve temel hak ve özgürlükler bağlamında da ele alınacağı kanaatindeyim.

KAYNAKLAR

- Akgül, Aydın, *Danıştay ve AİHM Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Akgül, Aydın, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın Google Kararı”, *TBB Dergisi*, Sayı: 116, 2016, s. 11 – 38.
- Akıncı, Ayşe Nur, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Çalışma Raporu No. 6*, Kalkınma Bakanlığı Bilgi Toplu Dairesi Başkanlığı Yayını, Haziran 2017, s. 1 – 41.
- Arslan, Kahan Onur, “İnsan Onuru ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 120, 2015, s. 155 – 172.
- Atak, Songül, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 87, 2010, s. 90 – 120.
- Aydın, Erdem, “Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü”, *Katkı Pediatri Dergisi*, 2002, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 302 – 311.
- Aydın, Sedat Erdem, *AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Azurmendi, Ana, “Spain; The Right to Be Forgotten The Right to Privacy and the Initiative: Facing the New Challenges of the Information Society”, *Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe*, Ed.: Wolf J. Schünemann, Max-Otto Baumann, Springer, Cham, 2017, s. 17 – 30.
- Boehm, Franziska, “Information Sharing in the Area of Freedom, Security and Justice—Towards a Common Standard for Data Exchange Between Agencies and EU Information Systems”, *European Data Protection: In Good Health?*, Ed.: Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul De Hert, Yves Poulet, Springer, Heidelberg, 2012, s. 143 – 183.
- Çelik, Yeşim, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansımaları Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, *TAAD*, Yıl: 8, Sayı: 32, Ekim 2017, s. 387 – 406.
- Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, 2003.
- Dülger, Murat Volkan, “Anayasa Mahkemesi’nin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Konu Edildiği İptal Davası Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, www.academia.edu, (Erişim Tarihi: 10.05.2018).
- Dülger, Murat Volkan, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, Güz 2016, s. 101 – 167.
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- González Fuster, Gloria, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology Series Vol.: 16, Springer, Switzerland, 2014.
- Gören, Zafer, “Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, *Anayasa Dergisi*, Sayı: 9, 1992, s. 165 – 184.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2004.
- Gümüş, Ali Tarık, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma Geliştirme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005,

s. 133 – 172.

- Gürsel, İlke, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Adalet Yayınevi, 2016.
- Hornung, Gerrit; Ralf Bendrath; Andreas Pfitzmann, “Surveillance in Germany: Strategies and Counterstrategies”, *Data Protection in a Profiled World*, Ed.: Serge Gutwirth, Yves Poulet, Paul De Hert, Springer, Heidelberg, 2010, s. 139 – 156.
- Kılınç, Ümit, “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, *TBB Dergisi*, Sayı: 89, 2010, s. 242 – 276.
- Kilkelly, Ursula, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, İnsan Hakları El Kitapları No:1, Almanya, 2001.
- Koloğlu, Mustafa, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Sır Saklama ve Suçu Bildirme Yükümlülüğü”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2009, s. 1 – 74.
- Korkmaz, İbrahim, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Kuner, Christopher, *European Data Protection Law: Corporate Compliance and Regulation*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Küzeci, Elif, “İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı”, *İnsan Hakları Yılı*, Cilt: 32, 2014, s. 53 – 75.
- Küzeci, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 60.
- Lambert, Paul B., *Understanding the New European Data Protection Rules*, CRC Press, Boca Raton, 2018, s. 89 – 94.
- Lynskey, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Nardell, Gordon, “Levelling up: Data Privacy and the European Court of Human Rights”, *Data Protection in a Profiled World*, Ed.: Serge Gutwirth, Yves Poulet, Paul De Hert, Springer, Heidelberg, 2010, s. 43 – 52.
- Markou, Christiana, “The ‘Right to Be Forgotten’: Ten Reasons Why It Should Be Forgotten”, *Reforming European Data Protection Law*, Ed.: Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert, Law, Governance and Technology Series Issues in Privacy and Data Protection Vol. 20, Springer, Heidelberg, 2015, s. 203 – 226.
- Mayer-Schönberger, Viktor, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2009.
- Özman, M. Aydoğan, “Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1978 Yılında Verdiği Kararlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 35, Sayı: 1, 1978 s. 195 – 218.
- Poulet, Yves, “About the E-Privacy Directive: Towards a Third Generation of Data Protection Legislation?”, *Data Protection in a Profiled World*, Ed.: Serge Gutwirth, Yves Poulet, Paul De Hert, Springer, Heidelberg, 2010, s. 3 – 29.
- Plagemann, Gottfried, “Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, *CHKD*, Cilt: 2, Sayı: 1 – 2, 2014, s. 157 – 187.
- Roagna, Ivana, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi Yayını, Strazburg, 2012.
- Rodota, Stefano, “Data Protection as a Fundamental Right”, *Reinventing Data Protection?*, Ed.: Serge Gutwirth, Yves Poulet, Paul De Hert, C’ecile de Terwangne, Sjaak

Nouwt, Springer, Heidelberg, 2009, s. 77 – 82.

- Sabuncu, Yavuz, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, *Amme İdaresi Dergisi*, s. 76 – 86.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 3, 2013, s. 227 – 266.
- Uyar, Lema, *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumu*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- Weber, Rolf H.; Dominic Staiger, *Transatlantic Data Protection in Practice*, Springer, Zurich, 2017.
- Van der Sloot, Bart, “Legal Fundamentalism: Is Data Protection Really a Fundamental Right?”, *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*, Ed.: Ronald Leenes, Rosamunde van Brakel, Serge Gutwirth, Paul De Hert, Law, Governance and Technology Series, Issues in Privacy and Data Protection, Vol. 36, Springer, Cham, 2017, s. 3 – 29.
- Voigt, Paul; Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Springer, Switzerland, 2017.
- Yılmaz, Sabire Sanem, “Tıp Alanında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verilmesinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında)”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2014, s. 1 – 126.

ÖZ

Bu makalenin konusunu insan hakları ve temel hak ve özgürlükler bağlamında kişisel verilerin korunması oluşturmaktadır. Bu amaçla ilk olarak kişisel veriler kavramı ile konuyla ilgili uluslararası ve ulusal düzenlemeler açıklanarak kişisel verilerin korunması hakkının kapsamı belirlenmiştir. Bundan sonra insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerin sınırları açıklanarak kişisel verilerin özellikle özel hayatın gizliliği ve korunması ile diğer temel haklar içerisindeki yeri tespit edilmiştir. Böylece kişisel verilerin korunması hakkının tek başına bir hak olup olmadığı sorunu çözülmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi’nin konuyla ilgili kararları açıklanarak konuya olan bakış açıları değerlendirilmiştir. Sonuç olarak kişisel verilerin korunması hakkının, başta özel hayatın gizliliği ve korunması olmak üzere diğer temel hak ve özgürlükler içerisindeki yeri, AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: kişisel veriler, insan hakları, temel hak ve özgürlükler, kişisel verilerin korunması, kişisel verilerin mahremiyeti.



ÖZEL HUKUK

Kiracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun Süreli ve Süreli Olmayan Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*

Evaluation of Surety Contracts for the Benefit of Tenant within the Context of Turkish Code of Obligations Provisions on Fixed Term and Open – Ended Surety Contracts

Ömer ÇINAR**

ABSTRACT

The provisions on fixed-term and open-ended surety contracts are very different in terms of release of the surety. Lease contracts may extend for one year or indefinitely, if the lease is tacitly continued. In this case, the status of the surety contract for the benefit of tenant mostly depends on the duration of the contract. This study examines the grounds for implementation of the time limit on the lease contract for the liability of the surety in open-ended surety contracts in detail, in addition to the provisions of Turkish Code of Obligations on fixed-term and open-ended surety contracts.

Keywords: lease contracts, surety contracts, surety, termination of the suretyship

Giriş

Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 598. maddesi ilâ 602. maddeleri arasında, asıl borcun sona ermesi yanında, kefalet sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olduğu göz önünde tutularak kefalet sözleşmesini sona erdiren başka nedenler de düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, süreli kefalette kefilin sorumluluktan kurtulması açısından önceki Kanuna göre önemli bir değişiklik getirilmiş ve kefilin süre sonunda kendiliğinden sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmiştir (TBK m.600). Kanunda, süreli olmayan kefalette kefilin, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hâllerde,

* Makale gönderim tarihi: 05.06.2018. Makale kabul tarihi: 11.06.2018.

** Doç. Dr., İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi. İletişim: İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ulubathı Hasan Caddesi, No: 2, Başakşehir, İstanbul.

alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebileceği düzenlenmiştir (TBK m.600/f.1). Borcun alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olması halinde kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapıldığı ve borç bu suretle muaccel olunca, Kanunun imkan verdiği hallerde takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilecektir (TBK m.601/f.2). Kanunda, alacaklının, kefilin söz konusu istemlerini yerine getirmemesi halinde ise kefilin borcundan kurtulacağını belirtmiştir (TBK m.601/f.3). Türk Borçlar Kanunu'nda gerçek kişilerin yaptığı kefalet sözleşmelerinin on yıllık azami süre sonunda sona ermesi düzenlenerek gerçek kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesinde süre kararlaştırılmamış olması halinde azami on yıllık süre ile kefalet sözleşmesinin devam edeceği öngörülmüştür (TBK m.598/f.3).

Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin son fıkrasına göre, Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, kefalet sözleşmesini düzenleyen bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin son fıkrasının bir uygulaması olarak, önceki Borçlar Kanunumuzun 493. ve 494. maddelerinde olduğunun aksine, süreli ve süreli olmayan kefalette, kefilin, önceden yaptığı feragatler, kesin hükümsüz olacaktır.

Kira sözleşmesi belirli ya da belirsiz süre için yapılabilmekte olup, belirli süreli kira sözleşmelerinin süresinin bitmesinden sonra kiralananın kullanılmaya devam edilmesi halinde konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira sözleşmesi bir yıllık süre için uzar. Diğer kira sözleşmelerinde ise sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Uygulamada özellikle belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiracının borcu için yapılan kefalet sözleşmesinin uzayan dönemde devam edip etmeyeceği hususu önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, söz konusu sorunu çözerken, kefaletin süreli olup olmamasından ziyade kira sözleşmesinin süresinden hareketle kefaletin süresini tayin etmekte ve kefaletin süresinin belirlenmesini kefalet sözleşmesinin geçerliliği için zorunlu görmektedir. Yine, kira sözleşmesinde süre kararlaştırılmış, ancak kefalet sözleşmesinde süre kararlaştırılmamış ise kefaletin süreli sayılıp sayılmayacağı önem arz etmektedir. Öyle ki, kefilin sorumluluktan kurtulması açısından süreli ve süreli olmayan kefaletin gösterdiği özellikle çok farklıdır.

Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu'nun süreli ve süreli olmayan kefalet sözleşmelerine ilişkin hükümlerine değinildikten sonra, kira sözleşmelerinde kiracının borçlarını ifa etmemesi halinde kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenen kefilin kiraya veren ile yaptığı kefalet sözleşmesinde süre öngörülmemesi halinde kira sözleşmesindeki sürenin kefalet sözleşmesine de uygulanıp uygu-

lanamayacağı, kira sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının kefaletin geçerliliğine ve kefilin sorumluluğuna etkisi ayrıntılı olarak incelenecektir. Çalışmanın sonunda, konuya ilişkin ulaşılan sonuçlar belirtilecektir.

I. Süreli ve Süreli Olmayan (Belirsiz Süreli) Kefalet

A. Süreli Kefalet

Türk Borçlar Kanunu'nun 600. maddesinde, önceki Borçlar Kanunumuzun 493. maddesinden farklı olarak, karşılaştırılan sürenin sona ermesi ile kefilin sorumluktan kurtulacağını belirtilmiştir. Süreli kefalet, kefilin sorumluluğunun belirli bir süreye bağlandığı kefalet sözleşmeleri şeklinde tanımlanabilir¹. Süreli kefalette karşılaştırılan süre, kefilin borcunun muaccel olduğu tarihi değil, kefilin borcunun sona erdiği tarihi belirlemektedir². İşte bu husus, süreli kefaleti, asıl borcun veya kefilin sorumluluğunun belirli bir vadeye bağlandığı durumlardan ayırır. Kefalet fer'i nitelikte olduğundan kefil, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa en erken asıl borcun muaccel olması ile sorumlu tutulabilir³. Kefalet sözleşmesinde kefilin, ancak belirli bir süre içinde ortaya çıkan borçlardan sorumlu olduğu karşılaştırılmış ise süreli kefaletten değil, kefilin sorumluluğunun kapsamının sınırlanması söz konusu olur⁴. Süreli kefalette sürenin sona ermesiyle kefilin sorumluluğu da sona erdiğinden, bu husus, def'i değil, itiraz niteliğindedir ve hâkim tarafından resen nazara alınır⁵.

1 Emil Beck, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Zürich, 1942, Art. 510, N. 25; Ömer Çınar, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*, İstanbul, 2013, s. 47; Silvio Giovanoli, *Berner Kommentar; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band VI, 2. Abt., 7. Teilband, Bern, 1978, Art. 510, N. 10; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt: 2, İstanbul, 2012, s. 385 (Kısaltma, Gümüş, Cilt: 2); Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2012, s. 532; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013, s. 297; Christoph M. Pestalozzi, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1- 529, (Heinrich Hrs.Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basel, 2007, Art. Art.510, N.8; Gökhan Şahan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara, 2009, s. 72.

2 Gümüş, Cilt: 2, s. 385; Giovanoli, Art. 510, N. 10; Özen, s. 532.

3 Çınar, s. 47; Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul, 1996, s. 187; Reisoğlu, s. 299 – 300.

4 Beck, Art. 510, N.32; Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, (Çeviren; A.Suat Dura), Ankara, 1993, s. 1078 – 1079; Gümüş, Cilt: 2, s. 386; Gülçin Elçin Grassinger, "Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları", *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan*, İstanbul, 2004, s. 210, (Kısaltma, Haklar), s. 211; Özen, s. 538.

5 Çınar, s. 59 – 60.

Süreli kefalette taraflar açıkça belirli bir süre kararlaştırabilecekleri gibi, tarafların iradelerinin yorumu ile de kefaletin süreli olduğu sonucuna ulaşılabilecektir⁶. Taraflarca, kefalet sözleşmesinde “sözleşme beş yıl süre ile geçerlidir” gibi bir hüküm öngörülmüşse açık bir süreli kefalet söz konusudur. Kefalet sözleşmesinde açıkça bir süre kararlaştırılmamışsa ve yorum yoluyla da kefaletin süreli olduğu sonucuna ulaşılamıyorsa, kefaletin süreli değil, belirsiz süreli olduğu kabul edilecektir⁷. Bu nedenle kefaletin süreli olduğunu iddia eden tarafın bu hususu ispat etmesi gerekir⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun 600. maddesine göre, süreli kefalette kararlaştırılan sürenin sona ermesi ile kefalet sözleşmesi kendiliğinden sona erer.

Kefalet sözleşmesinde, taraflardan birine, diğer tarafa yapılacak tek taraflı bir fesih bildiriyle, mesela; sözleşmenin kurulmasından itibaren altı ay içinde, sözleşmeyi sonlandırma hakkı tanınmışsa, kefilin sorumluluk süresi sınırlı olmadığı için, süreli kefalet olmaz⁹. Aynı şekilde, kefalet sözleşmesinde, taraflara, belirli bir süre geçtikten sonra fesih ihbar hakkı tanınmış ise mesela; sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl geçtikten sonra, üç ay içinde bildirim yapılması öngörülmüşse, yine süreli kefalet olmaz¹⁰. Ancak, taraflar kefalet süresini belirlemişler ve kendilerine bu sürenin sona ermesinden belirli bir süre önce diğer tarafa yapılacak ihbar ile sözleşmeyi sonlandırma hakkı tanımışlarsa, mesela; kefaletin üç yıl geçerli olacağı, ancak bu süre içinde her zaman için altı ay önceden yapılacak bildirimle feshinin mümkün olduğu kararlaştırılmışsa, artık süreli kefalet söz konusu olur¹¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 598. maddesine göre, “*Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.*” Kefalet, on

6 Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, (Hazırlayanlar; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), İstanbul, 2012, (Kısaltma; Yavuz, Acar, Özen, Dersler), s. 701.

7 Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ders Kitabı*, Ankara 2014, s. 836; Yavuz, Acar, Özen, Dersler, s. 701.

8 Beck, Art. 510, N. 35; Grassinger, s. 146; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt: 2, (1989 Yılı 4. Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım), İstanbul, 210, s. 800; Oser, Schönerberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, (Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis; Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Gelir Bakma Sözleşmeleri, İsviçre BK 492/529- Türk BK.483/519), (Çeviren: İsmet Sungurbey), Ankara, 1964, s. 359; Doktrinde (Beck, Art. 510 N. 35; Grassinger, s. 146; Özen, s. 535; Tandoğan, s. 800) kefaletin belirli süreli olmasının kefilin lehine olduğu ve bu iddiayı çoğunlukla kefilin ileri sürebileceği düşünülerek, süreli kefaleti kefilin ispat ile yükümlü olduğu savunulmuştur.

9 Beck, Art. 510 N. 32; Grassinger, s. 144; Gümüş, Cilt: 2, s. 386; Özen, s. 537; Şahan, s. 77.

10 Grassinger, Haklar, s. 211; Özen, s. 537. Karşı görüşte Oser, Schönerberger, s. 259.

11 Grassinger, s. 144; Özen, s. 536 – 537; Diğdem Sönmez, Esen Zeybek, “Belirli Süreli Kefaletlerde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi”, *MBD.*, Sayı: 67, 1998, s. 51; Şahan, s. 77.

yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir. _Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir” (TBK m.598/f.3, 4 ve 5).

Buna göre, gerçek kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesinde on yıllık süreden daha kısa bir süre kararlaştırılmış ise kefil bu sürenin sonunda, on yıldan daha uzun bir süre kararlaştırılmış ise on yılın sonunda borcundan kurtulur. Kefilin gerçek kişi olmaması halinde, kefalet sözleşmesi herhangi bir azami süreye bağlı olmaksızın yapılabilecektir. Bu durumda (kefilin gerçek kişi olmadığı halde) Türk Borçlar Kanunu’nun 598. maddesi uygulanmayacağı için, kefalet sözleşmesinde on yıldan daha uzun bir süre kararlaştırılmış ise kefil, ancak bu sürenin sonunda borcundan kurtulacaktır.

Kanun koyucu, gerçek kişi kefiller için azami bir süre belirlemekle yetinmemiş, on yıllık süreden daha uzun bir kefalet sözleşmesi yapılması halinde, sözleşmenin akıbetinin ne olacağını ve söz konusu sürenin uzatılıp uzatılmayacağını da düzenlemiştir. On yıllık süre emredici nitelikte olmasına karşın, kanun koyucu daha uzun süreli kefalet sözleşmelerinin tamamen hükümsüz saymamıştır¹². Türk Borçlar Kanunu’nun 598. maddesinin dördüncü fıkrasında kefilin sadece on yıllık süre zarfında takip edilebileceği belirtildiğinden, on yılı aşan kısım hükümsüz olacaktır¹³. Türk Borçlar Kanunu’nun 598. maddesinin üçüncü fıkrasında bir gerçek kişi tarafından verilen her türlü kefaletin on yıllık sürenin sona ermesiyle ortadan kalkacağı belirtildiğinden hükmün uygulanmasında kefaletin türü yani, adi veya müteselsil, süreli veya süreli olmayan kefalet olması önem taşımaz¹⁴.

Gerçek kişilerin kefillikten kurtulmasını sağlayan on yıllık süre, kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren işlemeye başlar¹⁵. Belirtmek gerekir ki, Kanunda (m.598/f.3) sözleşmenin kurulması denildiğinden, sözleşme-

12 Beck, Art. 509, N. 58 – 59; Çınar, s. 62 – 63; Gümüş, Cilt: 2, s. 383; Özen, s. 555 – 556; Pestalozzi, Art. 509, N. 12; Reisoğlu, s. 296.

13 Burada değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük söz konusu olduğundan, Türk Borçlar Kanunu’nun 27. maddesi uygulanmayacaktır. Bkz.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, *Selim Kaneti’ye Armağan*, İstanbul, 1996, s. 25 – 26; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, (Yazar; Necip Kocayusufpaşaoğlu), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, İstanbul 2008, s. 602 – 603, (Kısaltma, Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar).

14 Burak Özen, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi”, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, (II, 1), www.kazanci.com.tr, (Kısaltma, Özen, Sona Erme), (IV, 2); Pestalozzi, Art. 509, N. 12.

15 Çınar, s. 66 – 67; Giovanoli, Art. 509, N. 23; Gümüş, Cilt: 2, s. 383; Oser, Schönerberger, s. 352; Özen, s. 558; Pestalozzi, Art. 509, N. 12; Yavuz, Acar, Özen, Dersler, s. 701.

nin hükümlerini doğurması anı on yıllık süre açısından önem arzetmez. Türk Borçlar Kanunu'nun 598. maddesinin son fıkrasına göre, “*Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azamî on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir*”. Buna göre, kefalet süresinin uzatılabilmesi için, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce, yani onuncu yılın işlemeye başladığı ilk günün başlangıcından, onuncu yılın sona erdiği günün bitimine kadar yapılabilir¹⁶. Kefilin, kefalet sözleşmesinde veya son yıldan daha önce sürenin uzatılabileceğini kabul etmesi kesin hükümsüz olacaktır¹⁷. Kanunda (TBK m.598/f.4), uzatmadan farklı olarak, yeni kefalet sözleşmesinin yapılması için herhangi bir süre sınırı getirilmemiştir. Bu nedenle, yeni kefalet sözleşmesi, önceki kefalet sözleşmesinin herhangi bir evresinde, mesela, kefalet sözleşmesinin kurulmasından bir yıl veya iki yıl sonra yapılabilir¹⁸.

Kanunda sürenin uzatılması için aranan diğer bir koşul, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı bir açıklama yapması gerektiğidir. Söz konusu hükümde (TBK m.598/f.5) “kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklama” denildiğinden, kefilin, müteselsil kefalet varsa “müteselsil kefalet” ibaresini, uzatma tarihini ve azami kefalet tutarını el yazısı ile yazması ve imzalaması gerekecektir¹⁹. Türk Borçlar Kanununda (m.598/f.5), kefilin sorumluluğunun en fazla (azami) on yıllık bir dönem için uzatılabileceği düzenlenmiştir. Kefalet süresinin uzatılması halinde, kefilin eşinin rızasının gerekip gerekmediği Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine göre değerlendirilecektir²⁰. Türk Borçlar Kanununda (m.598/f.4) kefilin en fazla azami sürenin sonuna kadar takip edilebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle asıl borcun muaccel olmaması nedeniyle kefilin borcu da azami sürenin sonuna kadar muaccel olmaz ise alacaklı on yıllık azami sürenin veya uzatılmış sürenin tamamlanmasından sonra artık kefilin takip edemez.

Kefilin sorumluluğunun kefilin hayatı ile sınırlı olacağı ve ölüm halinde mirasçılarının sorumlu olmayacağı kararlaştırılması halinde süreli kefalet

16 Çınar, s. 68; Gümüş, Cilt: 2, s. 384; Oser, Schönerberger, s. 352 – 353; Özen, s. 559 – 560; Pestalozzi, Art. 509, N. 15 – 16.; Reisoğlu, s. 296 – 297.

17 Özen, s. 560 – 561; Oser, Schönerberger, s. 352 – 353; Pestalozzi, Art. 509, N. 16.

18 Beck, Art. 509, N. 70; Giovanoli, Art. 509, N. 27; Özen, s. 562; Oser, Schönerberger, s. 353; Pestalozzi, Art. 509, N. 15 – 16; Reisoğlu, s. 297.

19 Beck, Art. 509, N. 68; Çınar, s.70; Gümüş, Cilt: 2, s. 384; Reisoğlu, s. 297.

20 Aydoğdu, Kahveci, s. 838; Eşin rızasının aranıp aranmadığı haller için bkz. Muzaffer Şeker, *Kefalet ve Avalde Eşin Rızası*, İstanbul, 2017, s. 40 – 64.

vardır²¹. Ancak, ölüm olayının gerçek kişilere özgü olduğu ve gerçek kişi kefil-ler açısından, Türk Borçlar Kanunu'nun 598. maddesinde azami on yıllık süre öngörüldüğü gözden kaçırılmamalıdır. Bu durumda ölüm olayı ile sınırlı süreli kefalet, kanunda öngörülen şekilde uzatılmamış ise ancak yapıldığı tarihten itibaren on yıl geçerli olacaktır²². Tüzel kişinin ölümü söz konusu olmaz ise de, kefalet sözleşmesinde tüzel kişi kefilin, tüzel kişiliğinin sona ermesine kadar veya tasfiyesine kadar sorumlu olacağının kararlaştırılması süreli kefalet kabul edilecektir.

B. Süreli Olmayan (Belirsiz Süreli) Kefalet

Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesinde (eBK m.494), kefilin sorumluluğu için belirli bir süre öngörülmeden kefalet sözleşmelerinde kefilin sorumluluktan kurtulmasının koşulları düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre (TBK m.601), *“Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur”*.

Kanun koyucu, alacaklının alacağının ifasını istememek suretiyle zaman içinde kefil aleyhine ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları ortadan kaldırmak

21 Grassinger, s. 144; Şahan, s. 75; Reisoğlu, s. 298, dipnot 881; Tandoğan, s. 800. Kefilin hayatı ile sınırlanan bir kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumluluğu, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir tarihe kadar ertelenmektedir. Bu anlamda ölüm olayı gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir olay (şart) değil, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir olaydır. Bu nedenle kefilin ölümüne kadar sorumluluk üstlendiği kefalet sözleşmesi, şarta bağlı bir sözleşme değil, süreli bir sözleşmedir. Bkz. M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), İstanbul, 2010, s. 198; Yaşam ile sınırlı yapılan sözleşmede süre belirsiz olmakla birlikte, kefilin sorumluluğu onun hayatı ile sınırlanmış ve sorumluluğa azami bir sınır tayin edilmiş olup, onun ölümünden sonra mirasçıları sorumlu olmayacaktır.

22 Grassinger, (s.144, dipnot 323), ölüncüye kadar geçerli bir kefalet sözleşmesinin kişilik hakkına aykırı sayılıp sayılmayacağına ilişkin düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce, önceki Borçlar Kanunumuzda gerçek kişi kefiller açısından on yıllık azami süre öngörülmediği için, ölüncüye kadar geçerli bir kefalet sözleşmesinin kişilik hakkına aykırı sayılması ve Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddeleri (eBK m.20) uyarınca kesin hükümsüz olduğu savunulabilirdi. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nun 598. maddesi uyarınca gerçek kişilerin yapacağı kefalet sözleşmesi azami on yıllık bir süre ile sınırlandırıldığı için, artık böyle bir kefaletin geçersiz olacağı kabul edilemez. Kefilin on yıllık süre dolmadan ölmesi halinde kefalet son bulacağı ve mirasçıların da sorumlu olmayacağı gözönünde tutulduğunda, kefilin sorumluluğunun ölüm olayı ile sınırlanması lehine olmaktadır.

amacıyla, süre öngörülmemiş olsa bile kefilin, asıl borcun muaccel olmasına bağlı olarak sorumluluktan kurtulması için bir imkân sunmuştur²³. Süreli kefalette, kefaletin türüne (adi veya müteselsil) ve asıl borcun muaccel olup olmamasına bakılmaksızın, sürenin sona ermesi ile kefil kanun gereği sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık, süreli olmayan kefalette kefilin sorumluluktan kurtulması için, kefaletin türü önem taşıdığı gibi asıl borcun muacceliyeti de önem taşımaktadır. Süreli olmayan kefalette kefilin alacaklıdan istemde bulunması için, öncelikle asıl borcun muaccel olması gerekmektedir²⁴. Kanun, asıl borcun muaccel olması ile asıl borcun alacaklının ihbarıyla muaccel olacağı hallerin sonuçlarını farklı düzenlemiştir. Asıl borcun ifası konusunda alacaklı ve borçlu arasında bir vade kararlaştırılmış ise bu vadenin dolmasıyla asıl borç muaccel olacağından kefil, bu tarihten itibaren bir ay içinde alacaklıdan asıl borçluya karşı dava açmasını veya icra takibine girişmesini isteyebilir²⁵. Asıl borcun alacaklı tarafından yapılacak ihbarla muaccel kılınacağı kararlaştırılmışsa kefil, en erken kefalet tarihinden itibaren bir yıl sonra, alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını, borcun muaccel hale getirilmesini ve borcun muaccel hale gelmesinden sonra da bir ay içerisinde dava açmasını ve icraya başvurmasını isteyebilir²⁵.

Süreli olmayan adi kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca her zaman, sorumluluktan kurtulmak için alacaklıdan belirli koşulların gerçekleştirilmesini isteyebilir ve alacaklının bu istemleri yerine getirmemesi halinde sorumluluktan kurtulur. Süreli olmayan müteselsil kefalette ise kefil, ancak kanunun öngördüğü hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesinin sağladığı haklardan yararlanabilir²⁷. Süreli olmayan kefalette kefilin sorumluluktan kurtulması için, borcun muaccel olmasından sonra alacaklıdan, asıl borçluyu icra veya dava yoluyla takip etmesi varsa rehnin paraya çevrilmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini istemesi gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Kefilin sorumluluktan kurtulması, ancak söz konusu istemlerin alacaklı tarafından yerine getirilmemesi veya takibe ara verilmesi halinde olur²⁸. Türk Borçlar Ka-

23 Çınar, s. 77 – 78; Grassinger, s. 150; Reisoğlu, s. 301.

24 Çınar, s. 78; Özen, s. 542.

25 Çınar, s. 78; Özen, s. 542; Oser, Schönerberger, s. 364 – 365; Pestalozzi, Art. 511, N. 1 - 2; Reisoğlu, s. 301; Şahan, s. 85.

26 Grassinger, (Haklar), s. 212 – 213; Giovanoli, Art. 511, N. 3; Reisoğlu, s. 301; Tandoğan, s. 802; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Hazırlayanlar; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen), İstanbul, 2009, s. 867 - 868 (Kısaltma; Yavuz, Acar, Özen, Özel Hükümler).

27 Beck, Art. 510, N. 32; Giovanoli, Art. 510, N. 10; Grassinger, Haklar, s. 211; Gümüş, Cilt: 2, s. 390; Oser, Schönerberger, s. 365; Özen, s. 545; Pestalozzi, Art. 511, N. 2; Yavuz, Acar, Özen, Dersler, s. 702.

28 Grassinger, Haklar, s. 224; Gümüş, Cilt: 2, s. 390; Oser, Schönerberger, s. 365 – 366.

nununda (m.601), önceki Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinden farklı olarak, asıl borç, kefalet yanında rehinle de temin edilmişse, kefilin alacaklıdan rehinlerin paraya çevrilmesi konusunda da bir istemde bulunması gerektiği düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesi, önceki Borçlar Kanunundan (eBK m.494) farklı olarak emredici nitelikte olsa bile hükmün emredicilik karakteri nisbi olup, sadece kefilin sorumluluğunun artırılmaması açısından²⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde kefaletle ilişkin hangi hükümlerin gerçek kişilerin verdiği kişisel teminatlara uygulanacağını belirtmiş olup, bu hükümler arasında kefaletin sona ermesine ilişkin hükümler mevcut değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesi, kefillerin birbirlerine rücu hakkına ve çalışanlara kefaletle uygulanmaz³⁰. Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesinin uygulanması açısından önemli olan husus, asıl borcun sürekli veya süreli olması değil, kefilin sorumluluğunun süreli veya süresiz (belirsiz süreli) olmasıdır³¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesinde, müteselsil kefilin de kanunda öngörülen hallerde söz konusu hükümden yararlanabileceği kabul edilmiştir. Bu durumda kanunda öngörülen hallerin ne olduğunun tespiti önem arz etmektedir³².

Kefilin alacaklıdan yerine getirmesini istediği davranış, ondan (alacaklıdan) talepte bulunulabilmesinin bir gereği olmalıdır. Adi kefalette kefil, alacaklıdan, alacak hakkının asıl borçluya karşı ileri sürülmesini isteyebileceği gibi, varsa, rehinlerin de paraya çevrilmesini isteyebilecektir³³. Bu hususların

29 Aydoğdu, Kahveci, (s. 837'de), söz konusu hükmün emredici olmadığı, sürenin artırılıp azaltılabileceği ya da tamamen kaldırılabilmesi belirtilmişse de Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin son fıkrası karşısında, sürenin kefil aleyhine azaltılması ya da kaldırılması mümkün değildir.

30 Beck, Art. 511, N. 12; Develioğlu, s. 453; Grassinger, s. 156 – 157; Gümüş, Cilt: 2, s. 390; Pestolozzi, Art. 511, N. 2.

31 Çınar, s. 82 vd.

32 Çınar, s. 89; Özen, s. 543 – 544; Önceki Borçlar Kanunumuzun 494. maddesinde kefaletin türü açısından bir ayırım yapılmadığı için, müteselsil kefilin bu haktan yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmıştır. Bu tartışmalar için bkz. Grassinger, s. 154; Grassinger, Haklar, s. 228 – 229; Reisoğlu, s. 306 – 307; Tandoğan, 802 – 803. Bu konuda yapılmış monografik çalışmalar için bkz. Nami Barlas, “Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK.m.494/f.1 Hükümünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, (s. 169 - 194). Yazar'ın görüşü (s. 192), müteselsil kefilin söz konusu hükümden (eBK m.494/f.1) hiçbir şekilde yararlanamayacağıdır. Aynı yönde, Tandoğan, s. 802 – 803, Arpacı, s. 541. Buna karşılık, doktrinde Grassinger, (s. 154 - 155) ve Haklar, (s. 229 - 230)'de müteselsil kefilin (eBK m. 494) hükmünden her yönden yararlanabileceği görüşündedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesinde ise, müteselsil kefilin, kanunda öngörülen hallerde söz konusu hükümden yararlanabileceği belirtildiğinden, önceki Kanun dönemindeki tartışmaların bir önemi kalmamıştır.

33 Beck, Art. 511, N. 2; Grassinger, Haklar, s. 229 – 231; Gümüş, Cilt: 2, s. 391; Özen, s. 544 – 545; Reisoğlu, s. 306 – 307.

her ikisi de kanun tarafından adi kefile tanınan ve sorumluluktan kurtulması için yapması gereken istemlerdir. Buna karşılık, müteselsil kefilin alacaklıdan talepte bulunmasının zorunlu gereği, öncelikle rehnin paraya çevrilmesi istemidir. Müteselsil kefilin paraya çevrilmesini isteyebileceği rehin, menkul ve alacak rehni gibi rehinlerdir³⁴. Her iki düzenleme açısından, müteselsil kefil, ancak varsa rehinlerin paraya çevrilmesini isteyebilecek olup, rehin yoksa veya alacaklı tarafından paraya çevrilmişse, kefilin alacaklıdan başka bir istemde bulunması söz konusu olmaz³⁵. Türk Borçlar Kanununa göre, müteselsil kefil, alacaklıdan borcun muaccel olmasından itibaren bir ay içinde asıl borçluya karşı takibe geçilmesini değil, ancak taşınır rehni ve alacak rehinlerinin paraya çevrilmesini isteyebilir (TBK m.586/f.2)³⁶. Alacaklı borçlunun bu istemlerini yerine getirmez ise kefil sorumluluktan kurtulur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin ikinci fıkrasında taşınır veya alacak rehni paraya çevrilmeden kefile başvurulamayacağı belirtilmişse de aynı hükmün ikinci cümlesinde bu kurala istisnalar öngörülmüştür. Eğer konkordato mehli varsa veya borçlu iflas ederse ya da rehnin paraya çevrilmesi halinde bile alacak tamamen karşılanamayacaksa, alacaklı asıl borç muaccel olduğu takdirde, rehni paraya çevirmeksizin kefile başvurabilir. Adi veya müteselsil kefalet olsun, kefil iflas ederse, alacaklıya karşı, Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesinden kaynaklanan haklarını kullanamaz³⁷. Buna karşılık, adi ve müteselsil kefalette, kefilin, asıl borçlunun iflası halinde alacaklıdan, alacağını iflas masasına yazdırmasını istem hakkı ve alacaklının bu davranışta bulunma külfeti vardır (TBK m.594/f.2). Alacaklı bu külfeti yerine getirmediği ölçüde kefile başvurma hakkını kaybeder³⁸.

Türk Borçlar Kanununda, müteselsil kefile başvurulması için yerine getirilmesi zorunlu görülen diğer hallerde de müteselsil kefil, alacaklıdan, asıl borcun muaccel olması ile birlikte kendisinin takip edilmesi için gerekli koşulların yerine getirilmesini isteyebilecektir. Buna göre, müteselsil kefil, alacaklıdan, asıl borcun muaccel olması halinde, asıl borçlu ödeme güçsüzlüğü içinde değilse, ona ihtar çekilmesini isteyebilir (TBK m.586/f.1, c.2). Bununla birlikte müteselsil kefil bu halde, asıl borçlunun veya kendisinin takip edilmesini isteyemez³⁹. Yine, müteselsil kefil, asıl borcun muacceliyetinin alacaklının ihba-

34 Çınar, s. 89; Gümüş, Cilt: 2, s. 391; Oser, Schönerberger, s. 365; Özen, s. 545; Reisoğlu, s. 307.

35 Grassinger, s. 154 – 155; Gümüş, Cilt: 2, s. 391; Özen, s. 545; Reisoğlu, s. 307.

36 Gümüş, Cilt: 2, s. 391; Oser, Schönerberger, s. 365; Özen, s. 545; Reisoğlu, s. 307.

37 Beck, Art. 511, N. 9; Çınar, s. 90 – 91; Özen, s. 546.

38 Gümüş, Cilt: 2; s. 429, 432; Özen, s. 374 – 376.

39 Beck, Art. 511, N. 8; Çınar, s. 91; Özen, s. 545; Şahan, s. 88.

rına bağlı olduğu hallerde, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra bir yıl geçmiş ise alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını isteyebilir. Buna karşılık, müteselsil kefilin, borcun muaccel hale gelmesinden sonra bir aylık süre içinde takip yapılmasını ve bu takibe ara verilmemesini istem hakkı yoktur⁴⁰.

II. Kiranın Süresinin ve Sona Ermesinin Kiracı Lehine Yapılan Kefalet Sözleşmesine Etkileri

A. Genel Olarak

Kefaletin süreli olması açısından, asıl borçlunun sorumluluğunun belirli bir süreyle sınırlanmış olup olmadığı önem taşımaz⁴¹. Bununla birlikte, asıl borç için belirlenen veya asıl borçlunun sorumluluğunu sınırlayan sürenin kefile de etkili olması kararlaştırılmış ise artık süreli bir kefaletin varlığı kabul edilebilecektir⁴². Meselâ, kefalet sözleşmesinde, asıl borcun vadesinde ifa edilmemesi halinde kefilin sorumluluktan kurtulacağı kararlaştırılmış ise belirli süreli kefaletin varlığı kabul edilir⁴³.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu için bir süre belirlenmemişse, asıl borç için belirlenen süre kefalet sözleşmesi için uygulanmaz⁴⁴. Kefaletin belirli süreli kabul edilmesi için, kefilin sorumluluğunun belirli bir süreyle veya belirli ya da belirlenebilir bir tarihe kadar sınırlanması gerekir⁴⁵. Kefilin üç yıl süreyle veya 1 Mart 2013 tarihine ya da 2013 yılının Kurban Bayramına kadar sorumlu olduğunun kararlaştırılması örnek olarak gösterilebilir. Bu sınırlama açıkça kararlaştırılabileceği gibi, sözleşme hükümlerinin veya sözleşme dışı koşulların yorumu ile de kabul edilebilir⁴⁶. Kefilin sorumluluğu fer'i nitelikte olsa da, kefil ile alacaklı arasındaki sözleşme asıl borçtan bağımsız ayrı bir sözleşme olduğu için, asıl borç ilişkisinde kararlaştırılan süre, kefaletin de süreli olduğu anlamına gelmez⁴⁷. Buna göre, kira sözleşmesinde kararlaştırılan süre, kefalet sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya kefilin sorumluluğu için bir süre tayin edilmemiş ise kefalet için uygulanmaz ve kefaleti süreli hale getirmez.

40 Barlas, s. 174 – 175; Tandoğan, s. 803.

41 Grassinger, Haklar, s. 210; Giovanoli, Art. 510, N. 10; Pestalozzi, Art. 510, N. 10 – 11.

42 Özen, s. 537.

43 Beck, Art. 510, N. 31; Özen, s. 537.

44 Grassinger, Haklar, s. 211; Oser, Schönerberger, s. 360; Reisoğlu, s. 299.

45 Grassinger, s. 144; Gümüş, Cilt: 2, s. 385; Özen, s. 536; Reisoğlu, s. 297; Şahan, s. 75; Tandoğan, s. 800.

46 Beck, Art. 510, N. 35; Grassinger, s. 146; Tandoğan, s. 800; Oser, Schönerberger, s. 359.

47 Gümüş, Cilt: 2, s. 386; Özen, s. 538; Pestalozzi, Art. 510, N. 10 – 11.

B. Kira Sözleşmesinin Süresinin Sona Ermesi Nedeniyle Kanun Gereği Uzamasının ya da Belirsiz Süreye Dönüşmesinin Kefalet Etkisi

Kira sözleşmesi belirli bir süre için yapılabileceği gibi belirsiz süreli de yapılabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 300. maddesine göre, *“Kira sözleşmesi, belirli ve belirli olmayan bir süre için yapılabilir. Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli sürelidir; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır”*. Türk Borçlar Kanunu'nun kiraya ilişkin genel hükümler içerisinde yer alan 327. maddesinde, sözleşmesinin süresinin sona ermesi halinde tarafların bu durumda, açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürmesi durumunda, kira sözleşmesinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği belirtilmiştir. Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri açısından ise Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinde daha farklı bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre (TBK m.347/f.1, c.1-2) *“Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez”*. Ürün kirasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş olup, söz konusu hükme göre (TBK m.367), *“Belirli süreli kira sözleşmesi, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Ancak, tarafların örtülü olarak sözleşmeyi sürdürmeleri hâlinde, aksi kararlaştırılmadıkça, kira sözleşmesi birer yıl için yenilenmiş sayılır. Yenilenen kira sözleşmesi yasal bildirim süresine uyularak, her kira yılının sonu için feshedilebilir”*.

Buna göre, konut ve çatılı işyeri için yapılan belirli süreli kira sözleşmeleri ile belirli süreli ürün kira sözleşmeleri, sürenin tamamlanması sonrasında birer yıllık sürelerle devam ederken, diğer kira sözleşmeleri sürenin sonunda belirsiz süreye dönüşmektedir⁴⁸. Bu durumda, söz konusu kira sözleşmelerinde kiracının borcu için yapılan kefalet sözleşmelerinin akıbetinin ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Kira sözleşmesinin süresi belirli olmasa, yani, belirsiz süreli kira sözleşmesi söz konusu olsa bile kefilin sorumluluk altına girdiği azami tutar belirli ise ve kefaletin diğer geçerlilik koşullarına uyulması halinde (TBK m.583, 584), geçerli bir kefaletin varlığı kabul edilecektir. Kefilin sorumlu olduğu asıl borcun (kira sözleşmesinin) süresinin belirsiz olması kefaletin geçerliliğini etkilemeyecektir. Kira sözleşmesinin belirli bir süre için yapılması halinde, kefalet sözleşmesinde azami tutarın gösterilmesi, kefilin kira ilişkisinin devamı süresince

48 Kira sözleşmesinin süresi konusunda bkz. M. Alper Gümüş, “Yeni” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, (TBK m. 299-356); İstanbul, 2011, s. 32 – 38.

sorumluluğunun devam ettiği kararlaştırılması ve Kanunun öngördüğü (TBK m.583, 584) diğer geçerlilik koşullarına uyulması koşuluyla, yine Türk Borçlar Kanunu'na göre geçerli ve süreli olmayan bir kefaletin varlığı kabul edilebilecektir⁴⁹.

Buna karşılık belirli bir süre için yapılan kira sözleşmelerine kefalette kefil, sadece kararlaştırılan süre için kefil olduğunu belirtmişse, kira sözleşmesi sonradan uzasa bile kefilin sorumluluğu belirli bir süre içinde doğan borç ile sınırlandırıldığından, uzayan süre içinde doğan borçtan kefil sorumlu olmayacaktır. Ancak, kefalet sözleşmesinin yapıldığı kira dönemi içinde doğacak borçtan kefilin sorumluluk süresi sınırlanmadığı için, süreli kefalet söz konusu olmayacak, süreli olmayan kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir⁵⁰.

Yargıtay, kira sözleşmesinde süre kararlaştırılmış ise kiracının kira sözleşmesinden doğan borcu için yapılan kefalet sözleşmesini, kira sözleşmesinin süresi ile sınırlı yani, süreli bir kefalet kabul etmekte, uzayan dönemler için kefilin sorumlu olmadığına içtihat etmektedir⁵¹. Yargıtay'ın bu konudaki bazı kararları özetle şöyledir:

Yargıtay HGK'nun 13.11.1996 tarihli ve 1996/12-599 E. ve 1996/760 K.sayılı kararından; "...Alacaklı ile borçlulardan A.K. arasındaki kira sözleşmesi 01.01.1993 başlangıç tarihli ve 1 yıl sürelidir. Borçlular A.Ü. ve S.B. sözleşmeyi müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzalamışlardır. Sorumlulukları kira süresi ile sınırlıdır. Sözleşmenin 11. maddesinde adı geçenlerin sözleşmenin yenilenmesi halinde kefaletin devam edeceklerine ilişkin beyan kira miktarı gayrimuayyen olduğundan geçerli değildir..."; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 10.3.2003 tarihli ve 2003/2789 E. ve 2003/2387 K.sayılı kararından; "...Mahkemece davacının müteselsil kefil olarak imzaladığı 12.11.1997 tarihli kira sözleşmesinde aylık kira parası 50.000.000 lira gösterilmiş ve 5. madde de "yenilenen her kira döneminde kefilin kefaleti devam edecektir" şart getirildiğinden davacı (kefil) 1999 yılı Ağustos, Eylül, Ekim aylarına ait toplam 150.000.000 lira kira parasından sorumlu tutulacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kira sözleşmesi 11.12.1997 tarihli olup 1 yıl

49 Kefaletin geçerlilik koşulu olarak eşin rızası hususunda bkz. Şeker, s. 40 – 46.

50 Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu (m.598/f.3), gerçek kişi kefiller için on yıllık azami sorumluluk süresi öngördüğünden, kira sözleşmesinden doğan bir borç için verilen ve süreli olmayan kefalet en fazla on yıl devam edecektir. On yılın dolmasıyla yeni bir kefalet verilmiş veya Kanunda öngörülen şekilde kefalet uzatılmamış ise, gerçek kişi kefil sorumluluktan kurtulacaktır.

51 Aynı yönde bkz.Yargıtay 6. HD. 17.6.2010 tarihli ve 2010/5465 E. ve 2010/7497 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr.); Bu konuda verilen yargı kararları için ayrıca bkz. Mahmut Bilgen, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara, 2013, s. 623 vd.

sürelidir. Özel şartlar 5. madde de “yenilenen her kira döneminde kefilin kefaleti devam edecektir” hükmü getirilmiş ise de kira sözleşmelerinde kefilin kefalet süresi sözleşmedeki süre ile sınırlıdır. Kira sözleşmesi 11.12.1998 tarihinde sona ermektedir. Kefaletin, 6570 sayılı yasanın 11. maddesi uyarınca kiracı ile kiralayan arasındaki sözleşme yenilendikçe hüküm ifade edeceği düşünülemez. Mahkemece bu husus gözden kaçırılarak uzayan devrelere ait kısımdan sorumlu tutulması doğru görülmemiştir...” (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 13.HD.’nin 4.4.2002 tarihli ve 2002/2127 E. ve 2002/3628 K.sayılı kararından; “...Taraflar arasında imzalanan 10.10.1998 tarihli kira sözleşmesi bir yıl sürelidir. Kefilin sorumluluğu kira müddeti ile sınırlıdır. Sorumluluğunun devam edebilmesi için, bu müddetin ve kefilin sorumlu olabileceği miktarın, azami haddinin tayin edilmiş olması gerekir. Talep edilen alacak ilk kira dönemine ait olmayıp uzatılan kira dönemine ilişkindir, Davacının istediği ve mahkemece hüküm altına alınan kalemler hor kullanma tazminatı ile ödenmeyen kira, apartman aidatı ve su bedeline ilişkin olup, sözleşmenin düzenlendiği tarihte kira miktarı dışında hor kullanmadan meydana gelen hasarlardan kefilin sorumlu olduğu ve bunun miktarı belirlenmiş değildir. Bk. 484. madde ve 12.4.1944 günlü 14/13 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı gereğince kefilin sorumlu olacağı miktarın belirtilmesi kaydı ile uzatılan süre için kefalet sözleşmesi geçerlidir. 6570 sayılı Kanununun 11. maddesi uyarınca, kira sözleşmesinin uzaması halinde kiracının kira borcuna bir yıl için kefalet eden kefilin sorumluluğunun uzamasını gerekli kılmaz. Bu nedenle sözleşmenin 9. maddesindeki (kefilin kefaleti bir sene için olmayıp, mukavelenin devamı müddetince geçerlidir. Kefil bundan hiçbir suretle imtina edemez.) şeklindeki hüküm, ne kadar uzayacağı belli olmayan bir süreye ilişkin olduğu için, ilk yılın dışındaki kira paraları yönünden ve kötü kullanmadan doğan zararlar içinde kefilin sorumlu olduğu miktar belirtilmediğinden ve kefilin sınırsız sorumluluğa götüreceğinden kefil bağlamaz ve geçersizdir. Bu durumda kefil olan davalı Kemal E. hakkındaki davanın reddi gerekir. Mahkemece aksi yazılı düşüncelerle davalı Kemal E. hakkındaki davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır...” (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 6.HD.’nin 14.12.2011 tarihli ve 2011/11116 E. ve 2011/14593 K.sayılı kararından; “...Kira süresinin, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un 11. maddesi gereğince uzadığı hallerde, uzayan kira süresi bakımından kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için; öncelikle bu hususun (kefilin sorumluluğunun uzayan dönem için de devam edeceğinin) sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması gerekir. Bunun yanında, kefilin uzayan dönemdeki sorumluluğunun azami hangi süreyle ve hangi miktarla sınırlı olacağını açıkça gösterilmiş olması da şarttır. Eş söyleyişle, ne kadar uzayacağı belirsiz bir kira süresine ilişkin olan ve kefilin sınırsız bir so-

rumluluk altına sokan sözleşme hükümleri geçerli değildir. Davaya konu kira sözleşmesinin 9. maddesinde, kefaletin, kiracı kiralanda oturduğu müddetçe müteselsil olarak devam edeceği belirtilmiş ise de; kefilin gerek sorumlu olacağı süre ve gerekse sorumlu tutulacağı azami miktar gösterilmemiştir. ... Görülmekte olan davada; itirazın kaldırılması ve icra inkar tazminatı isteminin konusunu oluşturan icra takibinde, 20.08.2004 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesine dayanılmıştır. Ancak, tahsili istenilen kira bedelleri kira süresinin bittiği 20.08.2005 tarihinden sonraki döneme (2009 yılına) aittir. Bu durumda, takibe konu kira bedellerinden davalı kefilin sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Bu sebeple; davalı kefil hakkındaki itirazın kaldırılması talebinin reddine karar vermek gerekirken, kefilin de asıl borçlu gibi sorumlu tutularak karar verilmesi doğru görülmediğinden karar bozulmalıdır”, (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay 6.HD.’nin 2.11.2015 tarihli ve 2041/13386 E. ve 2015/14593 K.sayılı kararından: “...Öte yandan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun’unun 583. (BK’un484) maddesi hükmüne göre kefaletin geçerli olabilmesi için kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede gösterilmesi gerekir. Kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı azami tutarın gösterilmemesi halinde kefalet ancak kira sözleşmesinde kararlaştırılan kira süresi için geçerlidir. Olayımızda sözleşme süresi 12/02/2010 tarihinde bitmiş olup, bu tarihten sonraki dönem kirası yönünden kefilin sorumluluğu sona ermektedir. Bu durumda davalı Nihat hakkındaki davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir...” (www.lexpera.com.tr).

Kanaatimizce, Yargıtay’ın yukarıdaki örnek olarak yer verdiğimiz kararlarda, süreli kefalet ile asıl borcun ve kefilin sorumlu olduğu tutar ve kefaletin geçerlilik koşulları birbirine karışmıştır. Yargıtay içtihatlarındaki bu çelişki, önceki Borçlar Kanununun 484. maddesinde kefilin sorumlu olduğu tutarın sözleşmede rakam olarak yazılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme olmasından kaynaklanmaktadır⁵². Yargıtay, kefalet sözleşmesi için, kira bedeli-

52 Önceki Borçlar Kanunu döneminde, Kanunun 484. maddesi açısından, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluk sınırının rakam olarak gösterilmemesi halinde, kira sözleşmesinde kararlaştırılan kira bedeli üzerinden kefilin sorumlu olduğu tutarın hesaplanmasının kefaletin geçerliliği için yeterli olup olmadığı tartışılmıştır. Bkz. Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1992, s. 524 – 525, (Kısaltma, Arpacı); Reisoğlu, s.82 – 83; Tandoğan, s. 756 – 758; Belirtmek gerekir ki, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1941 revizyonu ile 493. maddesi değiştirilmeden önce, aynı tartışmalar, söz konusu Kanun açısından da mevcuttu. Fedaral Mahkeme, esas borca ilişkin belgelerden hareketle kefil, sorumluluğunun kapsamını belirleyebiliyorsa kefaletin geçerli olduğunu kabul etmekteydi. Ancak, Mahkeme daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve 1941 tarihli Kanun (m. 493) değişikliğiyle de Mahkemenin görüşüne uygun olarak, kefilin sorumlu olduğu azami tutarın kefalet sözleşmesinde yer alması düzenlenmiştir.

nin belirlenebilir olmasını yeterli görmüş⁵³, buna karşılık kira sözleşmesinin yıldan yıla uzaması halinde, kefilin sorumlu olduğu tutarın belirlenmesi mümkün olmadığından kefaletin sona erdiğini kabul etmiştir. Böylece Yargıtay, kefilin sorumluluktan kurtulmasını, uzayan kira dönemlerinde kefalet tutarının ve süresinin belirsizliğine dayandırmıştır⁵⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasına göre, *“Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır”*. Görüldüğü üzere, kefaletin geçerlilik koşulları arasında, asıl sözleşmenin, kefalet sözleşmesinin ya da kefilin sorumlu olduğu sürenin mutlaka belirli olmasına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Kefalet açısından geçerlik koşulu kefalet tarihinin yazılması olup, kefaletin süreli yapılması ya da sorumluluk süresinin belirlenmiş olması değildir. Kefalet sözleşmesi süreli yapılmamış ise TBK m.601 uyarınca süreli olmayan kefalet söz konusu olacaktır⁵⁵. Kira sözleşmelerine kefaletin mutlaka süreli yapılmasının bir an için kabulü halinde süreli olmayan kefaletin uygulanması mümkün olmayacağından Kanuna açıkça aykırılık oluşacaktır. Kararlaştırılan azami kefalet tutarı için kefil, süreli kefalette kararlaştırılan süre, gerçek kişilerin kefaletinde en fazla on yıl ve süreli olmayan kefalette ise TBK'nın 601. maddesindeki koşullar gerçekleşinceye kadar sorumludur⁵⁶. Hal böyle olunca Yargıtay'ın kira sözleşmesinin uzaması halinde kefilin uzayan dö-

53 Yargıtay'ın 1943/14 E. ve 1944/13 K. sayılı İçtihadı Birleştirme kararında da konu tartışılmış ve sonuç kısmında, *“...Bu itibarla kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olamayacağı hususunun hakim tarafından nazara alınması lazım geldiğine 12/4/944 tarihinde çoğunlukla karar verildi”* denilerek, miktarın belirlenmesi yeterli görülmüştür. Aynı yönde, Yargıtay 6.HD.'nin 20.12.2005 tarihli ve 2005/11212 E. ve 11879 K.sayılı kararı şöyledir; *“...Öte yandan, sözleşmede müşterek borçlu ve müteselsil kefil olan davalı F.A.'nın sorumluluğu ilk beş yıl olarak belirlenmiştir. Sözleşmede takip eden yıllarda kira parasının artışı da düzenlenmiş olup artış oranı belli, muayyen ve belirlenebilir niteliktedir. Kefilin sorumluluğu açısından, sorumlu olduğu tutarın kapsamını kendi bilgisi yönünden büyük bir zahmet olmaksızın basit bir hesap yapmak suretiyle hesaplayabilmesi yeterlidir. Bu itibarla, kefilin işlemiş faizden sorumluluğunun ilk yıl ile sınırlı tutulması da hatalıdır.”*, (www.kazanci.com.tr).

54 Doktrinde Barlas, haklı olarak, kira ve kefalet sözleşmesi farklı olup, kira bedelinin belirlenmesi, kefalet bedelinin de belirlendiği anlamına gelmeyeceğini, kefilin miktar olarak sorumluluğunun belirtilmemesi halinde kefalet geçersiz olacağını, bu durumda sözleşmesinin de geçersiz olması nedeniyle kefilin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Nami Barlas, *“Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI, 9-10 Aralık 2005, Ankara, 2006, s. 51 – 52, (Kısaltma; Barlas, Sorunlar).

55 Çınar, s. 77 vd.; Yavuz, Acar, Özen, Dersler, s. 701 – 702.

56 Beck, Art. 510, N. 32; Gümüş, Cilt: 2, s. 390; Özen, s. 545; Yavuz, Acar, Özen, Dersler, s. 701 – 703.

nemin kira bedelinden sorumlu olmadığı yönündeki kararlarının hukuki dayanağı yoktur.

C. Kira Sözleşmesinde Kararlaştırılan Sürenin Sona Ermesinin Müteselsil Kefalet Etkileri

Yukarıda belirttiğimiz üzere kira sözleşmesinin belirli süreli olması kefalet sözleşmesinin de mutlaka süreli olduğu anlamına gelmemektedir. Kefaletin geçerlilik süresi, asıl sözleşmeden bağımsız bir şekilde, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluk süresinin sınırlandırılıp sınırlandırılmaması ile ilgili bir husustur⁵⁷. Buna göre, belirli süreli bir kira sözleşmesinde kiracının borçları için, müteselsil kefalet sözleşmesi yapılması halinde kira sözleşmesindeki süre müteselsil kefalet sözleşmesinin de belirli bir süre için yapıldığı anlamına gelmemektedir⁵⁸. Müteselsil kefalet sözleşmesi, süreli kefalet şeklinde yapılmış ise kefil sürenin bitmesi ile sorumluluktan kurtulur. Süreli olmayan müteselsil kefalette ise Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesi uygulanır. Bu hükme göre, *“Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalet ise kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. Alacaklı kefilin bu istemelerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur”*.

Eğer kefalet sözleşmesi, süreli olmayan müteselsil kefalet şeklinde yapılmış ise kira sözleşmesinin belirli bir süre için yapılmış olmasının kefaletin süresi açısından bir önemi yoktur. Yani, süreli olmayan kefalet söz konusu olduğunda, müteselsil kefil kira sözleşmesinin süresinin bitmesi halinde kira sözleşmesi süresi zarfında doğan borçlardan bir ay içinde dava açılmadığı ya da takip yapılmadığı gerekçesi ile kurtulamaz. Söz konusu maddede öngörülen bir aylık sürenin başlangıcı, asıl borç ilişkisinin süresi ile alakalı olmayıp, borcun muaccel olması ile alakalıdır⁵⁹.

Kira sözleşmesinde kararlaştırılan süre, kira sözleşmesinin devam ettiği süreyi göstermekte olup, her zaman için, kiracının borcunun muaccel olduğu vadeyi göstermez. Sadece sözleşmenin sona ermesi halinde ortaya çıkan zararlar, (mesela, sözleşme süresinden önce kiralananın tahliyesi, hor kullanma, kira bedelinin ödenme zamanının kararlaştırılmamış olması halinde kira bedelinin muacceliyeti vb.) hallerde kiracının borcu muaccel olur. Kiracının kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu ise sözleşmede kararlaştırıldığı tarihlerde, eğer

57 Yavuz, Acar, Özen, Özel Hükümler, s. 831.

58 Çınar, s. 58 – 59; Grassinger, Haklar, s. 211; Oser, Schönenberger, s. 360; Reisoglu, s. 299.

59 Beck, Art. 511, N. 19; Çınar, s. 95 – 96.

sözleşmede kararlaştırılmamış ve aksine yerel âdet de yoksa, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde muaccel olur⁶⁰. Bunun yanında borç muaccel olmuş olsa bile müteselsil kefilin sorumluluktan kurtulması için bir aylık süre zarfında dava ve takip yapılmasını ya da varsa rehnin paraya çevrilmesini istemesi gerekmektedir, müteselsil kefil bu istemi ancak kanunun öngördüğü hallerde yapabilir⁶¹.

Buna karşılık Yargıtay, kira sözleşmesinin süresinin bitmiş olması halinde kiraya verenin bir aylık süre zarfında dava veya icra takibine geçmemiş olması halinde kefilin sorumluluktan kurtulacağına içtihat etmektedir. Yargıtay'ın bu husustaki bir kararı şöyledir:

Yargıtay 6. HD.'nin, 13.10.2015 tarihli, 2015/5723 E. ve 2015/8348 K. sayılı kararından; “Davacı alacaklı, taraflar arasında düzenlenmiş 15.05.2009 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesine dayalı olarak 11.07.2013 tarihinde kiracı ve kefil hakkında başlatmış olduğu icra takibi ile 15.05.2009 tarihinden 15.06.2013 tarihine kadarki bakiye kira alacağı olan 8.349,00 TL'nin tahsilini talep etmiştir. Borçlular, herhangi bir borçları bulunmadığını belirterek borcun tamamına itiraz etmiştir.

2- Davalı Kefil ...'nın itirazlarına gelince; TBK.nun 601.maddesi uyarınca, “Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalet ise kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. Alacaklı kefilin bu istemelerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur”. TBK.nun 601. (BK. 493) maddesi hükmünde belirtildiği üzere, kefalet süresinin bitimini takip eden bir ay zarfında alacaklı icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse, yahut takibatına uzun müddet ara verirse, kefil kefaletten beri olur. Sözleşme 15.05.2009 başlangıç tarihli olup 1 yıl sürelidir. Takip ise 11.07.2013 tarihinde yapılmıştır. TBK.nun 601.maddesi uyarınca bir ay içinde kefil hakkında takipde bulunulmadığından, kefilin kefaletten beri olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece davalı kefil hakkındaki sözleşme süresinin bitiminden itibaren 1 ay içinde takip yapılmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kısmen kabul kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Karar bu nedenle bozulmalıdır...” (www.lexpera.com.tr).

Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararında, müteselsil kefilin alacaklıdan

60 Yavuz, Acar, Özen, Dersler, s. 230.

61 Çınar, s. 89 vd., s. 98; Gümüş, Cilt: 2, s. 391; Özen, s. 543 – 544.

borçlunun dava veya takip edilmesini istemiş olup olmadığı belli değildir. Bununla birlikte Yargıtay, bozma gerekçesi olarak, alacaklının borçluyu dava ya da takip etmemesi nedeniyle kefilin borcundan kurtulmasını değil, bir aylık sürenin geçmesinden sonra kefilin takip edilmesini kabul etmiştir. Buna göre, karara konu olayda Yargıtay, süreli olmayan kefaletin varlığını isabetli bir şekilde tespit etmişse de Kanununun 601. maddesinde öngörülen bir aylık süreyi yanlış uygulamıştır. Öyle ki, söz konusu süre, kefilin alacaklıdan borçluyu takip ya da dava etmesi için düzenlenen bir süredir, yoksa alacaklının kefilin takip etmesi için düzenlenmiş bir süre değildir. Kefilin, alacaklıya bir ay içinde “beni takip ya da dava et”, “borcunu tahsil et” demesinin zaten bir anlamı ve hukuki dayanağı yoktur.

Yine, kira sözleşmesinin süresinin sona ermiş olmasının kira bedelini ödeme borcunu muaccel kıldığı hallerde dahi müteselsil kefil, ancak kanunun öngördüğü hallerde dava veya takip yapılmasını isteyebilir. Müteselsil kefil, menkul ve alacak rehninin paraya çevrilmesini isteyebilir (TBK m.586/f.2) ve alacaklı borçlunun bu istemlerini yerine getirmez ise kefil sorumluluktan kurtulur⁶². Müteselsil kefil, alacaklıdan, asıl borcun muaccel olması halinde, asıl borçlu ödeme güçsüzlüğü içinde değilse, ona ihtar çekilmesini isteyebilir (TBK m.586/f.1, c.2). Müteselsil kefil, asıl borcun muacceliyetinin alacaklının ihbarına bağlı olduğu hallerde, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra bir yıl geçmiş ise alacaklıdan bu ihtarın yapılmasını isteyebilir⁶³. Bunların dışında müteselsil kefilin asıl borçlunun veya kendisinin takip edilmesini istem hakkı mevcut değildir⁶⁴.

Sonuç

Süreli kefalet, kefilin sorumluluğunun belirli bir süreye bağlandığı kefalet sözleşmeleridir. Süreli kefalette kararlaştırılan süre, kefilin borcunun muaccel olduğu tarihi değil, kefilin borcunun sona erdiği tarihi belirlemektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 600. maddesine göre, süreli kefalette kararlaştırılan sürenin sona ermesi ile kefalet sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Süreli kefalette taraflar açıkça belirli bir süre kararlaştırabilecekleri gibi, tarafların iradelerinin yorumu ile de kefaletin süreli olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Kefalet sözleşmesinde açıkça bir süre kararlaştırılmamışsa ve yorum yoluyla da kefaletin süreli olduğu sonucuna ulaşılamıyorsa, kefaletin süreli değil, belirsiz süreli olduğu kabul edilecektir.

62 Çınar, s. 89; Grassinger, s. 154 – 155; Gümüş, Cilt: 2, s. 391; Oser, Schönerberger, s. 365; Özen, s. 545; Reisoğlu, s. 307.

63 Barlas, s. 174 – 175; Tandoğan, s. 803.

64 Beck, Art. 511, N. 8; Çınar, s. 91; Özen, s. 545; Şahan, s. 88.

Türk Borçlar Kanunu'nun 598. maddesinin üçüncü fıkrasında bir gerçek kişi tarafından verilen her türlü kefaletin on yıllık sürenin sona ermesiyle ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Bu hükmün uygulanmasında kefaletin adi veya müteselsil, süreli veya süreli olmayan kefalet olması önem taşımaz. Yine, on yıllık sürenin uygulanması açısından, gerçek kişi kefilin doğmuş veya gelecekte doğacak bir borca kefil olmasının ya da asıl borcun veya kefilin borcunun muaccel olup olmamasının önemi yoktur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesinde (eBK m.494), kefilin sorumluluğu için belirli bir süre öngörülme- yen kefalet sözleşmelerinde kefilin sorumluluktan kurtulmasının koşulları düzenlenmiştir. Buna göre, süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapıldığını ve borç bu suretle muaccel olunca, bir aylık süre içinde takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur. Süreli kefalette, kefaletin türüne (adi veya müteselsil) ve asıl borcun muaccel olup olmamasına bakılmaksızın, sürenin sona ermesi ile kefil kanun gereği sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık, süreli olmayan kefalette kefilin sorumluluktan kurtulması için, kefaletin türü önem taşıdığı gibi asıl borcun muacceliyeti de önem taşımaktadır.

Kefaletin süreli olması açısından, asıl borçlunun sorumluluğunun belirli bir süreyle sınırlanmış olup olmadığı önem taşımaz. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu için bir süre belirlenmemişse, asıl borç için belirlenen süre kefalet sözleşmesi için uygulanmaz. Kefaletin belirli süreli kabul edilmesi için, kefilin sorumluluğunun belirli bir süreyle veya belirli ya da belirlenebilir bir tarihe kadar sınırlanması gerekir. Kira sözleşmesinde kararlaştırılan süre, kefalet sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya kefilin sorumluluğu için bir süre tayin edilmemiş ise kefalet için uygulanmaz ve kefaleti süreli hale getirmez.

Kira sözleşmesi belirli bir süre için yapılabileceği gibi belirsiz süreli de yapılabilir. Kira sözleşmesinin süresi belirli olmasa, yani, belirsiz süreli kira sözleşmesi söz konusu olsa bile kefilin sorumluluk altına girdiği azami tutar belirli ise ve kefaletin diğer geçerlilik koşullarına uyulması halinde (TBK m.583, 584), geçerli bir kefaletin varlığı kabul edilecektir. Kefilin sorumlu olduğu asıl borcun (kira sözleşmesinin) süresinin belirsiz olması kefaletin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Yargıtay, kira sözleşmesinde süre kararlaştırılmış ise kiracının kira sözleşmesinden doğan borcu için yapılan kefalet sözleşmesini, kira sözleşmesinin süresi ile sınırlı yani, süreli bir kefalet kabul etmekte, kefilin sorumlu olduğu sürenin belirsiz olması ve hangi tutarda sorumlu olacağı belirlenmemiş olması nedenleriyle uzayan dönemler için kefilin sorumlu olmadığına içtihat etmektedir. Kanaatimizce kefaletin geçerlilik koşulları arasında, asıl sözleşmenin, kefalet sözleşmesinin ya da kefilin sorumlu olduğu sürenin mutlaka belirli olmasına ilişkin bir hüküm mevcut olmadığından Yargıtay'ın bu içtihatları yerinde değildir. Kefalet açısından süreye ilişkin geçerlik koşulu kefalet tarihinin yazılması olup, kefaletin süreli yapılması ya da sorumluluk süresinin belirlenmiş olması değildir. Kefalet sözleşmesi süreli yapılmamış ise TBK m.601 uyarınca süreli olmayan kefalet söz konusu olacaktır. Kira sözleşmelerine kefaletin mutlaka süreli yapılmasının bir an için kabulü halinde süreli olmayan kefaletin uygulanması mümkün olmayacağından Kanuna açıkça aykırılık oluşacaktır. Kararlaştırılan azami kefalet tutarı için kefil, süreli kefalette kararlaştırılan süre, gerçek kişilerin kefaletinde en fazla on yıl ve süreli olmayan kefalette ise TBK'nın 601. maddesindeki koşullar gerçekleşinceye kadar sorumludur.

Belirli süreli bir kira sözleşmesinde kiracının borçları için, müteselsil kefalet sözleşmesi yapılması halinde kira sözleşmesindeki süre müteselsil kefalet sözleşmesinin de belirli bir süre için yapıldığı anlamına gelmektedir. Müteselsil kefalet sözleşmesi, süreli kefalet şeklinde yapılmış ise kefil sürenin bitmesi ile sorumluluktan kurtulur. Süreli olmayan müteselsil kefalette ise Türk Borçlar Kanunu'nun 601. maddesi uygulanır. Eğer kefalet sözleşmesi, süreli olmayan müteselsil kefalet şeklinde yapılmış ise kira sözleşmesinin belirli bir süre için yapılmış olmasının kefaletin süresi açısından bir önemi yoktur. Yani, süreli olmayan müteselsil kefalet söz konusu olduğunda, müteselsil kefil kira sözleşmesinin süresinin bitmesi halinde kira sözleşmesi süresi zarfında doğan borçlardan bir ay içinde dava açılmadığı ya da takip yapılmadığı gerekçesi ile kurtulamaz.

Söz konusu maddede (TBK m.601) öngörülen bir aylık sürenin başlangıcı, asıl borç ilişkisinin süresi ile alakalı olmayıp, borcun muaccel olması ile alakalıdır. Bunun yanında borç muaccel olmuş olsa bile müteselsil kefilin sorumluluktan kurtulması için bir aylık süre zarfında dava ve takip yapılmasını ya da varsa rehnin paraya çevrilmesini istemesi gerekmele birlikte, müteselsil kefil bu istemi ancak kanunun öngördüğü hallerde yapabilir. Bu nedenlerle, Yargıtay'ın kira sözleşmesinin süresinin bitmiş olması ve kiraya verenin bir aylık süre zarfında dava veya icra takibine geçmemiş olması hallerinde kefilin sorumluluktan kurtulacağına ilişkin içtihatları yerinde değildir.

KAYNAKLAR

- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Ders Kitabı, Ankara, 2014.
- Barlas, Nami, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, XXI, 9-10 Aralık 2005, Ankara, 2006, (Kısaltma; Barlas, Sorunlar).
- Barlas, Nami, “Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil kefilin BK. m. 494/f.1 Hükümünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000.
- Beck, Emil, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Zürich, 1942.
- Becker, Herman, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, (Çeviren; A.Suat Dura), Ankara, 1993.
- Bilgen, Mahmut, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*, Ankara, 2013.
- Çınar, Ömer, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*, İstanbul, 2013.
- Elçin Grassinger, Gülçin, “Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları”, *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan*, İstanbul, 2004.
- Elçin Grassinger, Gülçin, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul, 1996.
- Giovanoli, Silvio, *Berner Kommentar; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abt., 7. Teilband*, Bern, 1978.
- Gümüş, M.Alper, “Yeni” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, (TBK m.299-356); İstanbul, 2011.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt: 2, İstanbul, 2012.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdulkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1992, (Kısaltma, Arpacı).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “Değişik Kısmî Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, *Selim Kaneti'ye Armağan*, İstanbul, 1996.
- Kocayusufpaşaoğlu; Hatemi; Serozan; Arpacı, (Yazar; Necip Kocayusufpaşaoğlu), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, İstanbul, 2008.
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, İstanbul, 2010.
- Oser; Schönenberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, (Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis; Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Gelir Bakma Sözleşmeleri, İsviçre BK 492/529- Türk BK.483/519)*, (Çeviren: İsmet Sungurbey), Ankara, 1964.
- Özen, Burak, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi”, *Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası*, (II, 1), www.kazanci.com.tr, (Kısaltma, Özen, Sona Erme).
- Özen, Burak, *Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2012.
- Pestalozzi, Christoph M.; *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1- 529, (Hrs. Honsell, Heinrich; Vogt, Nedim Peter; Wiegand, Wolfgang), Basel, 2007.

- Reisoğlu, Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013.
- Şahan, Gökhan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara, 2009.
- Şeker, Muzaffer, *Kefalet ve Avalde Eşin Rızası*, İstanbul, 2017.
- Sönmez, Diğdem; Zeybek, Esen, “Belirli Süreli Kefaletlerde kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi”, MBD., Sayı: 67, 1998.
- Tandoğan, Halûk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt: 2, (1989 Yılı 4. Tıpkı Basımından 5. Tıpkı Basım), İstanbul, 2010.
- Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, (Hazırlayanlar; Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak), İstanbul, 2012 (Kısaltma; Yavuz, Acar, Özen, Dersler).
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Hazırlayanlar; Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak), İstanbul, 2009 (Kısaltma; Yavuz, Acar, Özen, Özel Hükümler).

ÖZ

Kefilin sorumluluktan kurtulması bakımından süreli ve süreli olmayan kefaletin sonuçları çok farklıdır. Kira sözleşmelerinde kira süresinin tamamlanmasından sonra kiralananın kiracı tarafından kullanılmaya devam edilmesi nedeniyle kira sözleşmesinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi ya da bir yıllık süre için uzaması hallerinde kefalet sözleşmesinin devam edip etmediği hususu kefaletin süreli olup olmaması ile yakından ilgilidir. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu'nun süreli ve süreli olmayan kefalet sözleşmeleri hükümleri yanında kefalet sözleşmesinde süre öngörülmemesi halinde kira sözleşmesindeki sürenin kefalet sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı ve kefilin sorumlu tutulabileceği kefalet süresi ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: kira, kefalet sözleşmesi, kefil, kefaletin sona ermesi



Telif Hukukunda İnternet Linki ve Avrupa Adalet Mahkemesi'nin Svensson ve Bestwater Kararları*

Internet Link in Copyright Law and Svensson and Bestwater Cases of the European Court of Justice

Ali DEMİRBAŞ**

ABSTRACT

It is possible to link to content in a website by linking from one website to another. In this way, various works and contents on internet can be offered to unlimited number of people. This is the nature of the internet environment. However, interfering with copyright works by establishing an internet link can cause violation of copyright rights.

In the Svensson judgment and the BestWater judgment, the European Court of Justice ruled that website owners could direct internet users by linking to copyright works where it is freely available on the internet.

In the study, the effects of the surface link, deep link, framing and embedded link in the copyright rights were examined.

Keywords: link, hyperlink, clickable link, internet link, surface link, deep link, inline link, embedded link, framing, frame link, Svensson case, BestWater case

Giriş

İnternet ortamında fikri hakların (telif haklarının) ihlali, teknolojik gelişmelere ve ortaya çıkan çeşitli uygulamalara paralel olarak klasik telif hakkı ihlallerinden farklı boyutta karşımıza çıkmaktadır. Söz gelişi müzik, film vs. eser ve ürünlerin paylaşımını [file sharing, peer to peer (P2P)] sağlayan programlar nedeniyle ülkeler arası sınır tanımaz biçimde hak ihlalleri yaşanmaktadır. Bu yönüyle konu derinlik taşımakta, bu alandaki hukuki düzenleme ve uygulama dünyada olduğu gibi ülkemizde de gelişme göstermektedir. Dolayısıyla konu farklı yönleriyle çok sayıda müstakil çalışmaya açıktır. Bu çalışmada ise internet ortamında link verme eylemi ve bunun fikri haklar açısından ihlal niteliği ele alınmıştır.

* Makale gönderim tarihi: 22.05.2018. Makale kabul tarihi: 31.05.2018.

** Dr. Öğr. Ü., İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. İletişim: ali.demirbas@ihu.edu.tr. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8143-8036>.

Çalışmada sırasıyla link kavramı ve çeşitleri, türlerine göre link yoluyla fikri haklara müdahale edilmesi, Avrupa Adalet Mahkemesi'nin Svensson ve Bestwater kararları ele alınmış, değerlendirmeler ve varılan yargılar paylaşılmıştır.

I. Link Kavramı

İnternet kullanıcısının kolaylıkla bir başka dokümana (bir web sayfasına, bir web sayfasının belli bir bölümüne, bir resme vs.) geçiş yapmasını sağlayan tekniğe “hyperlink”¹ (aktif link) ya da kısaca “link” (bağlantı/çengel) denir². Bu anlamda link, kullanıcının bir başka dokümana bağlantı kurmasını (harici/external link) ya da aynı dokümanın bir başka bölümüne bağlantı kurmasını (dahili/internal link) sağlar³.

İfade edilen teknik anlamı (linkin görünmeyen tarafı) dışında link, kullanıcının tıkladığı işareti de (“pointer”) ifade etmektedir (linkin görünen tarafı). Bu işaret, asıl metinden farklı renkte, altı çizili kelimeler olabileceği gibi, sabit ya da hareketli şekiller (logo vs.) şeklinde de olabilir. Ayrıca linkin bu fonksiyonu, otomatik olarak faal olabileceği gibi (gömülü linklerde böyledir), kullanıcının linke (“pointer”) tıklamasıyla da faal olabilir (yüzeysel ve derin linklerde böyledir)⁴.

II. Link Türleri

Kullanılan tekniğe göre link türlerini yüzeysel link, derin link, çerçeveleme ve gömülü link olmak üzere başlıca dört kategoride ele almak mümkündür.

A. Yüzeysel Link

Yüzeysel link (surface links / einfachen Hyperlinks); internet kullanıcısının, harici link yoluyla bir web sitesinden (link veren/atan/kuran siteden) tamamen ayrılarak başka bir web sitesinin (link verilen/atılan/kurulan sitenin) ana

1 “Hyperlink”, “hypertext” dokümanlarından esinlenme ile konulmuş bir addir; hypertext dokümanları arasında geçiş yapabilmeyi ifade eder (Yavuz Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 121, dn. 225).

2 Alain Strowel, Vicky Hanley, “Secondary Liability for Copyright Infringement with Regard to Hyperlinks”, *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Ed.: Alain Strowel, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. 72; Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, (bundan böyle, Memiş, *Müzik*), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 134; Sevilay Eroğlu, “İnternette ‘Aktif Link’ler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt: II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 211 – 212; Kaplan, s. 121; Veyssel Başpınar, Doğan Kocabay, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 156; Lale Ayhan İzmirli, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 186.

3 Strowel, Hanley, p. 72; Haimo Schack, “Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames”, *MMR*, 2001, S. 13.

4 Strowel, Hanley, p. 72.

sayfasına geçiş yapabildiğini sağlar. Bu teknikte yeni sayfa, link verilen sitenin URL'si⁵ (“http” ile başlayan adres) ile açılır⁶.

Ne var ki, terim birliğinin sağlanmadığı doktrinde kimi yazarlar bu link türünü, basit link (einfaches Link) ve yüzeysel link (oberfläche Link) olarak farklı iki türde ele almaktadır. Bu son ayrıma göre basit link, kullanıcının başka bir dokümana bir tıklama ile kolaylıkla geçiş yapabildiğini sağlayan en basit anlamıyla linki ifade ederken, yüzeysel link üst paragrafta verdiğimiz tanımla örtüşen bir anlama sahiptir⁷.

B. Derin Link

Derin link (deep link) ile link verilen (bağlantı sağlanan) sitenin ana (giriş) sayfası yerine doğrudan alt sayfalara ulaşılmaktadır⁸. Burada da yeni sayfa, link verilen sitenin URL'si ile açılmaktadır. Esasen yüzeysel ve derin linklerde kullanılan teknik ortaktır; kullanıcı, “çerçeveleme” ve “gömülü link”teki durumun aksine, söz konusu linki kendisi aktif hale getirmek durumundadır ve halihazırda hangi sunucuda bulunduğunu URL vasıtasıyla anlayabilecek konumdadır. Yüzeysel link ve derin link arasındaki farklılık ise birinde ana sayfaya diğerinde alt sayfalara ulaşmak bakımındandır⁹.

C. Çerçeveleme

Esasen link tekniğinden farklılık arz eden¹⁰ “çerçeveleme”de (framing / Frame Link) web sayfası çerçevelere ayrılmak suretiyle internet kullanıcısının ekranında aynı anda birden fazla dokümanın gösterilmesi sağlanmaktadır. Söz gelişi Google arama motorunda yapılan “görseller” araması bu yöntemle gerçekleştirilmektedir. Ne var ki bu yöntemde link verilen sitenin URL'si ekranda

-
- 5 URL ya da açılımla Uniform Resource Locator, tipik olarak “http” ile başlayan ve internette, “web”de mevcut olan bir kaynağı temsil etmesi için kullanılan bir karakter dizisidir (Strowel, Hanley, p. 72, fn. 6). Yalın anlatımla URL, internette yer alan dosyaların “http” ile başlayan adresini ifade eder (bkz. Eroğlu, s. 212, dn. 13).
 - 6 Strowel, Hanley, p. 72; Eroğlu, s. 214; Katharina Schmitz, *Haftung für Links*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006, S. 6 – 7; Reto M. Hilty, Oliver Schmid, Markus Weber, “Urheberrechtliche Beurteilung von Embedding”, sic!, 2016, S. 237 – 238; Başpınar, Kocabay, s. 157; Ayhan İzmirli, s. 186.
 - 7 Bkz. Eroğlu, s. 213 – 214; Philipp Wüllrich, *Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet*, JWV, Gottmadingen, 2006, S. 60 – 61.
 - 8 Loewenheim in Gerhardt Schrickler, Ulrich Loewenheim, *Urheberrecht*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, § 16 Rn. 24; Artur-Axel Wandtke, Winfried Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, UrhG § 16 Rn. 20; Schack, S. 13; Strowel, Hanley, p. 73; Schmitz, S. 7; Hilty, Schmid, Weber, S. 238; Eroğlu, s. 214. Karş. Başpınar, Kocabay, s. 159; Ayhan İzmirli, s. 187 – 188.
 - 9 Markus Köhler, Hans-Wofgang Arndt, Thomas Fetzer, *Recht des Internet*, 6. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2008, S. 189 N 594; Schmitz, S. 7.
 - 10 Schmitz, S. 8.

görünmeyebilir; doğal olarak kullanıcı, başka bir siteye bağlanmış olduğunu fark edemeyebilir¹¹.

D. Gömülü Link

Gömülü link (embedded/inline/dynamic/automatic link), yüzeysel linkten teknik olarak oldukça farklıdır. Gömülü link ile (aynı ya da başka bir web sitesine ait) başka bir sayfadaki bir unsura (resim, logo, grafik vs.) link veren sitenin sayfasından ayrılmaksızın sabit bir link vasıtasıyla otomatik olarak bağlantı kurulması sağlanmaktadır. Böylece söz konusu unsur (resim, logo, grafik vs.) link veren siteyi barındıran sunucuda çoğaltılmış olmadan, link veren sitede sörf yapan internet kullanıcısının ekranında geçici olarak görüntülenmektedir. Dolayısıyla çoğaltma işlemi sadece kaynak sitenin depolandığı sunucu üzerinde yapılmaktadır. Bu teknik sayesinde gömülü linkin bulunduğu sayfayı barındıran sunucu üzerindeki boş alan (kullanılmayarak) muhafaza edilmektedir. Ayrıca gömülü linkte, link verilen sitenin URL'si görünmemektedir. HTML olarak yazdırılan kaynak metin, içeriğin kökeni hakkında bilgi verebilmektedir. Bu yöntem sayesinde kullanıcının maus tıklama gibi bir hareketi olmaksızın browser tarafından link otomatik olarak aktif hale getirilmekte; gerçekte başka bir web sayfasına ait bir unsuru (içeriği) görmekte olan kullanıcıya söz konusu unsurun ilgili (dolaşılan) web sitene ait olduğu izlenimi verilmektedir¹².

III. Link Kurulması Yoluyla Fikri Haklara Müdahale Edilmesi

A. Genel Olarak

İnternet ortamında gerçekleşen ihlaller pek olası biçimde birden fazla alanda hukuki ve cezai sorumluluğu gerektirecek tarzda ortaya çıkabilmektedir. Aynı durum link verme işlemi için de geçerlidir. Söz gelişi, derin linkte bağlanılan sitenin ana sayfası atlanmak suretiyle alt sayfalara geçildiği için ana sayfadaki ilanlar internet kullanıcısı tarafından görülmemekte, bu durum link verilen sitenin reklam gelirlerinde düşüşe, dolayısıyla haksız rekabete neden olabilmektedir¹³. Bunların dışında marka hakkına ya da kişilik haklarına mü-

11 Schack, S. 16; Eroğlu, s. 213 – 214; Köhler, Arndt, Fetzer, S. 189, N. 594; Strowel, Hanley, p. 72; Schmitz, S. 8 – 9; Wüllrich, S. 63; Jürgen Ensthaler, Stefan Weidert, *Handbuch Urheberrecht und Internet*, 2. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2010, S. 175, N. 64; Marco Kühne, *Haftung von Suchmaschinenbetreibern*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012, S. 11; Memiş, Müzik, s. 137; Kaplan, s. 127; Başpınar, Kocabey, s. 167 – 168; Ayhan İzmirli, s. 189.

12 Strowel, Hanley, p. 73; Schack, S. 13; Eroğlu, s. 213; Wüllrich, S. 62 – 63 (Yazar, “inline link”in, bazı yazarlar tarafından yanlış olarak “deep link” olarak tanımlandığına haklı olarak dikkat çekmektedir, S. 62, Fn. 199); Schmitz, S. 7-8; Kühne, S. 11.

13 William Cornish, David Llewelyn, Tanya Aplin, *Intellectual Property*, Eighth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2013, para. 20 – 65; Başpınar, Kocabey, s. 166 – 167.

dahale de söz konusu olabilmektedir¹⁴. Nitekim link yoluyla kişilik haklarının ihlali ve özellikle marka hakkının ihlali ile ilgili olarak Yargıtay kararlarına rastlamak mümkündür¹⁵.

Fikri haklar (telif hakları) yönünden konu aşağıda link türleri dikkate alınarak ele alınmıştır. Ancak şu kadarını söyleyelim ki, sadece bağlantı kurulmuş olması (link verme eylemi), tek başına hak ihlaline neden olmaz. Fikri hakların ihlalden söz edebilmek için bu eylem nedeniyle söz konusu eserin hukuka aykırı olarak çoğaltılması, işlenmesi vs. eylemlerde bulunulmuş olması da gerekir¹⁶.

B. Yüzeysel Link ve Derin Link

1. Yüzeysel ve Derin Link Kurmanın Eser Sahibinin Haklarına Etkisi

Yetkili kişi (internet/web sitesi sahibi/işleticisi ya da eser sahibi), teknolojik koruma olmadan bir eseri dijital ortama sunduğu takdirde (umuma ilettiğinde) bizatihi kendisi, eserin internet kullanıcıları (erişimciler) tarafından kullanılmasını mümkün kılmış olmaktadır¹⁷. Bu nedenle, yüzeysel (surface) linklerde eser sahibinin, internet kullanıcıları tarafından eserin görüntülenmesine zımnen rıza gösterdiği varsayılır¹⁸.

Derin (deep) link bakımından ise konu tartışmalıdır. Derin linkte bu şekilde bir zımni rızanın söz konusu olamayacağı savunulduğu gibi aksi de savunulmaktadır. Alman Federal Mahkemesi, Paperboy kararında¹⁹ derin linkler de dahil olmak üzere link vermenin çoğaltma ve kamuya iletme (kamuya erişilebilir kılma) eylemi oluşturmayacağı sonucuna varmıştır. Zira hak sahibi kendi web sayfasında eserini erişilebilir kılmakla siteye yönlendirme bakımından başkalarını yetkili kılmış olur. Mahkemenin bu kararı eleştirilmiş, bu şekilde genel bir zımni rıza değerlendirmesinin en azından derin linkler ve benzeri

14 Strowel, Hanley, p. 74; Eroğlu, s. 229, dn. 95.

15 Marka hakkına müdahale bakımından örnek olarak bkz. Yargıtay 11 HD, 15.6.2012, E. 2011/4710, K. 2012/10662; Yargıtay 11. HD, 15.6.2015, E. 2014/17911, K. 2015/8296, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 15.3.2018). Kişilik haklarına müdahale bakımından bkz. Yargıtay 11. HD, 16.11.2015, E. 2015/4944, K. 2015/12017; Yargıtay 4. HD, 22.10.2015, E. 2014/12686, K. 2015/11965; Yargıtay 11. HD, 30.3.2015, E. 2014/19061, K. 2015/4357, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 15.3.2018).

16 Eroğlu, s. 223.

17 Ensthaler, Weidert, S. 174, N. 62.

18 Memiş, Müzik, s. 135; Tekin Memiş, "Fikri Hukuk Bakımından Link ve Frame Verilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002/2, s. 397; Kaplan, s. 124; Başpınar, Kocabey, s. 158; Ayhan İzmirli, s. 186; Levent Yavuz, Türkay Alca, Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt: II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1950.

19 Bundesgerichtshof Urteil v. 17.07.2003, Az.: I ZR 259/00, www.jurion.de (Erişim Tarihi: 19.3.2018).

teknikler bakımından sorgulanması gerektiği belirtilmiştir²⁰. Yine doktrinde, burada zımni rızanın basit linkler için söz konusu olacağını, derin linklerde ana sayfa ve oradaki reklamlar atlanılarak doğrudan alt sayfalara ulaşıldığı için link kurulan web sitesi sağlayıcısının zımni rızasından genel olarak bahsedilemeyeceği belirtilmiştir²¹. Türk hukukunda da derin link halinde zımni rızanın söz konusu olacağı yönünde doktrindeki görüşlerden çıkarım yapmak mümkün olduğu gibi²² aksi yönde çıkarım yapmak da mümkündür²³.

Aranılan içeriğe kolayca ulaşma imkanı sağlaması nedeniyle link kurmayı kitapların arama indeksine²⁴ ya da dipnot atfına benzetebiliriz²⁵. Bu bakımdan sadece bağlantı kurulmuş olması (link verme eylemi) tek başına hak ihlaline neden olmaz²⁶. Fikri hakların ihlalinin söz edebilmek için bu eylem nedeniyle söz konusu eserin hukuka aykırı olarak çoğaltılması, işlenmesi vs. eylemlerde bulunulmuş olması da gerekir²⁷.

Tek başına link verme (bağlantı kurma) eylemi, sadece başkasıyla bağlantı sağlamaktadır ve bir eser parçası olarak link verilen sitenin çoğaltılması sadece yabancı sağlayıcının (Anbieter/Provider) sunucusunda (server) gerçekleşmektedir²⁸. Dolayısıyla kural olarak bir web sitesinden fikri bir eseri barındıran bir başka web sayfasına link verilmesi çoğaltma eylemi oluşturmaz²⁹. Ancak internet kullanıcısının linke tıklamasıyla birlikte ilgili web sayfasına

20 Bkz. Walter, v. Lewinski, *European Copyright Law*, A Commentary, Ed.: Michel M. Walter, Silke von Lewinski, Oxford University Press, Oxford, 2010, no 11.3.35.

21 Schack, S. 13 – 14. Aynı yönde, bkz. Wandtke, Bullinger, *UrhG § 16 Rn. 20* (OLG Hamburg ZUM 2001, 512, 514); Thomas Dreier, Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, *UrhG § 16 Rn. 14*.

22 Memiş, *Müzik*, s. 134 – 135; Levent Yavuz, *Türkey Alıca, Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt: II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1950.

23 Bkz. Memiş, “Link ve Frame”, s. 399. Karş. Kaplan, s. 124; Başpınar, Kocabey, s. 158 vd.; Ayhan İzmirli, s. 187.

24 Eroğlu, s. 213; Başpınar, Kocabey, s. 157.

25 Loewenheim in Schricker, *Loewenheim*, § 16 Rn. 24; Memiş, *Müzik*, s. 136; Memiş, “Link ve Frame”, s. 398; Kaplan, s. 124 – 125.

26 Eroğlu, s. 223; Yavuz, Alıca, Merdivan, *Cilt: II*, s. 1950.

27 Eroğlu, s. 223.

28 Schack, S. 13.

29 Dreier, Schulze, *UrhG § 16 Rn. 14* (BGH GRUR 2003, 958/961 f. – Paperboy); Loewenheim in Schricker, *Loewenheim*, § 16 Rn. 24; Wandtke, Bullinger, *UrhG § 16 Rn. 20*.

bağlanıldığında çoğaltma eylemi gerçekleşmektedir³⁰. Kullanıcının linki aktif hale getirmesiyle birlikte link veren de çoğaltma eylemine iştirak etmektedir³¹. Diğer deyişle link kurma, kullanıcının fikri hak ihlaline yardım ya da teşvik eylemi oluşturabilir³². İnternet kullanıcısının bu çoğaltma eylemi, şahsen kullanma istisnası³³ içinde kaldığı sürece fikri hakların ihlaline neden olmamaktadır³⁴. Link verenin sorumluluğu ise bahsedildiği üzere link verilen site sağlayıcısının (yetkili kişinin) zımni rızası dolayısıyla söz konusu olmamaktadır.

Yayma hakkından ise burada bahsedilemeyecektir. Zira internette iletim, umuma iletim hakkı kapsamında FSEK 22’de düzenlenmiştir. Ayrıca yayma hakkından bahsedilebilmesi için maddi bir nüshanın varlığı da gereklidir³⁵.

İnternet, umuma iletim aracı (FSEK 25 II: “..seçtikleri yer ve zamanda...”)³⁶ olmakla birlikte, burada link verme eylemi, umuma iletim hakkı kapsamında yer almayacaktır; zira az önce belirttiğimiz üzere, link ile sadece daha önce umuma iletilmiş olan bir içeriğe bağlantı kurulmaktadır³⁶. Diğer deyişle zaten halihazırda link verilen sitede tüm internet kullanıcılarının erişimine açık olan

30 Loewenheim in Schricker, Loewenheim, § 16 Rn. 24 (BGH GRUR 2003, 958/961 f. – Paperboy; OLG Köln ZUM 2001, 414/417 – Paperboy; OLG Hamburg GRUR, 2001, 831/832 – Roche Lexikon Medizin; LG Erfurt ZUM 2007, 566/568); Schack, S. 13; Götting in Hartwig Ahlberg, Horst-Peter Götting (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz, Beck’scher Online Kommentar*, (Begr. von Möhring, Nicolini), Verlag C. H. Beck, Edition: 2, München, Stand: 1.3.2013, UrhG § 16 Rn. 6; Eroğlu, s. 224 – 225; Kaplan, s. 123 – 126; Ensthaler, Weidert, S. 174, N. 62. Aynı doğrultuda bkz. Memiş, *Müzik*, s. 135; Memiş, “Link ve Frame”, s. 406 – 407; Başpınar, Kocabay, s. 157. Ayrıca bkz. Strowel, Hanley, p. 80.

31 Schack, S. 13; Eroğlu, s. 225.

32 Loewenheim in Schricker, Loewenheim, § 16 Rn. 24.

33 FSEK 38 I uyarınca kişisel kullanım istisnasının söz konusu olabilmesi için iki şartın birlikte bulunması gerekir. Bütün fikir ve sanat eserleri bakımından çoğaltmanın şahsen kullanılmak üzere yapılmış olması (olumlu unsur), kar amacı gütmeyen yapılmış olması ve eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması (olumsuz unsur) gerekir. Konu hakkında bkz. Arslan Kaya, “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 441 vd.; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 474 – 492; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2012, § 10, n. 62; § 14, n. 150; § 20, n. 181; Mustafa Aksu, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 148 – 149: “...FSEK m. 38 hükmünün ve bunun kaynağı niteliğindeki Avrupa Konseyi Yönergesinin amacı dikkate alınarak denilebilir ki, bilgisayar programları açısından kişisel kullanım amacıyla çoğaltma imkanı esas itibarıyla tanınmamıştır. ... Gerçekte bunlar, kişisel kullanma amacıyla çoğaltmadan daha çok yasal şekilde edinilmiş bilgisayar programından genel olarak yararlanmaya ilişkin düzenlemelerdir.”.

34 Schack, S. 13; Eroğlu, s. 225, 238, 243 – 244; Kaplan, s. 124, 126. Karş. Başpınar, Kocabay, s. 162; Ayhan İzmirli, s. 187 – 188.

35 Ali Demirbaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, On iki levha, İstanbul, 2015, s. 32; Eroğlu, s. 225, dn. 78.

36 Eroğlu, s. 226 – 227.

bir esere link verilmiş olması kamuya iletim eylemi olarak değerlendirilemez³⁷. Nitekim aşağıda ele alınan Svensson kararında da Avrupa Adalet Mahkemesi ortada iletimin yapıldığı yeni bir kamu bulunmadığından yani halihazırda kamuya iletimin yapılmış olmasından ötürü yeni bir kamuya iletim eyleminden bahsedilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Aynı gerekçeyle, link verme kural olarak işlenme eylemi de oluşturmaz³⁸. Bununla birlikte somut olayda link verilen sitenin sadece belirli parçaları ile işlenme ortaya çıkabilir³⁹.

Prensip olarak, çoğaltmaya izin verilmiş olsa bile link verilmesi somut olayda eser sahibinin manevi haklarını ihlal edebilir. Link veren sitenin adres kısmında (Kopfzeile/header) link verilen sitenin URL'sine yer verilmesi eser sahipliğinin tanınması için yeterli olacaktır. Bu durumda eser sahibinin manevi haklarından adın belirtilmesi hakkının ihlalinden söz edilemeyecektir⁴⁰.

2. Svensson Kararı

Avrupa Adalet Mahkemesi'ne (CJEU/EuGH) göre web sitesi sahipleri, internet kullanıcılarını başka bir sitede bulunan ve serbestçe erişilebilir olan korama altındaki eserlere fikri hak sahiplerinin izni gerekmeksizin tıklanabilen internet linkleri vasıtasıyla yönlendirebilirler⁴¹.

Karara konu olan olayda "Göteborgs-Posten" adlı bir İsveç gazetesi, gazetenin fiziki nüshasında yayımlamakta olduğu gazetecilere ait makaleleri aynı gazetenin web sayfasında da yayımlamaktadır. "Retriever Sverige" adlı bir başka İsveç firması faaliyet gösterdiği web sitesinde müşterilerinin ihtiyaçlarına göre başka web sitelerinde yayımlanmakta olan makalelere -ki bunlar arasında "Göteborgs-Posten" sitesi de bulunmaktadır- tıklanabilen internet linklerinden oluşan listeler sunmaktadır. Taraflar arasında tartışma dışı olan bir husus, "Göteborgs-Posten" sitesinde yayımlanmakta olan makalelerin dileyen herkesin erişimine açık olmasıdır. "Retriever Sverige", "Göteborgs-Posten" sitesinde yer alan makalelere aktif link verirken söz konusu gazetecilerden izin almamıştır (paragraf 8). Olay İsveç mahkemelerinde dava konusu olmuştur. Davacılar, "Retriever Sverige" tarafından verilen link hizmeti sayesinde müşterilerinin söz konusu eserlere (makalelere) ulaştığını, eserlerin kamuya iletilmesi suretiyle münhasıran kendilerine ait olan hakların ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

37 Strowel, Hanley, p. 81.

38 Eroğlu, s. 228 – 229.

39 Memiş, "Link ve Frame", s. 403.

40 Schack, S. 14.

41 Judgment of the Court (Fourth Chamber) 13 February 2014 In Case C-466/12 (Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB), lex.europa.eu (Erişim Tarihi: 19.3.2018).

Buna karşılık “Retriever Sverige”, başka web sitelerinde kamuya iletilmiş olan eserlere internet linki verilmesinin, bu eserler üzerindeki telif haklarını ihlal suretiyle herhangi bir sorumluluğa yol açacak nitelikte bir eylem oluşturmadığını; ayrıca, koruma altındaki herhangi bir eseri nakletme eyleminde de bulunmadığını; kendisine ait eylemin ilgi çekici eserlerin yer aldığı web sayfalarına müşterilerini yönlendirmekle sınırlı olduğunu savunmuştur (paragraf 9-12).

Konu, temyiz mahkemesi (Svea Court of Appeal) tarafından Avrupa Adalet Mahkemesine taşınmış, bahsi geçer şekilde link verme eyleminin AB hukuku açısından “kamuya iletme” oluşturup oluşturmayacağı sorusunun cevabı aranmıştır (paragraf 13).

Avrupa Adalet Mahkemesi ise, ilgili Direktif⁴² hükmü [Article 3(1) of Directive 2001/29] uyarınca bir eseri umuma iletme her fiilin telif hakkı sahibinin iznine bağlı olduğunu; bu hükümden iki kümülatif kriterin ortaya çıktığını, yani bir eseri “iletme eylemi / act of communication” ile o eserin iletileceği bir “umum/kamu/public”⁴³ bulunması gerektiğini (paragraf 16); bu bağlamda, koruma altındaki eserlere tıklanabilen link verilmesinin kamuya iletme eylemi oluşturacağını, zira onu oluşturan fertlerin erişim sağlayabilmesine olanak sağlayacak şekilde bir eseri kamuya arz etmenin (kamu bu imkanı ister kullan-sın ister kullanmasın) kamuya iletme eylemi için yeterli olduğunu; “Retriever Sverige” tarafından işletilen sitenin potansiyel kullanıcılarının “kamu” olarak nitelenebileceğini, zira bu potansiyel kullanıcıların belirsiz ve çok sayıda olduğunu kararında belirtmiştir (paragraf 17-23). Bununla birlikte Avrupa Adalet Mahkemesi, iletimin “yeni” bir kamuya yönelmiş olması gerektiğini, yani telif hakkı sahiplerinin ilk kez kamuya iletme eylemine izin verdikleri esnada dikkate almamış oldukları bir kamunun esas alınması gerektiğine işaret etmiş; burada ise, böylesine “yeni” bir kamunun söz konusu olmadığını, zira “Göteborgs-Posten” sitesinde (link verilen sitede) sunulan makalelere erişim kısıtlaması getirilmemesi nedeniyle serbestçe erişilebilmesi karşısında, “Retriever Sverige” sitesinin (link veren sitenin) kullanıcılarını, hak sahibi gazeteciler tarafından makalelerinin “Göteborgs-Posten”da yayımlanmasına izin verirken zaten dikkate almış oldukları kamunun (başta hedef kitlenin) bir parçası olarak addetmek gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla, ortada “yeni” bir kamu olmadığına göre, umuma iletim için telif hakkı sahiplerinin iznine de

42 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ L 167/16, 22.6.2001).

43 Kamu, kişisel ilişki bağının bulunmadığı (dar kişisel çevre ile sınırlı olmayan), diğer (belirsiz) kişilere açık olan bir çokluğu ifade eder (bkz. Demirbaş, s. 40). Kamu kavramı hakkında bkz. Demirbaş, s. 39 – 41.

gerek bulunmamaktadır (paragraf 24-28). Böylece Avrupa Adalet Mahkemesi; bir web sitesi sahibinin, söz gelişi “Retriever Sverige” firmasının, telif hakkı sahiplerinin izni bulunmaksızın, serbest erişime açık şekilde bir başka sitede yer alan koruma altındaki eserlere tıklanabilen linkler vasıtasıyla internet kullanıcılarını yönlendirebileceği sonucuna varmıştır (paragraf 32).

Ayrıca Avrupa Adalet Mahkemesi, sadece üyelerin giriş yapabildiği bir sitenin söz konusu olduğu hallerde bu sitenin erişim kısıtlamalarını bertaraf etmek suretiyle koruma altındaki eserlere ulaşma imkanı sağlayan link verme eylemlerinde, link veren sitenin tüm bu kullanıcılarını eser sahiplerinin başta yetki verdikleri zaman dikkate almadıkları yeni bir kullanıcı halkası olarak kabul etmek gerektiğini eklemiştir. Böyle bir durumda yeni bir kamuya iletim, dolayısıyla da fikri hakların ihlali söz konusu olacaktır (paragraf 31).

Birlik üyesi olmayan, dolayısıyla Avrupa Adalet Mahkemesi kararlarıyla bağlı olmayan İsviçre’de de Svensson kararı doktrinde ele alınmış, henüz İsviçre yüksek yargısının aktif linklere dair verilmiş bir kararı bulunmamakla birlikte, AB hukukuyla benzerlik taşıyan hükümlerden ve İsviçre Anayasasından hareketle, kural olarak aktif linklere serbestiyet tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴.

3. Değerlendirme

Tüm bu açıklamalardan Türk hukuku bakımından da gerek yüzeysel gerek derin linkler bakımından bir siteden diğer bir siteye tıklanabilen linkler vasıtasıyla erişim sağlanmasının eser sahiplerinin fikri haklarını ihlal etmediği sonucuna varabiliriz. Yeter ki söz konusu eserler hak sahiplerinin izniyle halihazırda kamunun serbest erişimine sunulmuş olsun.

Nitekim yukarıda ele aldığımız Svensson kararında da Avrupa Adalet Mahkemesi, herhangi bir erişim kısıtlaması getirmeden bir web sitesinde kamunun serbest erişimine açılan telif koruması altındaki bir esere link verilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla Avrupa Adalet Mahkemesi'nin tıklanabilen internet linkleri bakımından görüşünün hukukumuzla örtüştüğünü söyleyebiliriz.

44 Birgit Weil, “Was du liebst, lass frei. Kommt es zurück, gehört es dir – für immer!” – Urteil des EuGH vom 13. Februar 2014, Rs. C-466/12, «Nils Svensson u.a., Retriever Sverige AB», sic!, 2014, S. 482.

C. Gömülü Link ve Çerçeveleme

1. Gömülü Link ve Çerçeveleme Kurmanın Eser Sahibinin Haklarına Etkisi

Gömülü (embedded/inline) linklerde, link verilen sayfa içeriği, link veren sayfada ve adeta onun bir parçası olarak sunulmakta olduğundan eser sahibinin haklı menfaatleri ihlal edilmektedir. Dolayısıyla burada eser sahibinin zımni rızasından bahsedemeyiz⁴⁵. Bu durum çerçeveleme (framing) için de söz konusudur⁴⁶.

Gömülü linkte ve çerçevelemede, adres kısmında link verilen sitenin URL'sine yer verilmeyerek internet kullanıcılarına, ilgili içeriğin link veren siteye ait olduğu izlenimi verilebilmektedir. Bu durumun, eser sahibinin manevi haklarından adın belirtilmesi hakkını (FSEK 15) ihlal edeceği ortadadır⁴⁷.

Gömülü linklerde, somut olayda işleme eser oluşturulması halinde işleme hakkının ihlali söz konusu olabilir⁴⁸. Çerçevelemede de eserin kısmen ya da küçültülmüş olarak çoğaltılması halinde işleme hakkının ihlali gündeme gelebilecektir⁴⁹.

Gömülü linklerde çoğaltma eylemi bakımından şu hususa dikkat çekmek isteriz. Gömülü linklerde link kurulan sitenin unsuruna otomatik olarak bağlanılmakta, çoğaltma eylemi de link kurulan sitede gerçekleşmektedir. Diğer deyişle link veren sitenin sunucusunda çoğaltma eylemi gerçekleşmemektedir. Buradan hareketle Alman hukukunda gömülü linklerde (inline link) çoğaltma eyleminden bahsedilemeyeceği savunulduğu⁵⁰ gibi aksi de savunulmaktadır⁵¹.

Çerçevelemede, link verilen web sayfasına ait içerik, link veren web sayfasında görüntülenmektedir. Bu bakımdan çoğaltma hakkının ihlali söz konusu olabilmektedir⁵². Bununla birlikte gömülü linkler bakımından bahsettiğimiz iki farklı eğilimin yansımaları olarak Alman hukukunda içeriğin sunucunun kendi server'ında depolanmış olup olmaması bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, içeriği kendi server'ında depolayıp internet kullanıcılarına su-

45 Wandtke, Bullinger, UrhG § 16 Rn. 20 (OLG Hamburg ZUM 2001, 512, 514); Memiş, *Müzik*, s. 136; Memiş, "Link ve Frame", s. 398.

46 Wandtke, Bullinger, UrhG § 16 Rn. 20 (OLG Hamburg ZUM 2001, 512, 514); Götting in Ahlberg, Götting, UrhG § 16 Rn. 6; Memiş, *Müzik*, s. 138; Memiş, "Link ve Frame", s. 398.

47 Schack, S. 14, 16 – 17; Memiş, *Müzik*, s. 136; Memiş, "Link ve Frame", s. 401.

48 Memiş, *Müzik*, s. 136, Memiş, "Link ve Frame", s. 403. Karş. Kaplan, s. 128 vd.

49 Schack, S. 17. Karş. Memiş, "Link ve Frame", s. 403.

50 Bu görüşte, bkz. Wandtke, Bullinger, UrhG § 16 Rn. 20.

51 Schack, S. 14 (Yazar, ikinci görüşe katılmaktadır).

52 Schack, S. 17; Memiş, *Müzik*, s. 137; Başpınar, Kocabey, s. 169 – 170; Ayhan İzmirli, s. 189.

nan sunucunun çerçeveleme eylemi çoğaltma olarak kabul edilirken, yalnızca doğrudan bağlantı yapılmış olması halinde bu eylem çoğaltma olarak kabul edilmemektedir⁵³. Dolayısıyla bu görüşe göre ister yüzeysel link ya da derin link (Deep Link) olsun ister gömülü link (Inline Link) ya da çerçeveleme (Frame Link) olsun link kurma eylemi çoğaltma sonucunu doğurmaz⁵⁴.

Türk hukukunda çoğaltma hakkı geniş şekilde düzenlemiştir (FSEK 22: “... herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma...”). Gömülü linklerde ve çerçevelemede çoğaltma eylemi link veren sitenin sunucusunda gerçekleşme de bu link türlerinde kullanılan teknik nedeniyle link veren bakımından dolayı olarak çoğaltma eyleminin varlığından söz etmek mümkündür. Bir eseri kendi web sayfasında eser sahibinden izinsiz olarak çoğaltamayan kimsenin link yoluyla bu işlemi gerçekleştirememesi gerekir⁵⁵.

İsviçre hukukunda gömülü linklerde çoğaltma eyleminin kime isnat edileceği hususunda şöyle bir ayırım yapılmaktadır. Şayet internet kullanıcısının link kurulan içeriğin yüklenmesinde ve geçici olarak çoğaltılmasında kullanıcının karar vermek gibi bir dahili söz konusu değilse, diğer deyişle kullanıcı kopyasının otomatik olarak oluşturulması için gerekli olan hazırlıklar da dahil tüm adımlar gömülü link kuran (Embedding-Provider) tarafından atılmakta ise burada gömülü link kuran doğrudan çoğaltma eyleminde bulunan kişi olarak dikkate alınacaktır. Buna karşılık, üçüncü kişiye ait içeriğin çağırılması kullanıcının kendi kararına bağlı ise, söz gelişi bir videonun oynatılması için ya da bir müziğin çalınması için kullanıcının ekrandaki oynat işaretine tıklaması gerekiyorsa, bu takdirde çoğaltma eyleminde bulunan kişi internet kullanıcısı olacaktır. Gömülü link kuran kişi de kullanıcının çoğaltma eylemini hayata geçiren tüm hazırlıkları gerçekleştirdiği için yardım eden olarak sorumlu olacaktır⁵⁶.

Fiziki nüsha yokluğu nedeniyle yayma hakkından burada da bahsedilemeyecektir⁵⁷.

Gerek gömülü link gerek çerçeveleme bakımından iletimin link kurulan siteden gerçekleşmesi bakımından umuma iletim hakkının ihlal edilmediğini söyleyebiliriz⁵⁸. Unutmayalım ki gömülü link kuran kişinin içerik üzerinde tasarruf gücü bulunmamaktadır. Söz konusu içerik bağlantı kurulan siteden

53 Ensthaler, Weidert, S. 175, N. 65.

54 Wandtke, Bullinger, UrhG § 16 Rn. 20.

55 Memiş, “Link ve Frame”, s. 408.

56 Hilty, Schmid, Weber, S. 240 – 241.

57 Hilty, Schmid, Weber, S. 241.

58 Memiş, “Link ve Frame”, s. 409.

kaldırıldığında artık kendisine ulaşamayacaktır. Dolayısıyla umuma iletim eylemi link veren tarafından değil, link verilen sitenin işleticisi tarafından yapılmaktadır⁵⁹.

Nitekim BestWater kararında da Avrupa Adalet Mahkemesi halihazırda kamunun serbest erişimine açık olan eserlere çerçevleme ve gömülü link yoluyla bağlantı kurulmasını ortada yeni bir teknik ve yeni bir kamu bulunmadığı gerekçesiyle umuma iletim hakkının ihlali niteliğinde görmemiştir.

Gömülü linkte olduğu gibi çerçevlemede de link veren, link verilen içerikten tamamen sorumludur⁶⁰.

2. BestWater Kararı

Avrupa Adalet Mahkemesi uygulamasına göre, halihazırda kamunun erişimine açık olan bir eser bakımından yeni bir iletim eyleminden bahsedilebilmesi için ya başka bir teknik usul kullanılmış olması ya da bu eylemin yeni⁶¹ bir kamu önünde gerçekleşmiş olması aranmaktadır⁶². Bu hukuki yorum uyarınca, bir eserin internet üzerinden kamuya iletilmesinde kullanılan teknik usulün aynı olması karşısında, tıklanabilen linkler ile bir esere bağlantı kurulması eylemlerinin AB hukuku açısından hak sahibinin mutlak hakları kapsamında yer alabilmesi için, eserin yeni bir kamuya sunulmuş olması gerekmektedir⁶³.

Bahsi geçen davada⁶⁴ davacı “BestWater” firması, su arıtma sistemleri üretmekte ve bunların satışını yapmaktadır. Aynı firma, reklam amaçlı olarak hazırlattığı ve su kirlenmesini konu edinen yaklaşık iki dakikalık bir film de hak sahibidir. Söz konusu film “Youtube” video platformunda erişilebilir durumdadır (paragraf 4). Davalı şahıslar (Herr Mebes, Herr Potsch) ise, davacı “BestWater” firmasının rakibi olan bir firmanın ticari mümessilliğini yapmaktadırlar. Ürünlerinin reklamını yaptıkları web sitelerinde davalılar,

59 Hilty, Schmid, Weber, S. 242; Özge Öncü, “Fikri Hak İhlalleri Bakımından İnternet “Görsel” Arama Motorları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, s. 119 – 120 (BGH, 17.7.2003, “Paperboy”, MMR 2003, Heft 11, s. 722).

60 Schack, S. 17.

61 Yukarıda “Svensson” kararında belirtildiği üzere, Avrupa Adalet Mahkemesi, umuma iletimden bahsedilebilmesi için iletimin “yeni” bir kamuya yönelmiş olması gerektiğine, yani telif hakkı sahiplerinin ilk kez kamuya iletmeye izin verdikleri esnada dikkate alınmış oldukları bir kamunun esas alınması gerektiğine işaret etmektedir (bkz. Svensson kararı, paragraf 24).

62 Florent Thouvenin, “BestWater: Der EuGH auf blinder Fahrt in trüben Gewässern”, sic!, 2015, S. 704.

63 Thouvenin, S. 704.

64 Beschluss des Gerichtshof (Neunte Kammer) 21. Oktober 2014. Rechtssache C-348/13 (BestWater International GmbH gegen Michael Mebes und Stefan Potsch), lex.europa.eu (Erişim Tarihi: 19.03.2018).

çerçeveleme (frame) tekniğiyle link vermek suretiyle söz konusu filme bağlantı sağlamışlardır. Böylece davalıların web sayfasını ziyaret edenler linki tıkladıklarında aslında “youtube” video platformundan (sunucusundan) kaynaklanan söz konusu filmi sanki içinde buldukları web sayfasının bir parçasıymış gibi izleme imkanına kavuşmuşlardır (paragraf 5). Bunun üzerine “BestWater” firması, filmin izinsiz olarak davalılar tarafından kamuya erişilebilir kılındığından bahisle, yayının durdurulması, tazminat verilmesi vs. hususlarda Alman mahkemeleri nezdinde dava açmıştır (paragraf 6).

Temyiz incelemesi çerçevesinde Alman Federal Mahkemesi, Direktifin ilgili hükmüne [Article 3(1) of Directive 2001/29, Art. 3 Abs. 1 Der Richtlinie 2001/29] uygun olarak bir eserin halihazırda kamuya iletiminin sağlanmış olması durumunda aynı teknik kullanılmak suretiyle yeni bir iletim eyleminin varlığından bahsedilebilmesi için bu eylemin yeni bir kamu önünde yapılmış olması gerektiğini belirtmiştir. Bu yüzden yargılamaya esas olan davada davalıların (Herr Mebes, Herr Potsch) davacı BestWater tarafından üretilmiş olan filme link verme eylemleri, filmin halihazırda kamunun serbestçe erişimine açık şekilde video platformunda yer alması nedeniyle yeni bir kamuya iletim sonucunu doğurmaz. Bu yargıya varan Federal Mahkeme, söz konusu linkin çerçeveleme (framing) tekniğini kullandığına da dikkat çekmiştir. Bu teknik ise web sitesi işleticisine bir eseri kopyalamak zorunda olmadan sahip olmasına (benimsemesine), dolayısıyla da çoğaltma hakkına dair hükümlerin uygulama alanına dahil olmasını sağlamaktadır. Buradan hareketle Yerel (federal) mahkeme, asıl yargılamada söz konusu olan link verme eyleminin Direktifin ilgili hükmü uyarınca kamuya iletim sayılıp sayılmayacağı sorusunu yöneltmiştir (paragraf 10). Diğer deyişle yerel mahkeme, yeni bir teknik ya da yeni bir kamunun söz konusu olmadığı bu gibi durumlarda Direktif'e göre bir kamuya iletim söz konusu olacak mıdır sorusunun cevabını aramaktadır (paragraf 11).

Avrupa Adalet Mahkemesi'nin cevabı ve vardığı sonuç ise şöyledir: Avrupa Adalet Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, halihazırda kamunun erişimine açık olan bir eser bakımından ilgili Direktif hükmü [Article 3(1) of Directive 2001/29, Art. 3 Abs. 1 Der Richtlinie 2001/29] uyarınca yeni bir iletim eyleminden bahsedilebilmesi için ya başka bir teknik usulün kullanılmış olması ya da bu eylemin yeni bir kamu önünde gerçekleşmiş olması gerekir (Paragraf 14).

Halihazırda kamunun erişimine açık olan koruma altındaki bir esere bir başkası tarafından çerçeveleme (framing) tekniği kullanılmak suretiyle gömülü (inline) link verilmesi eylemi tek başına bahsi geçen Direktif bağlamında bir kamuya iletim oluşturmaz meğerki söz konusu eserin iletiminde başka bir

teknik usul kullanılmış ya da yeni bir kamu söz konusu olsun (paragraf 19-20).

Bu davadan bağımsız şekilde doktrinde de halihazırda bir eserin tüm internet kullanıcılarına açık şekilde yer aldığı bir web sitesine framing tekniği ile link verilmesinin kamunun erişimine sunma olarak yeni bir eylem oluşturmayacağı görüşüne rastlamak mümkündür⁶⁵.

Buna karşılık Avrupa Adalet Mahkemesi'nin BestWater kararı doktrinde eleştiri konusu da olmuştur. En başta kararın çok kısa oluşu ve esnek olmaması eleştirilmiştir. Şöyle ki karar göre bir kez kamunun serbestçe erişimine sunulmuş olan fikri hakları haiz bir eserin çoğaltılmadan fakat çerçeveleme aracılığıyla gömülü link tekniği kullanılmak suretiyle başka web sitelerinden bağlantı sağlanması mümkün kılınmaktadır. Bu görüşün dile getirdiği kaygıya göre bu karar, eserlerini bir kez kamunun serbest erişimine açan eser sahiplerinin söz konusu eserlerin online kullanım hakları üzerinde tasarrufta bulunma imkanlarını büyük ölçüde kaybetmeleri sonucunu doğuracaktır⁶⁶.

Yine doktrinde bu karar sonrasında eserlerin kamunun serbest erişimine açık olacak şekilde internet paylaşımlarında istenmeyen bir sonuç olarak azalma olacağı kaygısı dile getirilmektedir⁶⁷.

3. Değerlendirme

Daha önce ifade edildiği üzere çerçeveleme ve gömülü link şeklindeki linkler, link denildiğinde esas itibariyle akla gelen yüzeysel ve derin linklerden (tıklanabilen linklerden) metot olarak farklılık taşımaktadır. Şöyle ki, basit linkte başka bir web sayfasının ana sayfasına bağlantı kurulmakta, derin linkte bu bağlantı ana sayfa yerine alt sayfalara, verilere yapılmaktadır. Ayrıca bu iki link türünde kullanıcı aktif olarak yer almakta, linke tıklayarak ilgili unsura bağlantı sağlamaktadır. Oysa ki çerçevelemede ve gömülü linkte kullanıcı genel olarak aktif olmadığı gibi çoğu kez başka bir web sitesine bağlandığının farkına dahi varmamaktadır. Farklılık, çerçevelemede link verilen site bütünü itibariyle yer almakta, gömülü linkte ise link verilen sitenin belirli bir unsuru (resim, video, logo vs.) yer almaktadır. Bu bakımdan çerçeveleme ve gömülü linklerde ayırt edici özellik, işlemin otomatik olarak gerçekleşmesi ve birden fazla siteye ait içeriğin bir sitede bir araya getirilebilmesidir⁶⁸.

Bu bakımdan gömülü linkler ve çerçeveleme bakımından yüzeysel ve derin linklerden farklı bir sonuca varılacaktır. En başta burada eser sahiplerinin

65 Bkz. Strowel, Hanley, p. 81.

66 Thouvenin, S. 706.

67 Hilty, Schmid, Weber, S. 243.

68 Thouvenin, S. 706 – 707.

zımnı rızası söz konusu olmamaktadır. Mali haklardan çoğaltma hakkının ihlalden söz etmek mümkündür. Çoğaltma hakkının ihlali bakımından şu ayırım da yapılabilir. Şayet internet kullanıcısının hiçbir dahili söz konusu değilse gömülü link kuran çoğaltma eyleminde bulunmuş olur, aksine internet kullanıcısının link verilen içeriği aktif hale getirmek üzere görsel üzerinde yer alan video/müzik oynatma işaretine tıklamak gibi bir eylemde bulunmak zorunda olması halinde ise internet kullanıcısı çoğaltma eyleminde bulunmuş, gömülü link veren de bu işlemlerin yapılabilmesi için hazırlık işlemleri dahil tüm gerekli adımları atan kişi olması hasebiyle yardım eden olarak çoğalt eyleminden sorumlu olmalıdır. Diğer deyişle son durumda müteselsil sorumluluktan bahsedilebilir. Yine mali haklardan somut olayın şartlarına göre işleme hakkının ihlali gerçekleşebilir. Adın belirtilmemesi gibi manevi hakların ihlali de söz konusu olacaktır. Umuma iletim hakkının ihlali ise söz konusu değildir. Zira halihazırda link kurulan sitede söz konusu eser umuma iletilmiş durumdadır; umuma ileten de link kuran değil, söz konusu içeriği her an sitesinden kaldırabilecek konumda olan link kurulan sitenin yetkili kişisidir. Nitekim Avrupa Adalet Mahkemesi BestWater kararında, yüzeysel ve derin linklerde verdiği Svensson kararına benzer şekilde, çerçeveleme tekniği kullanılmak suretiyle gömülü link verilmesi (Inline-Framing) bakımından yeni bir teknik ya da yeni bir kamu söz konusu olmadan daha önce eser sahibinin izni ile kamunun iletimine sunulmuş olan eserlere link verilebileceği şeklinde karar vermiştir. Dolayısıyla bu kararın hukukumuzla uyumluluk arz ettiği sonucuna varabiliriz.

IV. Sonuç

Yüzeysel link vermek suretiyle internet üzerinde bir başka içeriğe bağlantı sağlanması tek başına fikri hak ihlali oluşturmamaktadır. Tartışmalı olmakla birlikte derin linkler bakımından da bunu ifade edebiliriz. Çerçeveleme ve Gömülü linkler bakımından ise bağlantı sağlanan web sayfasının URL'si adres kısmında yer almadığından ve link veren siteden ayrılmadan adeta onun bir parçasıymış gibi bağlantı sağlanan içeriğe ulaşılabilmesinden ötürü kimi fikri hak ihlallerinden bahsetmek mümkündür. Bu bakımdan Avrupa Adalet Mahkemesi'nin Svensson ve BestWater kararları ilgi çekicidir. Özellikle BestWater kararında hak sahiplerinden ziyade internette serbest erişime öncelik tanındığı görülmektedir. Ne var ki karar sonrasında fikri hak sahiplerinin eserlerini teknik koruma olmaksızın kamunun serbest erişimine açmama eğilimi göstermeleri beklenen bir sonuç olacaktır.

KAYNAKLAR

- Ahlberg, Hartwig; Götting, Horst-Peter, *Urheberrechtsgesetz, Beck'scher Online Kommentar*, (Begr. von Möhring/Nicolini), Verlag C. H. Beck, Edition: 2, München, Stand: 1.3.2013.
- Aksu, Mustafa, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Ayhan İzmirli, Lale, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Başpınar, Veysel; Kocabey, Doğan, *İnternette Fikri Hakların Korunması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Cornish, William; Llewelyn, David; Aplin, Tanya, *Intellectual Property*, Eighth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2013.
- Demirbaş, Ali, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, On İki Levha, İstanbul, 2015.
- Dreier, Thomas; Schulze, Gernot, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- Eroğlu, Sevilay, "İnternette 'Aktif Link'ler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale", *Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 209 – 247.
- Ensthaler, Jürgen; Weidert, Stefan, *Handbuch Urheberrecht und Internet*, 2. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2010.
- Hilty, Reto M.; Schmid, Oliver; Weber, Markus, "Urheberrechtliche Beurteilung von Embedding", *sic!*, 2016, S. 237 – 249.
- Kaplan, Yavuz, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- Kaya, Arslan: "Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?", *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 431 – 458.
- Köhler, Markus; Arndt, Hans-Wolfgang; Fetzer, Thomas, *Recht des Internet*, 6. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2008.
- Kühne, Marco, *Haftung von Suchmaschinenbetreibern*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- Memiş, Tekin, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002. (Müzik)
- Memiş, Tekin, "Fikri Hukuk Bakımından Link ve Frame Verilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002/2, s. 393 – 412. ("Link ve Frame")
- Öncü, Özge, "Fikri Hak İhlalleri Bakımından İnternet "Görsel" Arama Motorları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, 93 – 154.
- Öztan, Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Schack, Haimo, "Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames", *MMR* 2001, 9.

- Schmitz, Katharina, *Haftung für Links*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006.
- Schrickler, Gerhard; Loewenheim, Ulrich, *Urheberrecht, Kommentar*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.
- Strowel, Alain; Hanley, Vicky, "Secondary Liability for Copyright Infringement with Regard to Hyperlinks", *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Ed.: Alain Strowel, Edward Elgar, Cheltenham, 2009.
- Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Thouvenin, Florent, "BestWater: Der EuGH auf blinder Fahrt in trüben Gewässern", *sic!*, 2015, S. 704 – 709.
- Walter, Michel M.; von Lewinski, Silke (eds): *European Copyright Law, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Wandtke, Artur-Axel; Bullinger, Winfried: *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009.
- Weil, Birgit, "Was du liebst, lass frei. Kommt es zurück, gehört es dir – für immer!" – Urteil des EuGH vom 13. Februar 2014, Rs. C-466/12, «Nils Svensson u.a./Retriever Sverige AB», *sic!*, 2014, S. 478 – 482.
- Wüllrich, Philipp, *Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen im Internet*, JWV, Gottmadingen, 2006.
- Yavuz, Levent; Alica, Türkyay; Merdivan, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt: 1 – 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

ÖZ

Bir web sitesinden bir başka web sitesine link kurmak suretiyle web sitesinde yer alan içeriklere bağlantı sağlanması mümkündür. Bu sayede internet ortamında çeşitli eserler ve içerikler sınırsız sayıda kişinin erişimine sunulabilmektedir. Bu durum internet ortamının doğası gereğidir. Bununla birlikte internet linki kurmak suretiyle fikri eserlere müdahale edilmesi fikri hakların ihlaline neden olabilmektedir.

Avrupa Adalet Mahkemesi, Svensson ve BestWater davalarında web sitesi sahiplerinin, internette serbestçe ulaşmanın mümkün olduğu fikri eserlere link kurmak suretiyle internet kullanıcılarını yönlendirebileceği yönünde karar vermiştir.

Çalışmada yüzeysel link, derin link, çerçeveleme ve gömülü link kurmanın fikri haklara etkisi incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: link, aktif link, tıklanabilen link, internet linki, yüzeysel link, derin link, gömülü link, çerçeveleme, Svensson kararı, BestWater kararı

Türk Hukukundaki Mevduat Rehnine, Teminat İşlemleri İçin Uncitral Model Kanun Açısından Bir Bakış*

A glance with regard to UNCITRAL Model Law On Secured Transactions to the deposit pledge in Turkish Law

Ömer ELMAS**

ABSTRACT

The pledge on deposit as a type of security for loan requests can be easily put and it can also quickly be realized. There isn't enough research on the international application of the pledge on deposit which should take more place in the economic and commercial life and this led us to write on this article subject. On our article, regulation of the pledge on deposit regulated under Turkish Law and the model law issued by United Nations Commission on International Trade Law for security transactions will be discussed with regard to the Civil Law and the Law of Obligations.

There isn't any specific provision regarding the pledge on deposit in the TCL. In this regard the pledge on deposit, is subject to the provisions of Article 954 and the following articles under the title of "Pledges on Receivables and Other Rights" at the Part 3, Distinction 2 with the title "Movable Property Pledge" of the TCL. It is also regulated in the UNCITRAL Model Law under the Article 15 and the following articles under the title of "Rights to payment of funds credited to a bank account" placed in the Second Part with title of "Creation of a security right".

Keywords: deposit pledge, receivable pledge, UNCITRAL Model Law on Secured Transactions.

Giriş

Taşınır ya da taşınmaz üzerinde aynı hak olan rehin hakkı tesisıyla birlikte ilgili taşınır ya da taşınmazın alacaklının alacağı için teminat teşkil edebilmesi olanağı doğar. Borçlunun borcunu ödeyememesi durumunda, alacaklının, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tatmini sağlanabilir. Böylece alacağın re-

* Makale gönderim tarihi: 08.05.2018. Makale kabul tarihi: 17.05.2018.

** Avukat. T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İletişim: oelmas@elmasyesiloglu.com, omerelmastr@yahoo.com.

hinle temini, borç ilişkilerinde güven ve istikrara hizmet eder. Zaman içerisinde ekonominin gelişmesi ve borç ilişkilerinin karmaşıklaşması nedeniyle borç ilişkilerinde beklenen güven ve istikrara hizmet edebilecek taşınır ve taşınmaz haricinde de teminat olarak verilebilecek unsurların arayışı rehin konularını değişime uğratmıştır.

Taşınır bir malın alacaklı için rehin yoluyla teminat teşkil edebilmesi, ancak, ilgili taşınırın alacaklıya teslimi ile mümkündür kuralına zaman içerisinde getirilen istisnalardan alacak ve diğer haklar üzerinde rehnin bir cüzü olan mevduat rehni de önem kazanmaya başlamıştır. Özellikle kredi kurumlarının verdikleri kredilere, likit nitelik taşıyan ve tahsil kabiliyeti fazla bir teminat türü olan mevduat rehnini tercih etikleri görülmektedir. Kural olarak, borçlanarak toplanan ve bilhassa küçük tasarrufların oluşturduğu havuz ile hem kredi arayanların ihtiyaçlarının karşılandığı hem de küçük tasarrufların yatırıma aktarıldığı bir düzende mevduat rehni yoluyla hem kredi verenler hem de tasarruflarını ödünç verenler alacaklarını daha güçlü ve likit teminatlarla teminat altına almış olmaktadır. Bu bakımdan mevduat üzerinde rehin, kredi taleplerinin karşılanmasında aranan bir teminat türü olarak hem kolay kurulabilmekte hem de rehnin hızlı bir şekilde paraya çevirilmesi mümkün olmaktadır.

Ekonomik ve ticari hayatta daha fazla yer tutması gereken mevduat üzerinde rehnin, uluslararası uygulamalarının yeterince incelenmemiş olması da bizi bu makale konusunu yazmaya sevk etmiştir.

Makalemizde, mevduat üzerinde rehnin Türk hukuku ile teminat işlemleri için Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından çıkarılan model kanundaki düzenlenişi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku bakımından ele alınacaktır.

I. Mevduat Rehninin Düzenlenişi Ve Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Borç ilişkisinin kurulması aşamasında, alacaklı ve borçlu arasında her ne kadar güven temeline dayanan bir ilişki söz konusu olsa da tedbirli davranan alacaklılar borçlunun sözleşmede belirlenmiş olan edimleri yerine getirmeme ihtimali karşısında zarara uğramamak adına teminat isteyebilirler. Taraflar arasında sözleşme kurulduktan sonra, teminat sağlama borcu, alacaklının talebi üzerine kişisel veya aynı bir teminatla yerine getirilir. Ancak belirtmek gerekir ki kural olarak borçlunun alacaklıya teminat sağlamak gibi bir zorunluluğu yoktur; meğerki sözleşmeyle böyle bir borç yüklenmemiş olsun.

Kişisel teminatlarda teminat veren, bir başkasının borcunu temin etmek

üzere borç altına girmektedir. Aynı teminatlarda ise alacaklıya alacağını elde etmesine yönelik olarak belirli bir nesne üzerinde bir aynı hak sağlanır. TMK'da teminat işlevi gören sınırlı aynı haklar, taşınmaz yükü ve rehin hakkıdır. Rehin hakkı ile anlatılmak istenen, alacaklıya alacağını öncelikle elde edebilmesi için belirli bir malvarlıksal değeri paraya çevirme yetkisinin tanınmasıdır. Rehne dayalı teminat türlerinin bir bölümü taşınır ve taşınmaz rehni olarak TMK'da düzenlenmiştir. TMK'da, taşınmaz rehni olarak; ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi; taşınır rehni olarak ise teslim şartlı rehin, hapis hakkı ve alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin düzenlenmiştir.

TMK'da taşınır rehninin tanımı yapılmamakla birlikte doktrinde yapılmış olan tanımlar göz önüne alındığında; taşınır rehninin kapsamına sadece maddi varlığa sahip olan taşınır haklar değil maddi varlığı olmayan hak ve alacakların da dâhil olduğu anlaşılmaktadır. Nasıl ki kanun koyucu bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz eşya olduğunu kabul etmekte ise maddi varlığı olmayan hak ve alacaklar da taşınır olarak kabul edilmektedir. Tabidir ki bir hak ve alacak olarak mevduat üzerinde rehin de bu kapsamda değerlendirilecektir.

B. Düzenlenişi

TMK'nın 850-972. maddelerinde bulunan hükümler iki bölüm içerisinde toplanmıştır: taşınmaz rehni ve taşınır rehni. "Taşınır Rehni" isimli bölümün ilk ayırımı teslim bağı rehin¹ ve hapis hakkı², ikinci ayırımı ise alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin başlıklarını taşımaktadır. Bu bölümün üçüncü ve

- 1 Temel taşınır rehin tipi olarak kabul edilen teslim bağı taşınır rehni hakkında bkz. Erol Cansel, *Türk Menkul Rehni Hukuku*, Cilt: 1, Teslim Şartlı Menkul Rehni, (Menkul Rehni), Ankara, 1967, s. 10 vd.; Bülent Davran, *Rehin Hukuk Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 80 – 81; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 2. Baskı, İstanbul, 1982 – 1983, s. 445; Selahattin Sulhi, Tekinay, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Haklar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 135 – 136; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 403; Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, § 24 No. 7 – 9; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku - III (Sınırlı Aynı Haklar)*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 226 vd.; Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku (Taşınır Eşya)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 338 vd.; Mehmet Serkan Ergüne, *Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 98 vd.; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku (Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre)*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2008, No. 2726; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, 2014, s. 792.
- 2 Genel ve özel hapis hakları konusunda daha geniş bilgi için bkz. Erol Cansel, *Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı*, (Hapis Hakkı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 155, Ankara 1961, s. 153 vd.; Suat Sarı, *Alkoyma Hakkı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, s. 3 vd.; Seza Reisoğlu, *Menkul İpoteği-Teslimsiz Menkul Rehni*, (Menkul İpoteği), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965, s. 21.

dördüncü ayırmaları ise sırasıyla rehin karşılığı ödünç verme işiyle uğraşanlar ve rehinli tahvile³ ilişkin hükümlerdir⁴.

TMK'da özellikle mevduat rehnine yönelik bir düzenleme mevcut değildir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Mevduatın ve katılım fonunun çekilmesi" başlıklı 61. maddesinde TMK'nın rehinlere ve hapis hakkına ilişkin verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma haklarının sınırlandırılmayacağı düzenlenmiştir. Teslimsiz taşınır rehin hakkının teminat olarak kullanımının yaygınlaştırılması amacını taşıyan 28.10.2016 tarih ve 29871 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1/4. fıkrası "Bu Kanun, sermaye piyasası araçları ile türev araçlara ilişkin finansal sözleşmeleri konu edinen rehin sözleşmeleri ile mevduat rehnine uygulanmaz" diyerek mevduat rehnini

- 3 Taşınmaz rehniyle güvence altına alınan bir ödünç senedi olan TMK m. 930'da bahsedilen rehinli tahvilden farklı olarak TMK m. 970 vd. taşınmaz rehniyle temin edilmiş ya da cari işlemlerden doğmuş alacakların rehni ile temin edilen tahvillerdir (Serozan, *Taşınır Eşya*, s. 357).
- 4 Rehin hakları; ekonomik fonksiyonları, tesis şekilleri, kıymetli evraka bağlı olup olmamaları gibi gerekçelerle farklı tasniflere de tabi tutulabilecek olmakla birlikte doktrinde rehin haklarının tasnifinde kanunun düzenleme tarzına genel olarak uyulduğu gözlenmektedir (Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Bası, Ankara, 1984, s. 950; Esener, Güven, s. 352, 393 – 394; Ertaş, No. 2518). Ayrıca alacaklının rehinli taşınırın saklanması ve bakımında sıkıntı çekmesi, rehin verenin taşınır iş hayatında ihtiyaç duyması gibi haller teslimle bağlı taşınır rehninin kredi ilişkilerindeki pratik değerini azaltması nedeniyle "teslimsiz rehin" ortaya çıkmıştır (Davran, s. 176 vd.; Ali Naim İnan, Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 679 – 680). Sicilli taşınır rehninde teslim ilkesinin yerini tescil ilkesi almakta ve taşınır rehni zilyetliğin devrine gerek kalmaksızın aleniyeti sağlayabilecek özel bir rehin siciline ya da genel bir sicile tescil ile kurulmuş kabul edilmektedir (Reisoğlu, *Menkul İpoteği*, s. 1 – 2; Serozan, *Taşınır Eşya*, s. 340; Ergüne, s. 15 – 16, 59 vd.; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1088 – 1089; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 352; Tekinay, s. 140 – 142; Esener, Güven, s. 406 vd.; Davran, s. 25; Turgut Kalpsüz, *Gemi Rehni*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 59). Sicilli rehinlerin ortak tarafı, konu aldıkları taşınırın genellikle kazanç sağlamak amacıyla kullanılan taşınır olmasıdır (Hıfız Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, Cilt: 1, Beta Yayıncılık, 6. Bası, İstanbul, 1998, s. 519; İnan, s. 660; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1113; Esener, Güven, s. 409; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 776; Ergüne, s. 15; Köprülü, Kaneti, s. 502 – 503, Hüseyin Ülgen, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 2015, No. 553). Sicilsiz ve teslimsiz taşınır rehni ise istisnai nitelikte bir uygulama olup belirli hukuki ilişkilerin neticesinde belirli taşınırın, zilyetlik devri ve tescil sözkonusu olmadan kanun gereği teminat olarak gösterilmiş sayılmalarını ya da mevcut bir teminatın kapsamına dahil olmalarını ifade eder. TMK m. 862'de belirtilen eklentiler ve 18.04.1972 tarih ve 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun "Mutlak rehin hakkı" başlıklı m. 13 örnek olarak verilebilir (Reisoğlu, *Menkul İpoteği*, s. 17 vd.; Ergüne, s. 95 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 782 – 783).

kapsamı dışında bırakmıştır⁵.

Mevduat rehni, TMK'nın "Taşınır Rehni" başlıklı 3. Bölüm 2. Ayırım'da "Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehin" başlığı altında yer alan 954 vd. maddelerindeki düzenlenmelere tabi olacaktır⁶. TMK'da, alacağın rehnedilmesi için yapılması gereken işlemler (m. 955/1); rehni üçüncü kişi borçluya ihbarı (m. 955/2); kıymetli evrakın, dolayısıyla kıymetli evraka bağlanmış alacakların rehnedilmesi için yapılması gereken işlemler (m. 956); alacak üzerinde art rehin hakkının kurulması (m. 958); rehin hakkının alacağa bağlı yan edimler bakımından kapsamı (m. 959); rehnedilen alacağın yönetimine ve ödenmesine (m. 961) ilişkin konular düzenlenmiştir. Bunlardan başka diğer devir edilebilir hakların (m. 955/3) ve emtiayı temsil eden kıymetli evrakın rehni (m. 957) de düzenlenmiştir.

TMK'nın 954. maddesinin 1. fıkrasına göre "Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir". Kanun, hakların rehnini üst kavram, alacakların rehnini ise alt kavram olarak ele almıştır. Zaten hakların rehnini düzenleyen hükümlerden çoğunun konusu alacakların rehniyle ilgilidir⁷. Bu hükme göre, genel olarak devredilebilen tüm alacak ve haklar ve dolayısıyla mevduat nedeniyle doğan hak ve alacaklar da devredilebilir olması nedeniyle rehnedilebilecektir.

TMK'nın 954. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça mevduat rehnine ayrıca teslim şartlı rehin hükümleri (m. 939-949) de uygulanacaktır⁸. Buna göre, rehin konusunun rehin alan tarafından tekrar rehnedilmesini düzenleyen TMK'nın 942. maddesi, aynı Kanununun 945. maddesinin ikinci fıkrasıyla birlikte mevduat üzerindeki rehin hakkının iyiniyetle kazanıldığı durumlarda uygulanabilecektir.

Mevduat rehninde rehni paraya çevrilmesine ilişkin TMK'nın 946. maddesinin 1. fıkrası, teminatın kapsamına ilişkin TMK'nın 946. maddesinin 2. fık-

5 Gökhan Antalya, Faruk Acar, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler)*, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 2. Bası, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 13 vd.

6 A. Sait Yüksel, Ash Yüksel, Ülkü Yüksel, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, Genişletilmiş 10. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004, s. 264; Uğur Yiğit, *Bankacılık Suçları, Has Matbaacılık*, İstanbul, 2006, s. 249.

7 Dieter Zobl, *Berner Kommentar zum Schweiz, Privatrecht, Sachenrecht, Das Fahrnispfand*, Art. 888 – 906 ZGB, (mit kurzem Überblick über das Versatzpfand, Art. 907-915 ZGB), (1996), Bern 1996, Art. 899, N. 3; Karl Oftinger, Ralf Baer, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV. Band, Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die Beschraenkten dinglichen Rechte, 23. Teil: Das Fahrnispfand, Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zurich, 1981, Art. 899, N. 2; Seda İrem Çakırca, *Adi Alacakların Rehni*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 6.

8 Lale Sirmen, *Alacak Rehni*, BTHAE, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990, s. 3; Yiğit, s. 250.

rası, rehin hakları arasındaki sıra ilişkisini düzenleyen TMK'nın 948. maddesi, Lex Commissoria yasağını öngören TMK'nın 949. maddesi uygulama alanı bulacaktır⁹.

Bunların yanında teslim şartlı rehin hükümlerinin tüm ihtiyaçları karşılamaması nedeniyle taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin bazıları taşınır rehnine de kıyas yoluyla uygulanabilmektedir¹⁰. Bu hükümler, taşınır rehninde uygulanabiliyor olması nedeniyle mevduat rehnine de uygulanabilecektir. Binaenaleyh TMK'nın halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacağın ipotekle güvence altına alınabileceğine ilişkin 881. maddesinin 1. fıkrası ile rehin verenin borçtan şahsen sorumluluğu yoksa alacaklının ödeme talebinin ona karşı etkili olabilmesi için bu talebin hem borçluya hem de rehin verene karşı yapılmış olması şartını getiren TMK'nın 887. maddesi de alacak ve diğer hakların rehninde ve dolayısıyla mevduat rehninde de uygulanabilecektir¹¹.

Türk hukukunda varolan bu düzenlemelerin yanında UNCITRAL'in uzun yıllardır yapmış olduğu çalışmaların neticesinde 2016 yılında "*Model Law on Secured Transactions*" isimli Teminat İşlemleri için Model Kanun (Model Kanun) yayınlamıştır¹². UNCITRAL tarafından çıkartılan model kanunlar, ulusal hükümetlerdeki kanun yapımcılar için kendi iç mevzuatlarının parçası olarak kabul edebilecekleri bir model biçiminde oluşturulmuştur. Model kanunlar parlamentolar ya da yasa yapımcılar açısından bir tür kanun tasarısı gibidir. Bu nedenle model kanunlarda imzacı listesi bulunmamakta ve bunlar tavsiye niteliği taşımaktadır. UNCITRAL anlaşmalarının genel ilkeleri uyarınca bir antlaşma imzalamak, imzacı devleti otomatik olarak bu antlaşmaya taraf yapmamakta antlaşma yürürlüğe girdiği takdirde, devletin uluslararası hukuktaki antlaşmaya bağlı kalması için onay veya üyelik gibi başka eylemler de gerekmektedir. Ayrıca, imzalanan ve onaylanan antlaşma hükümlerinin ilgili imzacı devlet içinde uygulanabilmesi, iç mevzuatının bu yönde değiştirilmesini gerektirmektedir.

Türkiye ise UNCITRAL kapsamında 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Konvansiyonu¹³, 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Mal-

9 Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 4.

10 Davran, İstanbul 1972, s. 78; Cansel, *Menkul Rehni*, s. 18; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1092; Köprülü, Kaneti, s. 453; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 5.

11 Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 5.

12 United Nations Commission On International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*, United Nations Yayınları, Viyana, Ekim 2016.

13 3731 S'lı ve 05.08.1991 t.'li Uygun Bulma Kanunu, 20877 S'lı ve 21.05.1991 t'li RG; 1991/2151 sayılı Onaylama Kararnamesi, 21002 S'lı ve 25.09.1991 t.'li RG.

ların Uluslararası Satış Sözleşmeleri Konvansiyonu'nu¹⁴ anlaşmalarla onaylamıştır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹⁵ ise Anayasa m. 125/1'de zikredilen “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” hükümleri gereğince gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin usul ve esaslarının belirlenmesini sağlamak için 1985 tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu örnek alınarak yürürlüğe konmuştur.

Model Kanun'un teminat işlemleri ile kastettiği işlem, taşınmaz mallar haricindeki tüm maddi ve maddi olmayan taşınabilir varlıklardan¹⁶ biri üzerinde bir teminat hakkı yaratan işlemdir¹⁷. Model Kanun, “Uygulama alanı ve genel hükümler” başlıklı Birinci Kısım'da yer alan “Uygulama alanı” başlıklı m. 1'de ifade edildiği üzere sadece taşınabilir varlıklardaki teminat hakları için uygulanabilecektir.

Mevduat rehni bakımından ise “Bir teminat hakkı oluşturmak” başlıklı İkinci Kısım'da yer alan “Banka Hesabına Yatırılan Fonların Ödenmesi İlişkin Haklar” başlıklı 15. maddede bir düzenleme getirilmiştir. Bu maddeye göre, bir banka hesabına yatırılan fonların ödenmesi hakkına sahip bir teminat hakkı, teminat veren ile mevduatı alan kuruluş arasında bulunan teminat vermeye ilişkin hakkı herhangi bir şekilde sınırlandıran bir sözleşmeye rağmen geçerli olacaktır.

Keza, hak ve yükümlülükler bakımından “Taraflar ve üçüncü kişi yükümlülerin hak ve yükümlülükleri” başlıklı Altıncı Kısım ve “Üçüncü kişinin hak ve yükümlülükleri” başlıklı İkinci Bölüm'de yer alan “Mevduatı kabul eden kuruma karşı haklar” başlıklı 69. maddede, mevduat rehninin, belli hallerde üçüncü şahıslara karşı da ileri sürülebileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.

C. Hukuki Niteliği

Değeri parayla ölçülebilir bir alacak yerine getirilmediğinde, alacaklının, teminat amaçlı ve temin ettiği alacağa bağlı olarak alacağını öncelikle elde edebilmek için kural olarak resmi makamlar aracılığıyla rehin konusunu paraya

14 5870 S'lı ve 02.04.2009 t.'li Uygun Bulma Kanunu, 27200 S'lı 14.04.2009 t.'li RG; 2010/247 sayılı Onaylama Kararnamesi, 27545 S'lı ve 07.04.2011 t.'li RG.

15 4686 S.'lı ve 21.06.2001 kabul t.'li Kanun, 24453 S.'lı ve 05.07.2001 t.'li RG.

16 Bu tanım Model Kanun'da yer almaktadır. UNCITRAL, *Model Law*, s. 4.

17 UNCITRAL, *Model Law*, s. 1.

çevirme yetkisini veren hak rehin hakkıdır¹⁸. Bu tanımda rehnedilenin, nesne, hak veya başkaca bir malvarlığı değeri olup olmamasına bakılmamıştır.

Türk Hukukunda rehin haklarını düzenleyen hükümler esas olarak TMK'nın eşya hukuku kitabının "Sınırlı Ayni Haklar"ı konu alan ikinci kısmında yer almaktadır. Rehin hakkı bu bakımdan sınırlı bir ayni hak olarak eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlar. Böylece rehin hakkı sahibi, rehin verenin aracılığına gerek duymaksızın rehinli eşyanın paraya çevrilmesini isteyebilecek ya da malikin diğer alacaklılarınca yapılan takip sonucu rehinli eşyanın haczinden sonra yapılan satış bedelinden alacağını öncelikle elde edecektir (İİK m. 140, 206)¹⁹. Rehin hakkı sahibi, malikin iflasında dahi iflas masasına giren rehinli malın satışından alacağını öncelikle alacaktır (İİK m. 185, 206)²⁰. Ayrıca rehinli eşyanın mülkiyetinin bir başkasına devredilmesi sözkonusu olduğunda dahi yeni malik eşyayı rehinle yüklü olarak devralabilecektir. Bu saydıklarımız rehin hakkının mutlak bir hak olarak herkese karşı ileri sürülebilme özelliğini de ortaya koyar.

Bir alacaklının, alacağını elde edebilmek ya da borçlunun borcunu ifa etmemesi ihtimaline karşılık olarak teminat²¹ almaya veya alınacak teminatların sayısını artırmaya çalışması en doğal yol olacaktır. Böylece alınacak tüm teminatların amacı alacaklıyı korumak olacaktır. Borcunu ifa etmekle sorumlu olan borçlu, asıl ve ilk olarak ilgili borcu ifa etmemesi nedeniyle haczi kabil tüm

18 Köprülü, Kaneti, s. 251 vd.; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 949; Tekinay, s. 70; Esener, Güven, s. 347; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 5; Ali Haydar Karahacıoğlu, M. Edip Doğrusöz, Mehmet Altın, *Türk Hukukunda Rehin*, Üçbilek Matbaası, Ankara, 1996, s. 1; Ayan, s. 127; Ergüne, s. 13; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 765; Serozan, *Taşınır Eşya*, s. 691; Ertaş, No. 2516; Huriye Kubilay, "Kambiyo Senetlerinin Rehni", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara, 1987, Cilt: 3, Sayı: 1 – 4, s. 497. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu "Tanımlar" başlıklı 2. maddesi rehin hakkını, taşınır varlığın türünden, rehin verenin veya rehinli alacaklının durumundan, rehinle güvence altına alınan borcun niteliğinden veya tarafların onu rehin hakkı olarak adlandırmasından bağımsız olarak bir borcun ödenmesini veya ifa edilmesini güvence altına almak amacıyla alacağın devrinde devralanın alacak hakkı da dahil olmak üzere, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın tesis edilen sınırlı ayni hak olarak tanımlamıştır.

19 Bir diğer deyişle haciz alacaklıları, rehinli alacaklının alacağını tam olarak almasından sonra bir değer kalırsa hacizli eşyanın satışından yararlanabileceklerdir. Zobl, N. 152; Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, 5. Auflage, Bern, 1981, N. 262; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 6.

20 Köprülü, Kaneti, s. 252 – 253; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 949 – 950; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 6.

21 Teminat kavramını, borçlunun borcunu ifa etmemesi ihtimaline karşı alacaklıya tanınan garanti anlamında kullandık. Geniş anlamıyla teminat sözleşmesi ise bir kimse ya da malvarlığının, başkasının karşılaşabileceği rizikodan doğacak zararı kendi üzerine almasını ifade eder (Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, Cilt: 2, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul, 2010, s. 684). Böylece teminat sözleşmesi kapsamına her tür garanti ve sigorta sözleşmeleri de dâhildir (Cevdet Yavuz, (Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 823).

malvarlığıyla sorumlu olacaktır. Bu sorumluluğa ek olarak, alacaklı, borçludan başka teminat istediğinde ise karşımıza şahsi ve aynı teminatlar çıkacaktır. Şahsi teminatlar “...den sorumluluk”, aynı teminatlar ise “ile sorumluluk” olarak da ifade edilebilir²². “İle sorumluluk”²³, asıl borçtan sorumlu olana ek olarak borcun teminine yönelik belirli bir malvarlığı değerine el atma ya da bunları ahkoyma yetkisi veren haklar; “...den sorumluluk” ise borçtan kişisel olarak sorumluların sayısının artırılması olarak da tanımlanabilir.

“İle sorumluluğa dayalı teminatlar” kategorisinde bulunan aynı teminatlar, teminat altına alınan alacağa kavuşmak için teminat konusu şey üzerinde alacaklıya aynı bir hak sağlar²⁴. Böylece alacaklı, alacağının ifasını sağlamak amacıyla, doğrudan doğruya hâkimiyetine tabi kılınan teminat konusu şeyi paraya çevirme imkânına sahip olur²⁵. Bu tür teminatlara örnek olarak taşınır, taşınmaz, alacak ve ticari işletme rehinleri ile teminat amacıyla mülkiyetin inançlı devri²⁶, mülkiyetin saklı tutulması (TMK m. 764)²⁷ ve bazı yazarlarca teminatın bir türü sayılan taşınmaz yükü (TMK m. 839) zikredilebilir²⁸. Bu teminatların ortak noktası ise kural olarak tasarruf işlemi sonucu sağlanabilmeleridir. O halde “ile sorumluluğa dayalı teminatlar”daki rehin hakkının niteliğini daha iyi anlayabilmek için tasarruf işlemi kavramı ile teminat arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir.

22 Dieter Zobl, “Die Globalzession im Lichte der neuen Lehre und Rechtssprechung - eine Standortbestimmung”, *SJZ*, 1989, s. 350; aynı yazar, 1996, N. 345 vd.; Beat Kleiner, *Bankgarantie: Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, 4. Auflage, Zurich, 1990, s. 101; Davran, s. 3 – 4; Tandoğan, s. 688 – 689; Peter Haenseler, *Die Globalzession*, Zurich, 1991, s. 13 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 2017, s. 51. Şahsi – aynı teminat ayrımı genellikle şahsi – aynı hak ya da nisbi – mutlak hak ayrımının bir yansıması olarak görülmektedir (Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 714; Ayan, s. 128). Ancak teminatın niteliği ile kaynağını karıştırmamak gerekecektir. Teminat nedeniyle sorumluluk, kaynağı itibarıyla her zaman “...den sorumluluk”tur (Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 714).

23 “İle sorumluluk”, alacaklıya, teminat olarak özgülenmiş malvarlığı değerini talep konusunda diğer alacaklılara nazaran avantajlı bir durum sağlar (Davran, s. 4; Erden Kuntalp, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, (Teminat kavramı), *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul, 1995, s. 296).

24 Davran, s. 4; Kuntalp, *Teminat Kavramı*, s. 280 vd.; Serozan, *Taşınır Eşya*; s. 273 vd.

25 Haenseler, s. 14; Davran, s. 3.

26 İnançlı devir kurumunun hukuki yapısı ve teminat yöntemi olarak kullanılması hakkında bkz. Tandoğan, s. 543 vd.; Serozan, *Taşınır Eşya*, s. 291 vd.

27 Mülkiyetin saklı tutulmasında bir tasarruf işlemi bulunmamakla birlikte teminat amacı açısından ağırlık taşıyan unsur, tasarruf işleminin kendisi değil bu tasarruf işleminin sonucunun yani mülkiyetin intikalinin şarta bağlanmış olmasıdır (Gürsoy, Eren, Cansel, s. 675 – 676; Hasan Pulaşlı, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1989, s. 157 vd.; Lale Sirmen, *Türk Özel Hukukunda Şart, (Şart)*, BTHAE, Ankara, 1992, s. 146 vd.; Tekinay, s. 9 – 10; Esener, Güven, s. 228; Serozan, *Taşınır Eşya*, s. 278 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 578 – 579; Ertaş, No. 2247).

28 Örneğin Fahrettin Aral, “Topyekün Temlik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 42, Sayı: 1, 1992, s. 95.

“Tasarruf” ve “tasarruf işlemi” kavramları kullanılmasına rağmen²⁹ hem TMK hem de TBK’da tasarruf işlemi tanımlanmamıştır. Ayrıca TMK ve TBK’da borçlanma işleminin aksine tasarruf işlemine ilişkin genel nitelikli hükümler de yer almamaktadır. Bu durumda TMK 5. maddesinin “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*” düzenlemesi devreye girecek ve irade bozukluğu, muvaza, aşırı yararlanma, işlemin şarta ya da süreye bağlanması gibi hususlarda bu düzenlemeler uygulanacaktır³⁰. Tasarruf işlemi, tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan etkide bulunarak bu hakkı devreden, değiştiren, hakkı sınırlayan veya onu sona erdiren hukuki muamelelerdir denilebilir³¹. Geçerli bir tasarruf işleminin varlığı için ilk olarak, tasarruf işleminden önce mevcut bir malvarlığı hakkının bulunması gerekir. İkinci olarak, bu malvarlığı hakkına ait tasarruf işleminden sonra meydana gelmiş bir sonucun ortaya çıkması gerekir³². Dolayısıyla tasarruf işlemiyle, işlemi yapan tarafın malvarlığında yer alan hakkın etkilenmesi ve aktifinin azalması gerekir.

Tasarruf işleminin hakkı doğrudan etkilemesi nedeniyle bu etki farklı şekillerde ortaya çıkar. Taşınmaz, taşınır ya da alacak hakkının devrinde, rehnedilmesinde, feragat edilmesinde tasarruf işlemiyle ortaya çıkan sonuçlar farklılaşır. Bir tasarruf işleminin sonucu; hakkın devri, sınırlandırılması, içeriğinin değişmesi veya sona ermesi olarak özetlenebilir³³.

29 TMK “*Tasarruf yetkisinin sınırlanması*” başlıklı m. 199, “*Yönetim, yararlanma ve tasarruf*” başlıklı 223, “*Tasarruf hakkının sınırlanması*” başlıklı m. 391, “*Yararlanmanın kapsamı*” başlıklı m. 820, “*Hakkın ileri sürülmesi*” başlıklı m. 923, “*Tasarruf yetkisi ve taşınır davası*” üst ve “*Emin sıfatıyla zilyetten edinme bakımından*” alt başlıklı m. 988, “*Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında*” başlıklı m. 1010; TBK “*Yayımlatanın tasarruf hakkı*” başlıklı m. 490, “*Temsil*” başlıklı m. 637 vb.

30 M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, 16. Baskı, İstanbul, 2018, s. 39; Kocayusufpaşaoğlu, N. 8; Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 308; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 55.

31 Haklar haricinde zilyetliğin ve hukuki ilişkilerin de tasarruf işlemine konu olabileceğini savunanlar da bulunmaktadır (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 22. Bası, Ankara, 2017, s. 160; Manfred Wolf, Marina Wellenhofer-Klein, *Sachenrecht*, 25. Auflage, München, 2008, s. 335).

32 Tasarruf işleminin hukuki sonucu, taşınır ya da taşınmaz üzerinde doğmayıp, iktisadi değere ilişkin menfaatleri koruyan haklar üzerinde doğar. Andreas von Tuhr, A. Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 2. Band, 3. Auflage, Zürich, 1974, s. 318 – 319; Baki İlkay Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 6; Doruk Utku, *Sınai Hakların Rehni*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 59 – 60.

33 M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 17. Bası, İstanbul, 2011, s. 159; Vardar Hamamcıoğlu, s. 96; Utku, s. 60.

Tasarruf işlem sonuçlarından hakkın devri, içeriğinin değişmesi, sona ermesi ile devren veya aslen kazanılması inceleme konumuz olan rehin tasarrufu ile ilgili değildir. Zira bir hak birden fazla yetkiyi ihtiva eder. Buna mülkiyet hakkının genel olarak kullanma, semerelerinden yararlanma ve tüketme yetkilerinden müteşekkil olduğu örneği verilebilir. Dolayısıyla hak sahibi bu yetkilerinin tamamı ya da bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunabilir³⁴. Daha önce hak sahibinin hakkının içinde bulunan yetkilerinden ayırmamış olduğu bir ya da birden fazla yetkisini kullanarak bir hakkını sınırlaması ve dolayısıyla türetilmiş bir hak olan rehin tesisi makalemizin inceleme konusudur. Rehin tasarrufu işlemi ile rehin veren asıl hakkın sahibi, kendi hakkını sınırlamakta ve böylece türetilmiş hak nedeniyle kaçınma ve katlanma yükümlüğü altına girmektedir. Rehin hakkı sahibi ise ilgili hak üzerinde vadesi gelmiş alacağının ifa edilmemesi şartıyla kamu otoritesi aracılığıyla kullanabileceği paraya çevirme yetkisini içeren türetilmiş bir hakkı elde etmektedir³⁵.

Aynı hakların sınırlanmasına baktığımızda kanunen sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus) geçerlidir. Dolayısıyla sınırlı aynı haklar kanunda sayılmıştır. Alacak ve diğer haklar bakımından da aynı ilke geçerlidir. Asıl haktan türetilmiş ve bir kısım yetkiler içeren hak genellikle asıl hakkın özelliklerini taşır. Örneğin taşınmaz ya da taşınır eşya üzerinde kurulan rehin hakkının tıpkı mülkiyet hakkı gibi aynı bir hak olduğuna ilişkin doktrinde herhangi bir tartışma yoktur. Ancak maddi varlığa sahip olmayan alacaklar ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin hakkının hukuki niteliği bakımından farklı görüşler mevcuttur. Alacak ve diğer haklar dolayısıyla mevduat üzerinde kurulan rehin hakkını tanımlamak için kullanılabilir iki farklı yöntem ortaya çıkmaktadır. İlki TMK'nın yaptığı teminat vasıtasının iktisadi değerinin niteliğini dikkate alan taşınır-taşınmaz rehni ayrımıdır. Diğer görüş ise, Kanunda taşınır rehni başlığı altında yer alsa da, bunun alacak rehininin sınırlı bir aynı hak olduğunu göstermediğini, maddi varlığı olan eşya üzerinde doğrudan doğruya sınırsız hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilir haklar olan aynı hakların, maddi varlığı olmayan alacak ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin bakımından sözkonusu olamayacağını ileri sürmektedir³⁶.

34 Oğuzman, Barlas, s. 237; Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, Cilt 1, *Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, 2012, N. 1189; Vardar Hamamcıoğlu, s. 104 – 105.

35 Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 691; Utku, s. 60 – 61.

36 İsviçre doktrininde egemen olan görüşe göre alacak ve diğer haklar üzerindeki rehin hakkı, aynı bir hak olmayıp ancak maddi varlığı olan şeylerin rehinine ilişkin hükümlerin kıyasen kendisine uygulanabileceği bir mutlak haktır. Meier-Hayoz, N. 229, 245. Bu görüşe göre aynı haklar sadece maddi varlıkları olan eşya üzerinde sözkonusu olabilir. Ayrıca bkz. Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt: 1 – 2, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 874 – 875; Tekinay, s. 146; Ergüne, s. 35; Çakırca, s. 20.

Kanunun sistemini esas alan görüş, alacak ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin hakkını sınırlı ayni hak olarak kabul etmiştir³⁷. Buna göre kanun, yalnız maddi varlığı olan şeyleri değil maddi varlığı olmayan şeyleri yani hakları da sınırlı ayni hak konusu yapmıştır. Kanun koyucunun sınırlı ayni hakları belirleme yetkisi kapsamında alacakların ve diğer hakların dolayısıyla mevduat rehninin sınırlı ayni hak olarak belirlendiği ve rehin hakkının konusunu teşkil edebileceği ifade edilmiştir³⁸.

Ayni hakların ancak maddi varlığı olan şeyler üzerinde kurulabileceğini savunan görüş, pozitif hukuktaki düzenlemeyle çelişmektedir. Çünkü alacak ve diğer hakların dolayısıyla mevduatın rehni TMK'da "*Sınırlı Ayni Haklar*" başlığını taşıyan İkinci Kısım'da, "Taşınır Rehni"ne ilişkin Üçüncü Bölüm'de düzenlenmiştir. Böylelikle kanun koyucu alacak ve diğer hakları maddi varlığı olan şeylerle bir tutarak, onların da herhangi bir eşya gibi rehin konusu olabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda pozitif hukuk, mevduat üzerindeki rehni, sınırlı ayni haklardan sayacaktır. Ayrıca ayni teminatlarda, teminatın temelinde yatan ayni hak, kural olarak ya sınırlı bir ayni hak ya da mülkiyet hakkıdır³⁹. TMK'da teminat işlevini karşılayan sınırlı ayni haklar ise rehin hakkı ve taşınmaz yükü (TMK m. 839) şeklinde düzenlenmiştir⁴⁰. Rehin hakkı, eşyanın değerine ilişkin bir haktır ve alacaklı, alacak ifa edilmezse eşyayı paraya çevirerek alacağını öncelikle elde edebilir⁴¹. Zaten alacak ve diğer haklar ve dolayısıyla mevduat üzerinde kurulan rehin hakkı, alacağını elde edemeyen alacaklıya, alacağı icra yoluyla paraya çevirerek elde edilen bedelden alacağını elde etme imkânı verir⁴².

Bir de mutlak hak - nisbi hak ayrımı açısından bakacak olursak, alacak ve diğer haklar dolayısıyla mevduat üzerindeki rehin hakkı mutlak bir hak değildir görüşünü savunanlar olduğu gibi buradaki rehin hakkını, ayni hak benzeri mutlak hak olarak nitelendirenler ile bu rehin hakkını, sınırlı bir ayni hak

37 Oftinger, Baer, Art. 899, N. 5 – 6. Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 9 – 10; Cansel, *Menkul Rehni*, s. 11; Aybay, Hatemi, s. 209 – 210; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 29.

38 Oftinger, Baer, Art. 899, N. 5 – 6; Dieter Zobl, Berner Kommentar, IV/2/5/1, *Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, (1982), Bern, 1982, N. 153.

39 Kuntalp, *Teminat Kavramı*, s. 282.

40 Taşınmaz yükü, bir taşınmaz malikini, sadece o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılar. Bu tanım uyarınca, taşınmaz yükünde yer alan iki unsur; alacak hakkı ve teminattır. Teminattan kasıt; taşınmaz yükü alacaklısına, alacağını elde edememesi halinde taşınmazın değerine başvurabilmesi hakkını veren sınırlı ayni haktır. Kuntalp, *Teminat Kavramı*, s. 280.

41 A. Tahir Ögütçü, M. Edip Doğrusöz, *Rehin Hukuku*, Ulucan Matbaası, Ankara, 1982, s. 80 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 799; Esener, Güven, s. 422; Köprülü, Kaneti, s. 446.

42 Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 18 – 19, Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 56; Yiğit, s. 249.

olarak nitelikle beraber etkisi sınırlanmış bir hak olduğunu savunanlar da bulunmaktadır⁴³.

Alacak ve diğer hakların kendilerinin mutlak ya da nisbi hak olup olmaması hususundaki hukuki değerlendirmeler yerine bu haklar üzerinde tesis edilen rehin hakkının hukuki niteliğine odaklanılırsa alacak ve diğer haklar dolayısıyla mevduat üzerindeki kanunen kurulmasına imkân tanınmış olan rehin hakkı, sadece rehin verene ve rehnedilen alacağın borçlusuna karşı değil herkese karşı ileri sürülebilmesi bakımından mutlak bir haktır. Nitekim İİK m. 23/2'de "taşınır rehini" tabiri ile teslimine bağlı rehinlerin, TMK'nın 940. maddesinde öngörülen rehinlerin, ticari işletme rehinlerinin, hapis hakkının, alacak ve sair haklar ve dolayısıyla mevduat üzerindeki rehinlerin kastedilmekte olduğu hükme bağlanmıştır. İİK m. 206 ise alacakları rehinli olan alacaklıların satış tutarı üzerinde rüçhan haklarının bulunduğunu ifade etmesi münasebetiyle de bu hakların mutlak hak olduğu ortaya çıkmaktadır⁴⁴.

Uygulamada bankaların kredi müşterilerine imzalattıkları genel kredi sözleşmeleri veya taahhütnamelerinde, kredi ilişkisi içinde olmayan üçüncü kişileri de bağlaması ve mutlak hak özelliğinin hatırlatılması bakımından müşteriye ait o bankada bulunan tüm hesaplarının bankaya rehinli olduğu, bunlar üzerinde alacaklı bankanın takas, mahsup, rehin ve hapis hakkının bulunduğu

43 Bilhassa kıymetli evraka bağlanmamış alacaklar üzerinde kurulan rehni ne aynı ne de mutlak bir hak olarak nitelendirmek mümkündür; dolayısıyla eşya hukukuna ilişkin ilkelerin burada uygulanamayıp alacak ve diğer haklar üzerinde kurulan rehni borçlar hukukuna ait bir hak olduğunu ileri süren (Thomas F. Kleyling, *Zession, Unter Besonderer Berücksichtigung der Globalzession und Forderungsverpfaendung als Mittel zur Sicherung von Krediten*, Schult-hess, Zürich, 1980, s. 53) olduğu gibi alacak rehininin sadece rehin alan ile rehin veren ve rehnedilen alacak ya da diğer hakkın borçlusu arasında sonuç doğuracağını yoksa üçüncü kişileri etkilemediğini ifade eden (Paul Piotet, *Dienstbarkeiten und Grundlasten in: Schweizerisches Privatrecht*, Band 5, Basel-Stuttgart, 1977, s. 539 vd.) de bulunmaktadır. Meier-Hayoz, s. 229-245; Zobl, 1982, N. 153. Türk hukukunda da benzeri sonuca varanlar vardır. Selahattin Sulhi Tekinay, Sahir Erman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay *Eşya Hukuku*, (Eşya Hukuku), 5. Bası, İstanbul, 1989, s. 22. Köprülü, Kaneti, s. 254; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Eşya Hukuku*, s. 22; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 9 – 10.

44 Oftinger, Baer, Art. 899, N. 6; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 10.

yazılı ve geçerli hükümler bulunmaktadır⁴⁵.

Ayrıca Bankacılık Kanunu'nun 61. maddesinde mevduat sahibinin mevduatını geri alma hakkının hiçbir surette sınırlanamayacağı ve mevduat sahibinin ilk talebiyle bankanın bahsekonu mevduatı iade etmesi gerektiği düzenlenmiştir⁴⁶. Zaten mevduatın iade edilmemesi durumunda da altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş yüz güne kadar adli para cezasıyla tecziye söz konusudur (m. 151). Rehinli bir mevduat sözkonusu olduğunda mevduatı iade talebi gelirse, kanun koyucu böyle bir durumu da dikkate alarak 61. maddede, mevduat üzerinde rehin hakkının bulunması durumunda mevduatın iadesi zorunluluğunun kapsamı dışına çıkılacağını hükme bağlamıştır⁴⁷. Bu düzenleme de mevduat üzerinde tesis edilen rehmin aynı niteliğine işaret etmektedir.

Nitekim Model Kanun da “Bir teminat hakkı oluşturmak” başlıklı İkinci Kısım'da yer alan “Banka Hesabına Yatırılan Fonların Ödenmesine İlişkin Haklar” başlıklı 15. maddede getirilen düzenlemeyle bir banka hesabına yatırılan mevduatın ödenmesi hakkına sahip bir teminat hakkının, teminat veren ile mevduatı alan kuruluş arasında bulunan teminat vermeye ilişkin hakkı herhangi bir şekilde sınırlandıran bir sözleşmeye rağmen geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Unutulmamalıdır ki teminat verenin diğer sıfatı mevduat alacaklısı, üzerine teminat tesis edilmiş olan mevduatın bulunduğu bankanın diğer bir sıfatı ise mevduat borçlusudur. Bu ilişki bakımından, banka ile mevduat alacaklısı arasında sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisi mevcuttur. Bu borç ilişkisinde taraflar, aralarındaki hak ve yükümlülükleri sözleşme serbestisi kuralları çerçevesinde belirleyebileceklerdir. Hatta bu ilişki de taraflar bahsekonu mevduatın rehne konu olmasını sınırlayan hükümler de koymuş olabilirler. Ancak

45 Yiğit, s. 249; İbrahim Kaplan, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1996, s. 243 vd. Nitekim Yargıtay bir kararında “Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalı bankanın, kaynağı rehinli mevduat hesabı olan davacıya ait mevduat üzerinde, rehin sözleşmesindeki miktar kadar takas ve mahsup hakkının her zaman bulunduğu ve olayda bu hakkın yerinde ve zamanında kullanılmış olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir” diyerek bankanın sözleşmede bulunan takas mahsup hakkını kullanmasını yerinde görmüştür (Yargıtay 11. HD, 2013/7557 E., 2013/22497 K. ve 10.12.2013 T.li karar). Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<http://kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (Erişim tarihi: 02.03.2018). Ancak bu hükümler her zaman bankalar lehine sonuç doğurmamaktadır. Nitekim Yargıtay bir diğer kararında, banka mevduat rehni teminatına istinaden yapılan takas mahsup işleminin yargılamayı gerektirmesi nedeniyle geçersizliğine karar vermiştir (Yargıtay 23. HD, 2014/656 E., 2014/551 K. ve 30.01.2014 T.li karar). Kazancı İçtihat Bilgi Bankası(<http://kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (Erişim tarihi: 02.03.2018).

46 Seza Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu*, Yaklaşım Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 843.

47 Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu*, s. 843.

böyle hükümler varsa Model Kanun çerçevesinden bakıldığında bu hükümler rehin alanı bağlamayacaktır. Model Kanun açısından bakıldığında, mevduat ilişkisini doğuran sözleşmede yer alan sınırlamalara rağmen tesis edilen rehne daha güçlü bir pozisyon verilmektedir.

II. Mevduat Rehni Kurulmasının Etkileri

A. Rehnedilen Mevduatın Yönetimi Ve Ödenmesi

1. Rehnedilen Mevduatın Yönetimi

TMK m. 961 rehnedilen mevduatın özenli bir yönetimle öncelikle rehin veren mevduat alacaklısı tarafından yönetilmesini istemiştir. Dolayısıyla mevduat üzerinde tesis edilen rehin, kural olarak rehin verenin sahiplikten kaynaklı yetkilerini korumasına engel teşkil etmeyecektir. Aynı şekilde rehin alacaklısının rehinle elde ettiği hak, rehinin paraya çevrilmesini istemekle sınırlıdır.

Madde, özenli yönetimin iki unsurunu saymış olup bunlar muacceliyet ihbarı ve tahsil işlemleridir. Hem muacceliyet ihbarı hem de tahsil işlemleri aslında mevduatın özenli bir şekilde korunabilmesi ve elde edilebilmesi için gerekli tüm işleri içinde barındırmaktadır. Nitekim rehin borçlusu bankaya ihbarda bulunma, gerekirse icra ve iflas takibi veya dava açma ya da alacaklılar listesine kayıt gibi işler bu kapsamdadır⁴⁸. Tüm bu işlemleri kural olarak rehin veren mevduat alacaklısı yapacaktır. Rehni alacaklısı ise bu işlemlerin yapılması için rehin veren mevduat alacaklısını zorlayabilir. Dolayısıyla rehin alacaklısının rehin borçlusuna muacceliyet ihbarında bulunması hukuken bir anlam ifade etmeyecektir⁴⁹. Ancak unutulmamalıdır ki bu yetkiler, aynı zamanda rehin alacaklısının talepte bulunmuş olup olmamasına bakılmaksızın rehin veren mevduat alacaklısı için yükümlülüktür⁵⁰. Çünkü TBK m. 191/1 gereğince alacağın devrinde devredenin, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olmasına kıyasen rehin verenin de rehni muhafaza etme ve ödemeyi sağlamaya yönelik garanti borcu vardır⁵¹. Bu nedenle de hangi koşullarda hangi işin yapılması gerektiğine rehin veren karar verecek ve rehin alanın onayına ihtiyaç duymayacaktır⁵².

48 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 7 – 10; Von Tuhr, Escher, s. 399; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 88 – 89.

49 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 10; Dieter Zobl, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band IV: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschraenkten dinglichen Rechte, Fünfte Teil: Das Fahrnispfand, Bern, 1996, Art. 906, N. 12; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 89.

50 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 11 – 12; Zobl, 1996, Art. 906, N. 12.

51 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 11; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 89.

52 Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 89.

Rehin veren, mevduatın halen sahibi olması nedeniyle bu kadar yetkinin yanında mevduat bedelinin banka tarafından kendisine ödenmesini isteyemeyecektir. Böyle bir yetkinin olduğunu da kabul edecek olursak rehin hakkının mevcudiyetinin anlamı kalmayacaktır. Ancak rehinin tesis edildiği, rehin borçlusu bankaya bildirilmemişse mevduat sahibi rehin verenin talebi üzerine banka tarafından ödeme yapılmasını engelleyecek herhangi bir durum yoktur. Bir de TMK m. 961/2, kendisine rehin ihbarında bulunulan rehin borçlusu bankanın borcunu mevduat sahibine de rehin alacaklısına da ödeyebileceğini ancak bunun için diğer tarafın rızasına ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir.

Bu yetkiler rehin verenin iflası halinde kısıtlanmış olacaktır. İİK m. 184'e göre iflas açıldığında müflis rehin verenin haczi kabil bütün malları kurulan iflas masasının kontrolüne geçer. Hatta iflasın kapanmasına kadar müflis rehin verenin uhdesine geçen mallar bile iflas masasına girer. İflas hali rehin verenin sadece yönetim ve ödeme yetki ve sorumluluklarını ortadan kaldırır. Yoksa rehin alacaklısının alacağına İİK m. 185 gereğince kavuşmasına engel bir durum yoktur⁵³.

Model Kanun'un "*Taraflar ve üçüncü kişi yükümlülerin hak ve yükümlülükleri*" başlıklı Altıncı Bölüm'de yer alan "Mevduatı kabul eden kuruma karşı haklar" başlıklı 69. maddede getirilen düzenlemeyle mevduatı kabul eden kurumda bulunan bir mevduat hesabına yatırılan bedeller üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi durumunda, mevduatı kabul eden kurumun rızası bulunmadan o kurumun hak ve yükümlülüklerinin etkilenmeyeceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddede, mevduatı kabul eden kurumun sahip olduğu mahsup hakkının, mevduat hesabına yatırılan bedeller üzerinde bir rehin hakkı tesis edilmesi durumunda dahi etkilenmeyeceği de düzenlenmiştir.

Model Kanun'daki düzenlemeler dikkate alındığında mevduatın bulunduğu bankanın varsa takas, mahsup ve/veya rehin hakkının mevduat üzerinde kurulacak olan rehin hakkından önce geleceği anlaşılmaktadır. Bir başka açıdan rehin alacaklısının, mevduat borçlusu olan bankanın takas, mahsup ve/veya rehin hakkına önce gelen bir hakkının bulunduğunu iddia etmesi kabul görmeyecektir. Ancak rehin alacaklısının rehin hakkının tesisi anı ve bunun bildirimini ile varsa mevduatın bulunduğu bankanın takas, mahsup ve/veya rehin hakkının tesisi anını bilmek önemli olacaktır. Zira bir mevduatın üzerinde rehin hakkı tesis edilip durum kendisine bildirilen bankaca sonradan takas, mahsup ve/veya rehin hakkı tesis edilecek olursa mevduatın bulunduğu banka öncelik elde edemeyecektir.

53 Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 88; Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 619.

2. Rehin Borçlusunu Bankanın Durumu

TMK m. 961/2’de mevduat rehni kendisine ihbar edilmiş olan rehin borçlusunu bankanın, mevduat borcunu rehin veren asıl alacaklıya ya da rehin alacaklısına ancak diğerinin rızasıyla ödeyebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece kanun koyucu, rehin borçlusunu bankanın rehinden haberdar olup olmamasına göre yükümlülüğü düzenlemiştir.

Tarafların diğerine ödeme konusunda rızaları yoksa rehin borçlusunu bankanın mevduat borcunu TBK m. 187’deki gibi tevdi etme yükümlülüğü vardır (TMK m. 961/3). Yani rehin verenin veya rehin alacaklısının bankanın yapacağı mevduat ödemesini tek başına kabul etme yetkileri yoktur.

Model Kanun’un “*Teminat Hakkı Oluşturulması*” başlıklı 2. bölümünde yer alan ve “*Banka hesabına yatırılan fonların ödenmesine ilişkin haklar*” başlıklı 15. maddesinde de bir banka hesabına yatırılan mevduat üzerindeki rehin hakkının, teminat veren mevduat alacaklısı ile mevduatı kabul eden banka arasında bulunan ve teminat vermeye ilişkin sınırlama getiren bir sözleşmeye rağmen geçerli olacağı düzenlenmiştir. Buna ek olarak “*Teminat Hakkının Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etkisi*” başlıklı 3. bölümünde yer alan ve “*Banka hesabına yatırılan fonların ödenmesine ilişkin haklar*” başlıklı 25. maddesinde, bir banka hesabına yatırılan paralar üzerinde tesis edilen mevduat rehininin, mevduatı alan banka lehine teminat hakkı oluşturulması durumunda dahi ilk ilişkide üçüncü kişi konumunda olan bankaya karşı ileri sürülebileceği düzenlenmiştir⁵⁴. Ancak Model Kanun’un “*Tarafların ve Üçüncü Kişi Yükümlülerin Hak ve Yükümlülükleri*” başlıklı 6. bölümünde yer alan ve “*Mevduatı kabul eden kuruma karşı haklar*” başlıklı 69. maddesinde, rehinli mevduatın bulunduğu bankanın kendi alacaklarına yönelik mahsup hakkının tesis edilen mevduat rehninden etkilenmeyeceği de düzenlenmiştir⁵⁵.

a. Rehin Borçlusunu Bankaya Rehinin İhbarı

TMK m. 955/2 hükmüyle mevduat üzerinde kurulan rehinin, rehin veren veya rehin alan tarafından rehinin kurulduğu mevduatın borçlusunu bankaya ihbar edilebileceği ifade edilmiştir. Burada ihbar ile kastedilen borçluya yönelik bir açıklama eylemidir⁵⁶. Aslında burada herhangi bir irade açıklaması yoktur, sadece irade açıklamalarıyla oluşmuş sözleşmenin yapıldığının bildirilmesi söz konusudur⁵⁷.

54 UNCITRAL, *Model Law*, s. 15.

55 UNCITRAL, *Model Law*, s. 60.

56 Oruç Hami Şener, “Bankanın Rehinli Alacaklı Sifatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehininde Rehin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 2, İzmir, 2009 (Basım Yılı, 2011), s. 199. Alman hukukunda rehin ihbarının karşı tarafa varması gereken bir irade beyanı olduğu belirtilmektedir (Bu hususta bkz. Frank R. Primozic ve Marco Tautorat, “Zur Problematik der “vorgezogenen” Verpfändungsanzeige”, *NZI 2010*, s. 49).

57 Kocayusufpaşaoğlu, s. 86.

TMK m. 955/2 düzenlemesinde, rehnin borçluya ihbarının rehinli alacaklı veya rehin veren tarafından yapılabileceğinden söz edilmektedir⁵⁸. Bilhassa rehin alanın, rehin borçlusu bankanın mevduat üzerinde rehin tesis edildiğini bilmemesi nedeniyle, rehin verene ödemedede bulunmasını ve böylelikle rehin hakkının ortadan kalkmasını engellemek için ihbarda bulunmakta önemli yararı vardır.

İhbarın yapılacağı tarafta rehin borçlusu banka bulunmaktadır. İhbar banka tüzel kişiliğine yapılabileceği gibi, bankanın usulüne uygun olarak yetkilendirdiği yetkili temsilcisine karşı da icra edilebilir⁵⁹. Model Kanun'un "Tarafların ve Üçüncü Kişi Yükümlülerin Hak ve Yükümlülükleri" başlıklı 6. bölümünde yer alan ve "Mevduatı kabul eden kuruma karşı haklar" başlıklı 69. maddesinde, rehinli mevduatın bulunduğu bankanın, mevduat üzerinde rehin tesis edildiğine yönelik üçüncü kişilere bilgi sağlamak üzere yükümlü kılınmayacağı da düzenlenmiştir⁶⁰.

Borçluya ihbar, kanunda herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Dolayısıyla ihbarın yapılması bakımından rehin alanın ve rehin verenin herhangi bir şekle uyması gerekmez. Zımnî davranışlarla da ihbarın yapılabilmesi olanaklıdır⁶¹. Ancak ihbar önemli hüküm ve sonuçlar doğurduğundan, bunun yapılıp yapılmadığının ispatı bakımından rehnin ihbarının özellikle yazılı olarak yapılması ve borçlunun durumu öğrendiğinin onun imzasıyla teyit edilmesi uygulama bakımından önemlidir.

b. İhbarın Hukuki Sonuçları

Mevduat sahibi müşterisinin veya lehine rehin verilen üçüncü kişinin tesis edilen rehni bildirmesi halinde banka, mevduat üzerine rehin kaydını koyacaktır. Böyle bir bildirim, rehnin geçerliliği için şart değildir. Mevduat borçlusu olan bankaya rehnin bildirilmemesi durumunda, banka, rehin veren müşteri-sine mevduatını geri vermekle TBK m. 186'ya kıyasla borcundan kurtulur⁶². Bu

58 Buna karşılık BGB 1280 gereğince, Alman hukukunda ihbarın borçluya karşı rehin veren tarafından yapılabileceği belirtilir. Bu hususta bkz. Hans Josef Wieling, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2007, s. 236.

59 Oftinger, Baer, Art. 900, N. 63; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 92.

60 UNCITRAL, *Model Law*, s. 60.

61 Fritz Baur, Rolf Stürner, *Sachenrecht*, 18. Auflage, Münih, 2009, s. 877; Şener, s. 201.

62 Uygulamada rehin alacaklısının mevduatın bulunduğu bankaya rehni bildirmesi durumunda (gerektiğinde mevduatın kendisine rehinli olduğunu iddia eden taraf rehin sözleşmesini bankaya ibraz eder) artık banka, mevduatı hesap sahibine derhal ödeyemeyecektir. Banka ödeme-yi ancak hem rehin alacaklısının, hem de rehnedenin yazılı muvafakatleri ile yapabilecektir. Böyle bir muvafakat yoksa banka, mahkemeden bir tevdi mahallinin tayin edilmesini isteyerek yükümlülüğünden kurtulur. Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu*, s. 867 – 868; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 92.

madde iyiniyet şartıyla borçlunun borcundan kurtulacağını hükme bağlamıştır. Eğer rehin veren veya rehin alan tarafından rehin borçlusu bankaya kurulan mevduat rehni konusunda bildirimde bulunulmuşsa her hâlükârda banka iyiniyet iddiasını ileri süremeyecektir. Rehlin borçlusu banka, mevduat üzerinde rehin tesis edildiğini rehin sözleşmesinin taraflarından birinin ihbarıyla değil de başka yollarla öğrenmişse yine iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır.

Rehin borçlusunun, kâh ihbar yoluyla kâh başka yollarla borçlusu olduğu mevduatın rehneldiğini öğrenmesi durumunda artık TMK m. 961/2 gereğince rehin veren mevduat alacaklısına ya da rehin alacaklısına ancak diğerinin rızasıyla ödeme yapabilecektir. Rehlin borçlusu banka, bu kurala uymadan hareket ederek rehin veren mevduat alacaklısına ödeme yaparsa rehin alacaklısının bankadan rehin bedelini talep etme hakkı doğar. Rehlin verenin ise rehinli olduğu halde banka tarafından mevduatın kendisine ödenmesini kabul etmiş olması nedeniyle bankaya karşı sorumluluğu oluşacaktır⁶³.

Kanunda belirtilen “diğerinin rızası” ifadesi rehin borçlusunun ödemeyi gerçekleştirebilmesi için takip etmesi gereken yolu işaret eder. Rehlin borçlusu banka, rehin alacaklısı ya da rehin veren tarafından kendisine yönlendirilen ödeme talebine karşı diğerinin rızasının belgelendirilmesini isteyecektir. Hatta belgenin sıhhati tartışmalarına girmeksizin bu rızanın huzurda verilmesini isteyebilecektir. Bu rıza rehin sözleşmesinde açıkça ya da tahsil yetkisinin verilmesi şeklinde de baştan verilmiş olabilir⁶⁴.

Rehin alacaklısı ya da rehin verence rehin ve mevduat borçlusu bankaya alacaklarını alamadıklarına yönelik yapacakları takiplere karşı banka, diğerinin rızasının bulunmadığı gerekçesiyle kabul edilebilir bir itirazda bulunma hakkı elde etmiş olacaktır.

Rehin borçlusu bankanın rehni öğrenmesiyle birlikte bazı savunma hakları da doğacaktır. TBK m. 188’e kıyasla rehin borçlusu banka, rehni öğrendiği anda rehin veren mevduat alacaklısına karşı varsa sahip olduğu savunmaları yani itiraz ve def’ileri, rehin alacaklısına karşı da ileri sürebilecektir⁶⁵.

Aynı şekilde rehin borçlusu bankanın, rehni öğrendiği esnada rehin verene karşı muaccel olmayan alacağını, rehneldilen mevduattan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla mevduat borcu ile takas edebilecektir (TBK m. 188/2)⁶⁶. Burada alacağın devri bakımından takasın karşılıklılık şartı-

63 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 24; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 93.

64 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 25, 35; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 93.

65 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 32; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 98; Oğuzman, Öz, s. 917.

66 Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 255; Oğuzman, Öz, s. 920; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 94.

na getirilen istisna kıyasen mevduat rehni için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla rehin borçlusu, rehni öğrendikten sonra alacağını elde etmişse takas iddiasını ileri süremeyecektir⁶⁷. Bir de rehin alacaklısının rehin borçlusu bankaya bir borcu var ve rehin borçlusu banka da borcunu yerine getirmemişse, bu durumda da rehin alacaklısının borcu ile rehin borçlusunun borcu takasa konu olabilecektir⁶⁸.

Eğer bir mevduat üzerinde birden fazla rehin tesis edilmişse rehin borçlusu olan banka için bu rehin alacaklılarından hangisini öncelikleyeceği bir sorun olarak karşısına gelecektir. Rehin verenin farklı bir beyanı olsa dahi kayıtlarda hangi rehin alacaklısı zamansal önceliğe sahip ise banka ilk olarak onu dikkate alacaktır. Dolayısıyla rehin verenin rızası bulunsa dahi ilk rehin alacaklısı atlanarak art rehin alacaklıları banka tarafından dikkate alınmamalıdır; meğerki ön sıradaki rehin alacaklısının rızası bulunsun⁶⁹.

c. Rehin Borçlusu Bankanın Tevdi Yükümü

Rehin borçlusu banka, rehinden haberdar değilse borcunu rehin verene ifa ederek borcundan kurtulacaktır. Rehin borçlusuna bu defa rehin ihbar edilmişse onun yükümlülüğü, borcunu rehin verene ya da rehin alacaklısına diğerinin rızasını alarak ödeme olduğundan böyle bir rıza yoksa rehin borçlusu borcunu tevdi etmekle yükümlü olacaktır (TMK m. 961/3). Aslında böyle bir düzenlemeyle kanun koyucu, rehin verenin rıza göstermeyerek rehin alacaklısının alacağına kavuşmasına engel olma davranışına mahal vermek istemiştir⁷⁰.

Banka mevduat hesaplarından doğan alacaklar hesap sahibi tarafından, bizzat borçlu bankaya olan borca karşılık da rehnedilebilmektedir.

Bankada mevduatı bulunan bir kredi müşterisinin bankayla imzalamış olduğu kredi sözleşmesindeki hükümler mucibince banka lehine rehin tesis etmiş olabilmekte ve varsa bu hükümler banka lehine kredi alacağına karşılık aynı bir hak kazandırmaktadır⁷¹. Mevduat üzerinde rehin hakkı yanında sözleşmelerde bankalar ayrıca mahsup yetkisini de aldıklarından, doğmuş bulunan alacaklarını bu hakkı kullanarak tahsil yoluna gitmektedirler. Uygulamada müşterilerle imzalanan kredi sözleşmelerinde rehin tesis etme hakkı alınmış olsa da gerekli olmadığı durumda banka bu hakkını kullanmayarak müşteri-

67 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 32; Von Tuhr, Escher, s. 401; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 99.

68 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 32.

69 Oftinger, Baer Art. 906, N. 64; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 92.

70 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 30; Köprülü, Kaneti, s. 461; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, § 33, II c; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 94.

71 Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu*, s. 868.

nin mevduatını çekmesine izin verebilmektedir. Ancak ilgili mevduat üzerinde bir üçüncü kişinin haciz, rehin, devir ya da intifa hakkı tesisi gibi durumlarda banka, rehinden kaynaklı öncelik hakkını ileri sürebilecektir⁷².

Rehin borçlusuna banka, tevdi yükümlülüğünü yerine getirmeyecek olursa işleyecek gecikme faizi ile de sorumlu olacaktır. Çünkü rehin borçlusunun tevdi yükümlülüğü ödeme yerine geçecek ve onun borcu bu yolla sona erecektir⁷³.

Rehin borçlusunun, rehin alan ve verenin ödemeye yönelik rızalarını vermeleri nedeniyle altına gireceği tevdi yükümlülüğünü nasıl yerine getireceği hususunda bir düzenleme yoktur. Ancak “tevdi hakkı” başlıklı TBK m. 107’nin getirdiği hüküm kıyasen uygulanabilir. Buna göre rehin borçlusuna, hasar ve giderleri rehin alacaklısına ait olacak şekilde yapacağı ödemeyi ifa yerindeki hâkimin belirlediği yere tevdi ederek borcundan kurtulabilir.

Rehin borçlusuna banka hâkim tarafından tayin edilen tevdi mahalline mevduat bedelini ödedikten sonra bu bedelin taraflardan hangisine verileceği hususu netleşene kadar hukuki durum askıda olacaktır.

Tarafların birbirlerine ödeme konusunda rıza göstermemeleri durumu dışında bir de eğer rehin veren mevduat rehninin geçersizliğini ileri sürerse⁷⁴, rehin borçlusuna banka ödeme günü geldiğinde borcunu yine tevdi etme yükümlülüğü altında olacaktır⁷⁵.

Sonuç

Türk Medeni Kanunu’nun “Taşınır Rehni” başlıklı üçüncü bölümü ve “Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehni” başlıklı ikinci ayırımında 954 ila 961. maddeleri arasında yer bulan alacak ve diğer haklar üzerinde rehni bir türü olan mevduat rehni bu makalemizde Türk hukuku ve bankacılık uygulaması dikkate alınarak incelenmiştir. Medeni hukuk çerçevesinde yukarıda yapmış olduğumuz incelemeler neticesinde makalemizde vardığımız başlıca sonuçları aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz.

Mevduat rehni, Türk Medeni Kanunu düzenlemesinde alacak ve diğer haklar üzerinde rehni kapsamında değerlendirilmektedir. Buna ilave olarak, kanunda yer alan “Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslimine bağlı rehni hükümleri uygulanır” ifadesi uyarınca ayrık durumlar hariç

72 Reisoğlu, *Bankacılık Kanunu*, s. 868. Nitekim Yargıtay bir kararında ilgili banka lehine tesis edilen mevduat rehninin doğmuş ve doğacak borçlar için teminat teşkil edeceğini belirtmiştir (Yargıtay 19. HD, 2016/4494 E., 2016/7431 K. sayılı ve 25.04.2016 T.’li kararı).

73 Oftinger, Baer Art. 906, N. 30; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 95.

74 Rehni geçersizliği itirazından haberdar olmayan rehin borçlusuna bankanın rehin alacaklısına iyiniyetle yaptığı ödeme TBK m. 187/2’ye kıyasen onu borcundan kurtarır.

76 Oftinger, Baer, Art. 906, N. 26; Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 93.

olmak üzere taşınır rehnine ilişkin hükümler mevduat üzerinde rehin için de geçerli olacaktır. Ayrıca aksine hüküm bulunmayan ve mevduatın yapısına uygun olan durumlarda taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin mevduat rehni için uygulanması da gündeme gelecektir.

Makalemiz kapsamında aktarmaya çalıştığımız doktrindeki tartışmalar çerçevesinde, mevduat rehninin hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu ortaya çıkmıştır. İki temel görüşten biri, kanundaki düzenleme biçimi ve kanun hükümlerini göz önünde bulundurarak mevduat üzerinde rehnin mutlak etkisi sınırlı bir aynı hak olduğu sonucuna varmaktadır. Diğer görüş ise maddi varlığı olan eşya üzerinde doğrudan doğruya sınırsız hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklar olan aynı hakların, maddi varlığı olmayan mevduat üzerinde kurulan rehinde de var olduğunu ileri sürmenin doğru olmadığını savunmaktadır. Kanaatimizce öncelikle rehnedilen hakkın konusu mevduatın gayrimaddi olmasını ve bu rehnin varlığını sürdürülebilmesinin genellikle gayrimaddi nitelik taşıyan mevduatın hukuki varlığını sürdürmesine bağlı bulunduğunu dikkate almak gerekecektir. Gayrimaddi nitelik taşıyan mevduatın, iktisadi varlıkları ile hukuki varlıkları birbirinden ayırt edilmelidir. İktisaden bir değer teşkil eden her gayrimaddi hak, hukuki anlamda hak olarak görülmebilir. Bu bakımdan kanun sistematığı içinde, alacak ve diğer haklar üzerinde rehnin bir cüzü olan mevduat rehni numerus clausus ilkesi çerçevesinde taşınır rehni başlığı altında sayılmıştır. Rehni konusunun değil ama bizatihi rehni kendisinin aynı niteliğini kabul etmek gerekecektir. Mevduat üzerinde rehni mutlak niteliği ise, rehinli alacaklının rehin konusunun satış bedelinden öncelikle yararlanma hakkına sahip olmasında tezahür etmektedir.

Mevduat üzerinde rehni kurulmasıyla bu rehin hükümlerini doğurmaya başlamakta ve taraflar arasında bir takım borçlar doğurmaktadır. Rehnedilen mevduatın varlığını ve değerini koruma, rehnedilen mevduatı devretmeme, rehin verenin rızası olmadan tekrar rehin vermeme ve rehni geri verme rehin alanın borçlarını oluşturur. Rehin verenin borçlarını ise rehne konu olan mevduatı ve değerinin varlığını koruma ve bankanın ödeme gücünü tekeffül oluşturur.

Makalemizle, mevduat rehninin ülkemizde gerektiğinden daha az tercih edilen bir teminat türü olması da dikkate alınarak bu rehin türüne ilgi çekebilirsek doktrin ve uygulamaya katkımız olacaktır. Böylece aslında mevduat üzerinde rehni, klasik teminatlar olan ipotek ve menkul rehni kadar güvenli bir teminat türü olarak kabul edilmesine aracılık etmiş oluruz.

KAYNAKLAR

- Antalya, Gökhan; Acar, Faruk. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler)*, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Aral, Fahrettin, “Topyekün Temlik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 42, Sayı: 1, 1992, s. 93 – 140.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku - III (Sınırlı Ayni Haklar)*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Aybay, Aydın; Hatemi, Hüseyin, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Baur, Fritz; Stürner, Rolf, *Sachenrecht*, 18. Auflage, Münih, 2009.
- Cansel, Erol, *Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı*, (Hapis Hakkı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 155, Ankara, 1961.
- Cansel, Erol, *Türk Menkul Rehni Hukuku*, Cilt: 1, Teslim Şartlı Menkul Rehni, (Menkul Rehni), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 228, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.
- Çakırca, Seda İrem, *Adi Alacakların Rehni*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Davran, Bülent, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- Dural, Mustafa; Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, 2012.
- Engin, Baki İlkay, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara, 2017.
- Ergüine, Mehmet Serkan, *Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.
- Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku (Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre)*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2008.
- Esener, Turhan; Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Gürsoy, Kemal Tahir; Eren, Fikret; Cansel Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 1984.
- Haenseler, Peter, *Die Globazession*, Zürich, 1991.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdülkadir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- İnan, Ali Naim; Yücel, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Kalpsüz, Turgut, *Gemi Rehni*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Kaplan, İbrahim, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.
- Karahacıoğlu, Ali Haydar; Doğrusöz, M. Edip; Altın, Mehmet, *Türk Hukukunda Re-*

hın, Üçbilek Matbaası, Ankara, 1996.

- Karahasan, Mustafa Reşit, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
- Kleiner, Beat, *Bankgarantie: Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, 4. Aufl, Zürich, 1990.
- Kleyling, Thomas F, *Jession, Unter Besonderer Berücksichtigung der Globalzession und Forderungsverpfaendung als Mittel zur Sicherung von Krediten*, Schulthess, Zürich, 1980.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 2017.
- Köprülü, Bülent; Kaneti, Selim, *Sınırlı Aynı Haklar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 1982 – 1983.
- Kubilay, Huriye, “Kambiyo Senetlerinin Rehni”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara, 1987, Cilt: 3, Sayı: 1 – 4, s. 497 – 513.
- Kuntalp, Erden, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, *Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul, 1995, s. 263 – 300. (Teminat Kavramı).
- Meier-Hayoz, Arthur, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, 5. Auflage, Bern, 1981.
- Otfinger, Karl; Baer, Ralf, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV. Band, Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Teil: Das Fahrnispfand, Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich, 1981.
- Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 17. Bası, İstanbul, 2011.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, Vedat Kitapçılık, 16. Baskı, İstanbul, 2018.
- Öğütçü, A. Tahir; Doğrusöz, M. Edip, *Rehin Hukuku*, Ulucan Matbaası, Ankara, 1982.
- Piotet, Paul, *Dienstbarkeiten und Grundlasten in: Schweizerisches Privatrecht*, Band 5, Basel-Stuttgart, 1977.
- Primožic, Frank R.; Tautorat, Marco, “Zur Problematik der “vorgezogenen” Verpfändungsanzeige”, *NZI* 2010, s. 49 – 51.
- Pulaşlı, Hasan, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1989.
- Reisoğlu, Seza, *Bankacılık Kanunu*, Yaklaşım Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2015.
- Reisoğlu, Seza, *Menkul İpoteği – Teslimsiz Menkul Rehni*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1965.
- Sarı, Suat, *Ahkoyma Hakkı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997.
- Serozan, Rona, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.

- Sirmen, Lale, *Alacak Rehni*, BTHAE, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990.
- Sirmen, Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart, (Şart)*, BTHAE, Ankara, 1992.
- Şener, Oruç Hami, “Bankanın Rehinli Alacaklı Sifatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehininde Rehinin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 2, İzmir, 2009 (Basım Yılı 2011), s. 195 – 250.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul 2008, C. II, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Haklar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Erman, Sahir; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla, *Tekinay Eşya Hukuku*, (Eşya Hukuku), 5. Bası, İstanbul, 1989.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku*, (Borçlar Hukuku), Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.
- United Nations Commission On International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*, United Nations Yayınları, Viyana, Ekim 2016.
- Utku, Doruk, *Sınai Hakların Rehni*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Ülgen, Hüseyin; Teoman, Ömer; Helvacı, Mehmet; Kendigelen, Abuzer; Kaya, Arslan; Nomer Ertan, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 2015.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku*, Cilt: 1, Beta Yayıncılık, 6. Bası, İstanbul, 1998.
- Von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt: 1 – 2, Çev.: Cevat Edege, Ankara, 1983.
- Von Tuhr, Andreas; Escher, A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 2. Band, 3. Auflage, Zürich, 1974.
- Wieling, Hans Josef, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2007.
- Wolf, Manfred; Wellenhofer-Klein, Marina, *Sachenrecht*, 25. Auflage, München, 2008.
- Yavuz, Cevdet (Hazırlayanlar: Yavuz, Cevdet; Acar, Faruk; Özen, Burak). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- Yiğit, Uğur, *Bankacılık Suçları*, Has Matbaacılık, İstanbul, 2006.
- Yüksel, A. Sait; Yüksel, Aşlı; Yüksel, Ülkü, *Bankacılık Hukuku ve İşletmesi*, Genişletilmiş 10. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2004.
- Zobl, Dieter, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band IV: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Fünfte Teil: Das Fahrnispfand, Bern, 1996.
- Zobl, Dieter, *Berner Kommentar*, IV/2/5/1, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, (1982), Bern, 1982.
- Zobl, Dieter, “Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtssprechung-eine Standortbestimmung”, (1989), SJZ 1989, s. 349 vd.

ÖZ

Mevduat üzerinde rehin, kredi taleplerinin karşılanmasında aranan bir teminat türü olarak hem kolay kurulabilmekte hem de rehnin hızlı bir şekilde paraya çevrilmesi mümkün olmaktadır. Ekonomik ve ticari hayatta daha fazla yer tutması gereken mevduat üzerinde rehnin, uluslararası uygulamalarının yeterince incelenmemiş olması da bizi bu makale konusunu yazmaya sevk etmiştir. Makalemizde, mevduat üzerinde rehnin Türk hukuku ile teminat işlemleri için Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından çıkarılan model kanundaki düzenlenişi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku bakımından ele alınacaktır.

TMK'da özellikle mevduat rehnine yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Bu bakımdan mevduat rehni, TMK'nın "Taşınır Rehni" başlıklı 3. Bölüm 2. Ayrım'da "Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehni" başlığı altında yer alan 954 vd. maddelerindeki düzenlenmelere tabi olacaktır. UNCITRAL Model Kanun'da ise "Bir teminat hakkı oluşturmak" başlıklı İkinci Kısım'da yer alan "Banka Hesabına Yatırılan Fonların Ödenmesi İlişkin Haklar" başlıklı 15. Madde ve devamındaki maddelerde düzenleme getirilmiştir.

Anahtar kelimeler: mevduat rehni, alacak rehni, Teminat İşlemleri İçin UNCITRAL Model Kanun.

7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato*

The Ordinary Concordat Under the Code No 7101 Regarding
the Amendments to the Execution and Bankruptcy Law

Serdar KALE**

ABSTRACT

The bankruptcy postponement institution, which is most frequently used in the improvement methods of the Execution and Bankruptcy Law in order to improve the financial structure of capital companies and cooperatives, has lost its function with time of the state of emergency. Then, it has been reorganized as Executive and Bankruptcy Law No 7101 published in the Official Journal dated 15 March 2018 and numbered 30361. With Law No 7101, significant changes were made to the concordat, that would enable restructuring option for poor debtors. With these important structural changes made in the law of concordat, the institution has got a different viewpoint. In this study, the concordat institution has been evaluated extensively with these changes.

Keywords: execution and bankruptcy law, concordat, insolvency.

JEL Classification: K20, K35, G33

I. Genel Olarak

Hukukumuzda borçluların mali yapılarının iyileşmesine ilişkin farklı kurumlar normatif düzenlemelerde yer bulmasına rağmen, bu kurumlar farklı sebeplerle efektif bir şekilde işletilememiştir. Mali yapısı bozulmuş sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iyileşmesi amacıyla İcra ve İflas Kanunu'ndaki iyileştirme yöntemlerinden en sık başvuru olan iflasın ertelenmesi kurumu, olağanüstü hal süreci içinde yasaklanmış ve son olarak 15 Mart 2018 tarih ve 30361 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile iflasın ertelenmesine ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. 7101 sayılı Kanun ile mali durumu bozulmuş borçluların darboğazdan çıkarak iyileşmelerine imkân sağla-

* Makale gönderim tarihi: 04.06.2018. Makale kabul tarihi: 07.06.2018.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: skale@medipol.edu.tr.

yacak konkordato hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Konkordato hukukunda yapılan bu önemli yapısal değişiklikler ile kurum bambaşka bir çehreye kavuşmuştur. Bu değişikliklerde ise mehaz İsviçre İcra ve İflas Kanunu önemli ölçüde etkili olmuştur.

Yapılan değişikliklere genel olarak bakıldığında, değişikliklerin temel amacının mali durumu bozulmuş borçlunun rehabilite edilerek, yeniden iyileşmesine olanak sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Mukayeseli hukuktaki iyileşme hukukuna ilişkin gelişmeler takip edildiğinde, iyileşme imkanlarından yararlanmak isteyen borçlunun iyiniyetli veya dürüst olması artık varlığı gereken bir koşul değildir. İyileşme hukukunda ön plana çıkan husus, borçlunun mali durumunun düzeltilmesi ve bu şekilde ülke ekonomisine katkının sağlanmasıdır. Bu amacın, yeni konkordato hukukunu da etkilediği söylenebilir. Değişikliklerde dikkat çeken bir başka husus ise önceki dönemde uygulamaya büyük etki eden iflasın ertelenmesinin borçlu lehine olan bazı hükümlerinin konkordatoya dahil edilmiş olmasıdır. Geçici mühlet kararı ile birlikte mühlet içerisinde borçluya karşı icra ve iflas takiplerinin başlatılamayacak olması veya başlamış takiplerin durması bu kapsamdaki örneklerdir.

Yeni düzenlemelerle önceki dönemde konkordatonun işlemesinin sebebi olan birçok hüküm revize edilmiş veya kaldırılmıştır. Örneğin, önceki düzenlemede borçlunun konkordato talep etmesinin önündeki en büyük engel olarak kabul edilen teminat koşulu yeni düzenlemede oldukça dar kapsamda varlığını sürdürmüştür. Sadece İİK m. 206' da hükme bağlanan birinci sıradaki imtiyazlı alacaklıların alacakları ve mühlet içerisinde komiserin onayıyla ortaya çıkan alacaklıların alacakları bakımından teminat söz konusu olacaktır. Yine borçlu lehine olumlu değişiklikler kapsamında konkordato projesinin kabulü için gerekli olan nisapta projenin kabulünü kolaylaştıracak önemli bir değişiklik yapılmıştır. İlgili madde gereğince konkordato projesi, kaydedilmiş olan alacaklıların ve alacakların yarısı veya kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte birinin ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş ise kabul edilmiş sayılacaktır. Önceki hükümlerde büyük bir sorun yaratan ve kimi zaman çok yüksek rakamlara ulaşan nispi konkordato harçları, mevcut düzenleme ile yine nispi olarak belirlenmiş fakat oran, makul bir seviyeye düşürülmüştür.

Yeni düzenleme çerçevesinde konkordato süreci kronolojik olarak şu şekildedir: Konkordato talep eden borçlu kanunda öngörülen belgeleri sunarak asliye ticaret mahkemesinden geçici mühlet talep edecektir. Borçlunun iflasını isteyebilecek herhangi bir alacaklı da borçlu için konkordato talep edebilecektir. Borçlunun talebini alan mahkeme, Kanun'da öngörülen belgelerin eksiksiz

olarak sunulduğunu tespit ederse derhal geçici mühlet kararı verecektir. Geçici mühlet, kesin mühletin etkilerini haizdir. Mühlet kararlarının en önemli etkisi, alacaklıların borçluya karşı takip başlatamaması, başlamış takiplere de devam edilemeyecek olmasıdır. Geçici mühlet kararı üç aydır, mahkeme gerekli koşulların varlığı halinde talep üzerine bu süreyi iki ay daha uzatabilir. Mahkeme, geçici mühlet kararı ile birlikte, geçici konkordato komiseri de atayacaktır. Geçici mühlet içerisinde borçlunun tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır. Borçlu ticari faaliyetlerine geçici komiser veya komiserlerin izniyle devam edebilecektir. Geçici mühlet içerisinde borçlunun veya konkordato isteyen alacaklının talebi ile mahkeme kesin mühlet kararı verebilecektir. Kesin mühlet kararı için konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün gözükmesi gerekmektedir. Bu halde mahkeme borçluya bir yıllık kesin mühlet kararı verecektir. Kesin mühlet kararı ile birlikte kural olarak bir komiser, alacaklı sayısı ve alacak miktarı dikkate alınarak gerektiğinde üç komiser de görevlendirilecektir. Kesin mühlet içerisinde alacaklıların konkordatoya etki edebilmelerini sağlamak amacıyla alacaklılar kurulu oluşturulabilir. Bazı hallerde bu kurulun oluşumu zorunludur. Bu kurul, farklı alacaklı sınıflarının temsil edilmesi suretiyle teşekkül ettirilir ve alacaklılar kurulunda kimlerin yer alacağına mahkeme karar verir. Güçlük arz eden özel durumlarda, komplike konkordato süreçlerinde kesin mühlet altı ay daha uzatılabilecektir. Kesin mühlet kararı ile birlikte görevlendirilen komiser, göreve başlar başlamaz borçlunun mallarının defterini tutar ve bu malların kıymetini takdir eder. Kesin mühlet içerisinde komiserin belki de en önemli görevi alacaklıları konkordato müzakeresi için bir araya getirmesidir. Konkordatonun müzakere edileceği alacaklılar toplantısından önce komiser, kimlerin borçludan alacaklı olduğunu tespit edebilmek amacıyla, alacaklıları alacaklarını bildirmeye davet eder. Komiser tarafından yapılacak ilan ile alacaklılar, ilan tarihinden itibaren on beş gün içinde alacaklarını komisere bildirirler. Alacaklılar tespit edildikten ve komiser ve borçlu tarafından konkordato projesine son hali verildikten sonra, yine bir ilan ile alacaklılar konkordato müzakeresi için toplantıya çağırılırlar. Bu toplantıda, alacaklılar konkordato projesini kabul veya reddedebilirler. Kanunda öngörülen alternatifli nisaplardan birinin yakalanması halinde konkordato alacaklılar tarafından kabul edilmiş olacaktır. Bu işlemler tamamlandıktan sonra komiser tarafından kesin mühlet içinde dosya mahkemeye tevdi edilir. Geçici ve kesin mühlet kararını veren asliye ticaret mahkemesi artık konkordatonun tasdiki yargılamasına başlayıp bu konuda kararını vermek zorundadır. Mahkeme konkordatonun tasdikine ilişkin kararını, her halde kesin mühlet içerisinde vermiş olmalıdır. Kesin mühlet içinde karar verilemiyorsa, mahkeme, karar verilinceye kadar mühletin etkilerinin devamına hükmedebilecektir. Fakat bu

süre altı ayı aşamayacaktır. Konkordatonun tasdik edilebilmesi için teklif edilen tutarın, borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktardan fazla olacağını anlaşılması, teklif edilen tutarın borçlunun kaynakları ile orantılı olması, kanunda öngörülen nisaplardan biri ile konkordatonun alacaklı ve alacak çoğunluğu ile kabul edilmiş olması, 206 ncı maddenin birinci fıkrasında sayılı imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesi ve mühlet içerisinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması ve yargılama giderleri ile harçların tasdik kararından önce mahkeme veznesine depo edilmiş olması halinde konkordato mahkemece tasdik edilecektir.

Görüldüğü üzere konkordatonun tasdikine kadar uzun ve zorlu bir sürecin yerine getirilmesi gerekmektedir. İflasın ertelenmesi kurumunun borçlular bakımından sağladığı pratiklik ve sonuca kolay ulaşma konkordatoda bulunmamaktadır. Borçluların, iflasın ertelenmesi kurumundan kaynaklanan alışkanlıklarla yeni konkordato hükümlerine adapte olabilmeleri biraz zaman alabilecektir. Fakat artık iflasın ertelenmesi müessesinin bulunmaması ve var olan ihtiyacın konkordato hükümleri ile doldurulacak olması sebebiyle zaman içerisinde konkordatoya olan talep hızla artacaktır.

II. Geçici Mühlet

A. Geçici Mühlet Başvurusunda Bulunabilecek Kişiler

Konkordato süreci borçlunun veya borçlunun iflasını isteyebilecek olan alacaklıların geçici mühlet talebi ile başlamaktadır (m.285). İİK m. 285' de, herhangi bir borçlunun konkordato talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Maddede açıkça "*herhangi bir borçlu*" ibaresi kullanılarak, konkordatoyu talep edecek kişinin tacir olma zorunluluğu bulunmadığı vurgulanmıştır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus ise mülga hükümlerden farklı olarak yeni düzenlemede, tacir olmayan borçlunun talep ettiği konkordatonun tasdik edilmemesi veya mühlet kararının kaldırılması halinde iflasına karar verilemeyecek olmasıdır. Konkordato mühlet kararının kaldırılması veya konkordatonun tasdik edilmemesi halinde ancak iflasa tabi borçlular bakımından koşulların oluşması halinde iflas kararı verilebilecektir (İİK m. 292, m.308). İİK m. 285 de vurgulanan bir başka husus ise borçlunun vade veya tenzilat konkordatosu talep edebilecek olmasıdır. Bu vurgudan anlaşılması gereken bir başka husus ise borca batık olmayan borçlunun da konkordato talep edebilecek olmasıdır. Borçlunun malvarlığı borçlarını karşılamaya yetecek olmasına rağmen bu malvarlığını hemen paraya çevirmesi mümkün olmadığı için borçlu aciz halinde bulunabilir. İşte bu halde borçlu, tenzilat konkordato talep edemese de borcunun faiziyle birlikte tamamının belirli vadelerde ödenmesi için vade konkorda-

tosu talep edebilir¹.

İİK m.285 f.2 gereğince alacaklı da gerekçeli bir dilekçe ile borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını talep edebilecektir. Borçlunun konkordatosunu talep edebilecek olan alacaklı, her alacaklı değil, onun iflasını isteyebilecek nitelikteki alacaklılardır. Borçlu aleyhine iflas yoluyla takip başlatan alacaklı borçlunun konkordatosunu talep edebileceği gibi, borçlunun doğrudan doğruya iflasını isteyebilen alacaklı da konkordato sürecini başlatabilir. Borçlunun konkordatosunu isteyebilecek alacaklıların onun iflasını isteyebilenlerle sınırlandırılmasının sebebi, bu alacaklıların borçlunun iflası neticesinde alacaklılarının önemli bir kısmına kavuşamayacakları düşüncesidir. Borçlunun iflasına nazaran konkordato sürecine girmesi alacaklıların menfaatine olabilir. İşte bu halde alacaklılar borçlunun konkordato sürecini başlatabileceklerdir.

B. Geçici Mühlet Talebinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

Konkordato, iflasa tabi olan borçlu için 154 üncü maddenin birinci veya ikinci fıkralarında yazılı yerdeki; iflasa tabi olmayan borçlu için yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesinden talep edilecektir (İİK m. 285 f.3). Görüldüğü üzere iflasa tabi olmayan borçlunun talep edeceği konkordatoda, borçlunun yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesi görevli iken; iflasa tabi olan borçlu için, “iflas takiplerinde yetkili merci” nin düzenlendiği, Kanun’un 154. maddesine atıf yapılmıştır. Madde gereğince iflasa tabi borçlu bakımından yetkili asliye ticaret mahkemesi, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdir. Merkezleri yurt dışında bulunan ticari işletmeler hakkında yetkili merci ise Türkiye’deki şubenin, birden ziyade şubenin bulunması halinde merkez şubenin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir.

Konkordato hukukuna yeni getirilen değişiklikler ile icra mahkemesinin görevi konkordatoya ilişkin hükümler bakımından sona ermiştir. Konkordato mühlet talebi asliye ticaret mahkemesine yapılacak, geçici ve kesin mühlet talebi bu mahke-

1 Serdar Kale, *Sorularla Konkordato*, İstanbul, 2017, s. 8 - 9. İİK m. 285 f.1 de yapılan değişikliklerle borçlunun müstakil bir şekilde vade konkordatosu teklif edebileceği açıkça vurgulanmıştır. Malvarlığı borçlarını karşılamaya yeten ve fakat bu malvarlığını hemen paraya çeviremediği için borçlarını ödeyemeyen borçlunun, teklif edeceği konkordato yalnızca vade konkordatosu olabilecektir. Bu haldeki borçlunun tenzilat konkordatosu da talep edebilmesi mümkün değildir. Malvarlığı borçlarını karşılamaya yetmesine rağmen yaşadığı nakit akışı sebebiyle borçlarını ödeyemeyen borçlunun vade konkordatosu ile birlikte tenzilat konkordatosu talep etmesi halinde mahkeme, ilk planda geçici mühlet kararı verse de kesin mühlet kararı veremeyecektir. İİK m. 289 f. 3 gereğince bu halde konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olmadığı kabulü gerekecektir. Borca batık veya aciz halinde bulunmasa da öngörülebilen bir süre içerisinde borca batık hale gelecek veya acze düşecek borçlunun da konkordato teklif edebilmesi mümkün olmalıdır. Henüz borca batık veya aciz halinde bulunmamasına rağmen kısa bir süre içinde bu hale düşebileceği öngörülen borçlunun konkordato talep edebilmesine izin vermek, daha rahat koşullarla borçlunun mali durumunu toparlanmasına olanak sağlayacaktır.

mece incelemek ve konkordato tasdik yargılaması yine aynı mahkeme tarafından hükme bağlanacaktır. Konkordato komiserinin eylem ve işlemlerine karşı yapılacak şikayetlerde de aynı mahkeme görevli olacaktır (İİK m. 290 f.4).

C. Geçici Mühlet Talebinin İçeriği ve Talebe Eklenmesi Gereken Belgeler

Geçici mühlet talebi mahkemeye sunulacak bir dilekçe ile yapılmalıdır. Talep sahibi borçlu veya alacaklı mahkemeden açıkça geçici mühlet talep etmelidir. Geçici mühlet talebine ilişkin dilekçeyle birlikte İİK m. 286 da sayılan belgelerin de eklenmesi gerekmektedir.

İİK m. 286 gereğince geçici mühlet talebine eklenecek ilk belge konkordato ön projesidir. Konkordato ön projesinde hangi hususların bulunması gerektiği ilgili bentte sayılmıştır. Bu sayım sınırlı değildir. Burada sayılanlar dışında başkaca hususlar da ön projede yer alabilir. Maddede sayılanlar ön projede bulunması zorunlu olanlardır. Bu kapsamda ilk olarak ön projede, konkordatonun vade konkordatosu mu, tenzilat konkordatosu mu yoksa her ikisini de kapsayan bir konkordato türü mü olduğuna ilişkin talep yer almalıdır. Konkordato kapsamındaki borçların ödenebilmesi için borçluya ait malların satışı planlanmışsa bu husus da ön projede belirtilecektir. Bunun dışında borçlu, ticari faaliyetlerine devam edecekse ve alacaklılarına borçlarını ödeyecekse gerekli olan mali kaynaklarını da somut bir şekilde ön projede göstermek zorundadır. Bu mali kaynaklar, sermaye artırımını, yeni ortak alımı şeklinde olabileceği gibi kredi kullanmak yoluyla da olabilir.

Konkordato ön projesi ve bununla birlikte sunulan belgelerin açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Konkordato ön projesini, iyileşmesinin nasıl gerçekleşeceğinin genel bir fotoğrafı olarak görmek gerekir. İlk adım olarak kabul edilen ön proje ile iyileştirme planı konusunda yüksek bir beklenti içinde bulunulmamalıdır. İyileşmenin ilk planda gerçekleşeceğinin somut olarak anlaşılması, bu aşamada yeterlidir. Bu bağlamda projede, gelecekteki nakit akışı kaynağı, bu akışın gerekçesi ve temelleri, tasarruf önlemleri açıkça ortaya konulmalıdır. Örneğin, konkordato talep eden kişi, ödeyeceği kira bedellerinde indirim yapılacağını söylemişse, kiraya verenin neden bu indirimi yapacağını belirtmeli, gerekirse kiraya verene bu konuda yaptığı sözleşmeyi, diğer belgelerle birlikte ibraz etmelidir. Bununla birlikte konkordato talep eden, muhtemel tasarruf tedbirleri hakkında da gerekçeli olarak bilgi vermelidir. Konkordato ön projesinde, mevcut ve gelecekteki likidite değişikliği hakkında tablosal bir karşılaştırma yapılmaksızın mahkemece değerlendirme yapılabilmesi de olası değildir.

Az önce belirtildiği gibi geçici mühlet kararının verilebilmesi için planlanan iyileştirme tedbirlerinin ana hatlarının ortaya konulması ve belirli ölçülerde makul bir iyileştirme projeksiyonunun ön projede yer alması gerekir. Devam eden süreçte borçlu, iyileştirme projesini detaylandırabilmeli ve iyileştirme çabaları hakkında

mahkemeye ve komisere bilgi vermelidir. Projede, alacaklıları cezbedecek, onların bu projeyi kabul etmesini kolaylaştıracak hususların yer alması gerekmektedir. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, ön proje ile en azından mevcut malvarlığı ile teklif edilen oranın karşılanabileceğinin ortaya konulması aranmalıdır. İsviçre doktrininde bu noktada, ön projenin ilk etapta konkordato masraflarını ve imtiyazlı alacaklıların alacağına karşılayacak teminatları barındırması gerektiği belirtilmektedir².

Borçlunun konkordato talebine ekleyeceği belgeler arasında borçlunun malvarlığının durumunu gösteren belgeler de bulunmaktadır. İİK m. 286,1-b hükmü borçlunun malvarlığı durumunu gösterir belgeleri açıklarken detaylı bir anlatım tercih etmiştir. İlgili düzenleme ile konkordatoya başvuran borçlunun mali durumu hakkında ayrıntılı bilgi edinilmesi amaçlanmıştır. Bu şekilde borçlunun mali yapısı analiz edilerek, konkordatoya layık olup olmadığı daha rahat tespit edilebilecektir. Bu noktada hemen hatırlatmak gerekir ki, borçlu tarafından talebe eklenen mali tabloların tarihi, başvuru tarihinden en fazla 45 gün önce olmak zorundadır (İİK m.286 f.2).

Konkordato talebine eklenecek önemli bir belge ise konkordato ön projesinde yer alan teklife göre alacaklıların eline geçmesi öngörülen miktar ile borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren tablodur. Bu belge ile konkordatonun, iflase nazaran alacaklılar için daha faydalı olacağına açıklığa kavuşturulması istenmektedir. Konkordato neticesinde alacaklıların eline geçecek tutarın, iflas tasfiyesi sonunda ellerine geçecek tutardan daha olması gerektiği konkordatonun tasdik edilebilmesinin önemli bir koşulu olduğu düşünüldüğünde, bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz sürecin başında borçlu tarafından ortaya konulan belgelerle anlaşılabilmesi yerindedir.

Konkordato başvurusuna eklenecek belgelerden belki de en çok dikkati çeken, bağımsız denetim kuruluşları tarafından hazırlanacak olan raporlardır. İlgili hüküm gereğince, 3/6/2011 tarih ve 635 sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 28³inci

2 Daniel Hunkeler, *Schuldbetreibungs und Konkursgesetz II*, 2. Auflage, Art 293, Rdn. 20.

3 İlgili hüküm şu şekildedir: “Küçük ve orta büyüklükteki işletmeler kısaca “KOBİ” olarak adlandırılır. KOBİ’lerin tanımlanmasına, niteliklerine, sınıflandırılmasına ve uygulamalarına ilişkin esaslar; net satış hasılatları, mali bilanço tutarları ve çalışan sayıları dikkate alınarak Bakanlıkça hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir. Kurum ve kuruluşların KOBİ’lere ilişkin uygulamalarında bu yönetmelik hükümleri esas alınır.” Bu hüküm gereğince yayınlanan Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde ise küçük işletme, elli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri sekiz milyon Türk Lirasını aşmayan işletmelerdir.

maddesi kapsamındaki küçük işletmeler hariç, konkordato talebinde bulunacak olan orta ve büyük ölçekli işletmelerin, konkordato ön projesinde yer alan teklifin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu gösteren finansal analiz raporları ve dayanaklarını konkordato talebine eklemeleri gerekmektedir. Görüldüğü üzere, konkordato talebinde bulunan her işletme bakımından değil, orta ve büyük işletme olarak kabul edilecek işletmeler bakımından bağımsız denetim kuruluşlarından ön projede yer alacak teklifin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olacağı yönünde finansal analiz raporu alınacaktır. Bağımsız denetim kuruluşları, sadece konkordato teklifinin gerçekleşmesi açısından bir değerlendirme yapacaklardır. Konkordato projesinde yer alan başkaca hususlar özellikle de konkordatonun iflasa nazaran daha iyi sonuçlar verip veremeyeceği, bağımsız denetim kuruluşları tarafından hazırlanacak raporun konusu olmayacaktır. Bağımsız denetim kuruluşları, borçlunun aktif malvarlığı değerleri ile borçlarını değerlendirerek, konkordato ön projesinde yer alan teklifin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini hakkında bir rapor hazırlayacaklardır.

Konkordato teklifinin alacaklılardan biri tarafından istenmesi halinde (ki bu alacaklı ancak borçlunun iflasını isteyebilecek alacaklı olabilir), 286. maddede sayılan belgelerin ibraz edilmesi için borçluya makul bir süre verilecektir (İİK m.287 f. 2). Mahkemece verilen süre içinde borçlu bu belgeleri eksiksiz olarak ibraz etmiş ise geçici mühlet kararı verilecektir. Alacaklı tarafından konkordatonun talep edilmesi halinde, 286. maddede sayılan belgeleri borçlu hazırlayacaksa da bu belgelerin hazırlanması için gerekli olan masrafları özellikle de bağımsız denetim kuruluşuna ödenecek ücreti, konkordato talep eden alacaklı ödeyecektir. Borçlu gerekli belge ve kayıtları zamanında mahkemeye sunmaz ise geçici mühlet kararı verilemeyecek ve alacaklının yaptığı başvuru reddedilecektir.

D. Belgelerin Eksikliği Halinde Yapılacak İşlemler

Mühlet talebi ile birlikte sunulan belgelerde eksiklik bulunması halinde asliye ticaret mahkemesinin eksik belgelerin tamamlanması için konkordato talep eden borçluya süre verip vermeyeceğine ilişkin bir düzenleme Kanunda yer almamaktadır. İİK m. 287 gereğince konkordato talebini alan mahkeme derhal bir inceleme yapacak ve m. 286 da sayılan belgelerin şekli olarak tamam olması halinde gecikmeksizin geçici mühlet kararını verecektir. Borçlunun başvurusunda, aranan belgelerde eksiklik bulunması halinde, mahkeme tarafından borçluya kısa bir süre verilmesi yerinde olacaktır. Henüz geçici mühlet kararının verilmediği bir dönemde mahkemece eksik belgelerin tamamlanması için borçluya kısa bir süre verilmesi alacaklıları zarara uğratabilecek bir sonuç da doğurmayacaktır. İsviçre' de de konkordato talebinde bulunurken gerekli

belgeleri eksik ibraz eden borçluya süre verilmesi gerektiği kabul edilen bir görüştür⁴. Mahkemece tayin edilen süre içinde gerekli belgeler tamamlanmaz ise konkordato teklifi değerlendirmeye alınmaksızın reddedilmelidir. Bu aşamada sunulan belgeler borçlunun mali durumunu tam olarak ortaya koyamadığı için iflas kararının verilebilmesi de pek olası değildir.

E. Geçici Konkordato Komiseri

İİK m. 287 gereğince mahkeme, geçici mühlet kararı ile birlikte konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığının yakından incelenmesi amacıyla kural olarak bir, alacaklı sayısı ve alacak miktarı dikkate alınarak üç komiser de görevlendirebilir. Komiserin veya komiserlerin tayini, geçici mühlet kararının verilmesiyle aynı anda olacaktır. Bu madde gereğince dikkat edilmesi gereken husus, mahkemenin komiser atayabilmesi için çok detaylı bir inceleme yapmasına gerek bulunmadığıdır. Komiser olarak görevlendirilecek kişinin iyileştirme hukuku, konkordato süreci hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Konkordato sürecinden haberdar olmayan bir kişinin komiser olarak atanması beklenen sonucu vermeyecektir. Komiser seçiminde borçlunun faaliyet alanı konusunda uzmanlığının bulunup bulunmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Birden fazla komiserin görevlendirildiği hallerde gerekirse komiserlerden birisi hukukçu da olabilmelidir.

Konkordato sürecinde komiser borçludan bağımsız olarak hareket eder. Bu nedenle, komiserin borçlu ile bir bağlantısının bulunmaması gerekir. Kamu hizmeti gören komiserin, alacaklılar ile borçlu arasındaki dengeyi sağlaması zorunludur. Başlangıçta bağımsız olan komiserlerin süreç içinde borçluya karşı bağımsızlıklarını yitirdikleri ve borçluya daha yakın bir pozisyon almaları olasılık dahilindedir. Bu gibi durumlara mâni olmak amacıyla mahkemenin sadece başlangıçtaki bağımsızlığı değil, süreç içerisindeki bağımsızlığı da göz önünde bulundurması uygun olacaktır.

Görevlendirilen komiser, borçluyu kontrol edecek, alacaklıların ve üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyacaktır. Geçici mühlet içerisinde komiser, borçlunun iyileştirme tedbirlerine nezaret edecektir. Konkordato projesinin kabul edilip edilemeyeceği hususu da bu süreçte komiser tarafından değerlendirilecektir. Benzer şekilde borçlunun iyileşme umudunun varlığı veya yokluğu komiser raporlarında ortaya konulacaktır. Komiser, geçici mühletin sona ermesinden önce hazırlayacağı rapor ile de kesin mühlet kararının verilir verilemeyeceğinde belirleyici bir rol oynayacaktır. Geçici komiserin görevleri ve hukuki statüsü kesin komiserin görevleri ile benzer nitelikler taşımaktadır. Nitekim

4 Karl Spühler, Annette Dolge, *Schuldbetreibungs und Konkursrecht II*, 2014, s. 134.

bu husus konkordato komiserinin görevlerine ilişkin 290 madde hükmünün geçici komiser bakımından da geçerli olacağına ilişkin 287. maddenin üçüncü fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır.

Borçlunun, komiserin talimatlarına aykırı hareket etmesi veya komiserle iş birliği içinde hareket etmemesi halinde mahkeme, borçlunun tasarruf yetkisinin geçici komiser marifetiyle kullanılabileceğine karar verebilir⁵.

Mahkeme, gerekli koşulların varlığı halinde geçici komiserin görevine son verebilecektir. Özellikle komiserin davranışları borçlunun iyileşmeni zorlaştırıyorsa veya komiser bazı eylem ve işlemleri ile konkordatonun onaylanmasını imkânsız hale getirmişse yahut komiser güven kırıcı davranışlar içerisindeyse, komiserin görevine son vermek için gerekli koşulların oluştuğu söylenebilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, komiserin ücretinin ödenmemesi, iyileşmenin artık neredeyse imkânsız halde olduğunu göstermekte olup, konkordatonun reddi sebebi olarak da kabul edilebilir.

F. Geçici Mühlet Kararı

Konkordato talebi üzerine mahkeme, 286 ncı maddede sayılan belgelerin eksiksiz olarak varlığını tespit ederse derhal geçici mühlet kararı verecek ve 297 nci maddenin ikinci fıkrasındaki hallerde dahil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alacaktır (İİK m.287 f.1). Görüldüğü üzere, geçici mühlet kararı veren mahkeme gerekli gördüğü tedbirleri resen alabilecektir. Bu tedbirlerin alınmasında borçlunun malvarlığının muhafazası göz önünde bulundurulması gereken en önemli olan kriterdir. Bu bağlamda, mahkeme geçici mühlet kararı ile borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlayarak, borçlunun, belirli bir rakamın üzerindeki işlemlerini komiserin yazılı onayına tabi tutabilir. Yine mahkeme benzer nitelikte bir tedbir kararı alarak, borçlunun borçlularına, komiserin denetiminde kullanılabilen banka hesap numaralarına ödeme yapmalarını isteyebilir. Borçlunun mallarının envanterinin tutulması da bu kapsamda malvarlığının korunması yönünde bir tedbir kararıdır. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, mahkemenin geçici mühlet kararı ile birlikte borçluya karşı takip başlatılmasına veya başlatılmış takiplerin durdurulmasına dair tedbir kararı vermesine gerek yoktur. Zira geçici mühlet, kanunda ötürü kesin mühletin sonuçlarını doğuracaktır (m.288 f.1). Bu durumda da geçici mühlet içinde borçluya karşı takip yapılamayacak ve başlamış olan takipler duracaktır (m.294 f.1).

Geçici mühlet kararından önce duruşma yapıp yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme İİK' da yer almamaktadır. Kanaatimce çok gerekli olan istisnai

5 Hunkeler, Art 293b, Rdn. 4.

haller dışında duruşma yapılmadan geçici mühlet kararı verilmelidir. Zira duruşma günü tayin etmek için geçirilecek zaman, 287. maddede belirtilen derhal geçici mühlet kararı verilir ifadeleri ile çelişebilir.

Geçici mühlet içinde, alacaklıların alacaklarını bildirmeleri için süre verilemez ve alacaklılar toplantısı yapılamaz. İİK m. 289 f. 4 gereğince alacaklılar kurulu en erken kesin mühlet kararıyla birlikte oluşturulabilir. Bu itibarla geçici mühlet içerisinde alacaklılar kurulunun oluşturulabilmesi mümkün değildir. İsviçre' de ise çok istisnai hallerde, geçici mühlet içerisinde alacaklılar kurulunun oluşturulabileceği kabul edilmektedir⁶.

Mahkeme tarafından geçici mühlet talebinin değerlendirilmesi, geçici konkordato komiseri tayin edilmesi ve borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli önlemlerin alınması işleri, çekişmesiz yargı işidir ve bu işlerde resen araştırma ilkesi geçerli olacaktır.

Geçici mühlet talebinin kabulü, geçici komiser görevlendirilmesi, geçici mühletin uzatılması ve tedbirlere ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz (İİK m. 287 f.6). Ancak maddede, geçici mühletin kaldırılması talebinin reddi kararına karşı kanun yolunun açık olduğu belirtilmemiştir. Bu sebeple geçici mühletin kaldırılması talebinin reddine ilişkin karara karşı istinaf yolunun açık olduğu düşünülebilir. Oysa İİK m. 293 f.1 de kesin mühletin kaldırılması talebinin reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı açıkça belirtilmiştir. Kanaatimce geçici mühletin kaldırılması talebinin reddi kararına karşı da istinaf yoluna başvuramamak gerekir. Fakat İİK m. 287 f.6 da açıkça bu faraziyenin öngörülmemesi ve kanun yoluna başvurunun asıl kural olması sebebiyle, geçici mühletin kaldırılması talebinin reddi kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir. Her ne kadar geçici mühlet kararının kabulü kararına karşı kanun yoluna başvurulamasa da, geçici mühlet talebinin reddi kararına karşı kanun yolu imkanı açıktır. Bu halde, talebi reddedilen borçlu veya konkordato talep eden alacaklı on gün içinde istinaf mahkemesine başvurabilecektir. İstinaf mahkemesinin kararına karşı temyiz yolu ise kapalıdır (İİK m.293 f.2).

G. Geçici Mühlet Kararının İlanı ve Gerekli Yerlere Bildirilmesi

Konkordato sürecinin başlamasından başarılı bir şekilde sonuçlanmasına kadar altı tane ilanın yapılması zorunludur. Bu şekilde yapılacak ilanlardan ilki, geçici mühlet kararıdır. Kanun koyucu, geçici mühlet kararından önceki bir süreçte ilanın yapılmasını aramamaktadır. Bu itibarla, geçici mühlet talebinin ilanı gerekmeyecektir. Geçici mühlet kararının uzatılmasına ve geçici müh-

6 Hunkeler, Art 293c, Rdn. 7.

let kararı kaldırılarak konkordatonun reddine ilişkin karar da geçici mühlet kararının yayımlandığı gazete ile birlikte ticaret sicil gazetesinde ilan edilir. Kanun koyucunun ilanların fazlalığı konusundaki bu tercihi, konkordato talebinin ticari hayat üzerindeki önemli etkisinden kaynaklanmaktadır. Borçlu ile hukuki ilişki içinde bulunan veya bulunmuş tüm aktörlerin borçlunun konkordato sürecinden haberdar olmaları amaçlanmıştır. Bu ise ancak ilan ve ilgili yerlere bildirim yoluyla mümkün olabilmektedir.

Konkordatoya ilişkin önemli kararların ilanı ile birlikte, bu kararların ticaret hayatı bakımından önem arz eden bazı kurum veya kuruluşlara gönderilmesi de gerekebilmektedir. İşte bu sebeple, İİK m. 288’de, geçici mühlet kararının ilan ile birlikte derhal tapu müdürlüğüne, ticaret sicil müdürlüğüne, gümrük ve posta idarelerine, Türk Bankalar Birliğine, ticaret ve sanayi odaları gibi gerekli yerlere bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

İlanda ayrıca alacaklıların, ilandan itibaren on günlük kesin süre içerisinde itiraz ederek konkordato mühleti verilmesini gerektiren bir hal bulunmadığını delilleriyle birlikte ileri sürerek, mahkemeden konkordato talebinin reddini isteyebileceklerinin belirtileceği de düzenlenmiştir (m. 288 f.2 , 2. cümle).

Maddede ayrıca geçici mühletin uzatılmasına ve geçici mühlet kararının kaldırılarak, konkordato talebinin reddine ilişkin kararın da aynı usulle ilan edileceği de hükme bağlanmıştır (İİK m. 288 f.3).

III. Kesin Mühlet

A. Kesin Mühlet Yargılamasına Genel Bir Bakış

Geçici mühletin hitamını müteakip, kesin mühlet süresi başlayacaktır. Mahkeme, geçici mühlet süresi içinde kesin mühlet hakkındaki kararını vermelidir (İİK m. 289 f.1). Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, geçici mühlet süresi tamamlanmadan kesin mühlet hakkında bir karar verilmelidir. Mühlet kararının etkilerini doğurabilmesi için kararın ilan edilmesine veya ilgililere duyurulmasına gerek yoktur. Kararla birlikte mühletin etkileri ortaya çıkacaktır. Mühlet kararı tıpkı iflas kararında olduğunu gibi, “derhal etkili” kararlardandır. Aynı kural geçici mühlet kararı için de söylenebilecektir.

Kesin mühlet kararından önce mahkemenin borçluyu ve varsa talep sahibi alacaklıyı dinlemek için davet etmesi gerekmektedir (İİK m. 289 f.2). Söz konusu duruşmadan önce geçici komiser yazılı raporunu sunar, mahkeme gerekli görürse beyanın almak için geçici komiseri duruşmaya davet eder. Konkordato talep eden alacaklı dışında diğer alacaklıların kesin mühlet duruşmasına davet edilmesine gerek yoktur. Fakat mahkeme yapacağı değerlendirmede, itiraz eden alacaklıların dilekçelerinde ileri sürdükleri itiraz sebeplerini de dikkate alır (İİK m.289 f.2).

Mahkemenin kesin mühlet kararı verebilmesi için konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması gerekmektedir (İİK m. 289 f.2). Kesin mühlet kararının verilebilmesi için objektif kriterlerin nazara alınması gerekir ve bu kararın verilmesinde geçici komiserin olumlu raporu ayrı bir önem arz eder.

Kesin mühlet kararı ile birlikte bir veya birkaç konkordato komiseri görevlendirilir. Geçici komiserler konkordato komiseri olabileceği gibi, yeni kişiler de komiser olarak görevlendirilebilirler. Mahkeme bu görevlendirme ile birlikte komisere ödenecek ücreti de belirler. Komiserin görevlendirilmesiyle birlikte dosya derhal komisere tevdi edilir (İİK m. 289 f. 3).

Mahkeme, koşulların gerektirmesi halinde alacaklılar kurulu oluşturabilir (İİK m. 289 f. 4).

Kesin mühlet kararının ilan edilmesi ve gerekli yerlere (icra daireleri, ticaret sicili ve tapuya) gecikmeksizin bildirilmesi zorunludur (İİK m. 289 f. 4).

Konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olmadığının anlaşılması ve İİK m. 292' de hükme bağlanan koşulların oluşması halinde mahkeme re'sen borçlunun iflasına karar verecektir.

Koşulların oluşması halinde ise borçluya bir yıllık kesin mühlet verilecektir (İİK m. 289 f. 3). Güçlük arz eden özel durumlarda kesin mühlet, komiserin bu durumu açıklayan gerekçeli raporu ve talebi üzerine mahkemece altı aya kadar uzatılabilir (m. 289 f. 5). Borçlu da altı aylık uzatma talebinde bulunabilir. Borçlunun uzatma talebi üzerine komiserin görüşü alınacaktır. Her iki halde de uzatma talebi kesin mühletin sona ermesinden önce yapılır ve uzatma vermeden önce varsa alacaklılar kurulunun da görüşü alınır (İİK m. 289 f. 5). Mahkeme kesin mühletin uzatılmasına kararı verirken somut olayın özelliklerini dikkate alacaktır; alacaklı sayısının çok fazla olduğu hallerde veya borçlu şirketin büyük bir şirket olması durumunda süre altı aya kadar uzatılabilecektir. Uzatma süresi bir defada altı ay olabileceği gibi, ilk etapta altı aydan daha kısada olabilecektir. Fakat her halükârda bu süre altı ayı geçemeyecektir. Hatırlatmak gerekir ki, mahkeme, kesin mühlet içinde konkordatonun tasdikine ilişkin bir karar vermek zorundadır. Konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşılırsa; mahkeme, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alarak, karar verilmeye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilir. Bu süre altı aydan fazla olamaz (İİK m. 304 f.2).

B. Konkordato Komiserinin Tayini ve Görevleri

Kesin mühlet kararı ile birlikte bir veya üç komiser görevlendirilir (İİK

m. 289 f.3). Mahkeme komiserleri görevlendirmeyi yaptıktan sonra dosyayı komisere tevdi eder. Konkordato komiseri, kamusal görevleri bulunan bir gerçek kişidir ve kamusal görevleri yerine getirmesi sebebiyle de İcra İflas Kanunu'nun genel hükümlerine atıf yapılmak suretiyle hukuki statüsüne ilişkin belirlemeler yapılmaktadır (İİK m.290 f. 3 gereğince, 8, 10, 11, 16, 21 ve 359. madde hükümleri kıyas yoluyla komiser hakkında da uygulanacaktır). Bu çerçevede komiser, yaptığı muamelelerle kendisine vaki talep ve beyanlar hakkında tutanak düzenleyecektir (İİK m.8). Komiser, İİK m. 10 çerçevesinde iş yapmaktan memnuiyeti bulunmaktadır. İİK m.11 de hükme bağlanan memnu işler komiser bakımından da geçerlidir. Komiserin eylem ve işlemlerine karşı şikayet yoluna başvurulabilir (m. 16). Genel hükümlerden farklı olarak, komiserin, konkordatoya ilişkin işlemleri ile ilgili şikayetler asliye ticaret mahkemesi tarafından karara bağlanacaktır (İİK m.290 f. 4). Komiser tarafından yapılacak tebligatlar, icra tebligatı olarak yapılacaktır (m.21). Buradan çıkan sonuç, komiserin tebligatları Tebligat Kanunu'na göre yapacak olmasıdır. Komiser, yaptığı muameleden dolayı her daire ve makam ile doğrudan doğruya muhabere edebilir (İİK m. 359). Komiserin sorumluluğu hakkında da İİK m. 227' nin üçüncü ve dördüncü fıkraları uygulama alanı bulacaktır. İİK m. 227 f. 3 gereğince komiser kusurundan ileri gelen zarardan sorumludur. Bu davalara adli mahkemelerde bakılacaktır. Komiser, Türk Ceza Kanunu uygulamasında memur sayılacaktır (İİK m. 227 f.4).

Komiser görevlendirilir görevlendirilmez borçlunun bütün malvarlığının envanterini çıkartır ve bu malların kıymetini takdir eder (İİK m.298 f.1). Komiserin yapacağı kıymet takdirinde, rehinli mallar ayrı bir önem arz eder. Komiser rehinli malların da kıymetini takdir eder ve bu takdir ettiği bedeli alacaklılar toplantısından önce rehinli alacaklılara ve borçluya yazılı olarak bildirir (İİK m. 298 f.2). Her ilgili, on gün içinde ve masrafları önceden karşılamak kaydıyla mahkemeden rehinli malların kıymetinin yeniden takdir edilmesini talep edebilir (İİK m. 298 f.3). Komiserin görevleri 290. maddenin ikinci fıkrasında ve 298. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında sayılmıştır. Komiser, konkordato projesinin tamamlanmasına katkıda bulunur, borçlunun faaliyetlerine nezaret eder, alacaklılara bilgi verir, mahkemeye raporlar sunar ve konkordato sürecini yönetir.

Komiserin yukarıda sayılan tüm bu görevleri, konkordatonun tasdiki yargılamasının ön hazırlıklarıdır. Mahkeme bu görevlerin dışında başkaca görevleri de komiserin uhdesine yükleyebilir (m. 290 f. 2/g). Örneğin, borçlunun ticari faaliyetlerini bizzat komiser yapabilir veya komiser, borçluyu temsil edebilir.

Komiser alacaklıları alacaklarını bildirmesi için davet eder (İİK m. 299).

Borçlunun, alacaklar hakkında beyanda bulunması önemlidir ve bu sebeple komiser borçluyu da alacaklar hakkında beyanda bulunması için davet eder (İİK m.300). Konkordato projesinin hazırlanması tamamlandıktan sonra komiser, alacaklıları, konkordato projesini müzakere etmek için toplanmaya davet eder (İİK m. 301). Alacaklılar toplanmasının tamamlanmasından sonra komiser, konkordatonun kabulü veya reddine ilişkin görüşünü de içeren raporunu mahkemeye sunacaktır (İİK m. 302 f. 8).

Mahkemece atanan komiser ve komiserler, özel sicilinde kaydedilmek üzere mahkemenin bağlı bulunduğu bölge adliye mahkemesi bilirkişilik bölge kuruluza bildirilir. Bir kişi eş zamanlı olarak beşten fazla dosyada geçici komiser ve komiser olarak görev yapamaz (İİK m. 290 f. 5).

C. Alacaklılar Kurulu

İcra İflas Kanunu'nda son yapılan değişikliklerle, kesin mühlet içerisinde alacaklılar kurulunun oluşumu mümkün kılınmıştır. Mahkeme, kesin mühlet kararı ile birlikte veya kesin mühlet içinde uygun görülecek bir zamanda, alacaklı sayısını, alacak miktarını ve alacakların çeşitliliğini dikkate alarak yedi alacaklıyı geçmemek ve herhangi bir ücret takdir edilmemek kaydıyla alacaklılar kurulu oluşturabilir. Bu durumda alacaklıları, hukuki nitelik itibarıyla birbirinden farklı olan alacaklı sınıfları alacaklılar kurulunda hakkaniyete uygun şekilde temsil edilir (İİK m. 289 f.4). Alacaklılar kurulu oluşturulurken komiserin de görüşü alınır. Bu kurul her ay en az bir kere toplanır ve hazır bulunanların oy çokluğu ile karar alır. Kurulun toplantı yeter sayısı bulunmamaktadır. Toplantı tutanağını hazırlama görevi komiserdedir. Komiser, toplantıya katılanların imzasını almak suretiyle alınan kararları toplantı tutanağına geçirir (İİK m. 289 f.4).

Alacaklılar kurulu, komiserin faaliyetlerine nezaret eder; komisere tavsiyelerde bulunabilir ve kanunun öngördüğü hallerde mahkemeye görüş bildirir. Alacaklılar kurulu komiserin faaliyetlerini yeterli bulmazsa, mahkemeden komiserin değiştirilmesini gerekçeli bir raporla isteyebilir. Mahkeme bu talep hakkında borçluyu ve komiseri dinledikten sonra kesin olarak karar verir (İİK m. 290 f.8).

Borçlunun, 297. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen tasarrufları gerçekleştirebilmesi için mahkemenin iznine ihtiyacı vardır. Mahkeme bu izni vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır⁷.

7 İsviçre İcra İflas Kanununun 298. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan tasarruflar (devir, rehin, kefalet, ivazsız tasarruflar) mahkeme veya alacaklılar kurulunun onayıyla gerçekleşebilir. Hukukumuzda bu tür tasarruflar yalnızca mahkemenin izniyle mümkündür.

Alacaklılar kurulunun oluşturulması mahkemesinin inisiyatifindedir. Fakat bazı konkordatolarda alacaklılar kurulunun oluşumu zorunludur (m. 289 f.4). Alacaklılar kurulunun hangi konkordato süreçlerinde zorunlu olarak oluşturulacağı yönetmelikle belirlenecektir. İsviçre’de alacaklılar kurulunun oluşumunun istisnai olduğu belirtilmektedir⁸. İsviçre hukukunda mahkeme, gerekli görürse alacaklılar kurulunun oluşumuna karar verecektir. Kurulun oluşumunda, takdir yetkisi mahkemeye aittir. Özellikle komplike konkordato süreçlerinde, bu kurulun oluşturulması yararlı olabilecektir⁹. Mahkeme, kanundan kaynaklanan bazı yetkilerini alacaklılar kurulu ile paylaşmaktadır. Alacaklı kategorilerine göre oluşturulan ve temsil edilen kurul, denetim ve yardım organı görevini üstlenmektedir. İsviçre’de alacaklı kategorilerinin oluşumunda basit bir şekilde Art. 219 SchKG (İİK m.206) hükmü dikkate alınmaktadır¹⁰. Özellikle de işçiler, sosyal sigortalar, emekli sandığı, bankalar, tedarikçiler, kamu alacaklıları, alacaklılar kurulunda yer alabilir¹¹. Bu kurulda kimin hangi oranda temsil edileceği tamamıyla mahkemenin takdirinde olan bir husustur. Fakat kurul üyelerinin sayısı yediyi geçemeyecektir. Bu şekilde oluşturulan alacaklılar kurulu, komiseri denetleyebileceği gibi komisere tavsiyelerde de bulunabilir. Belirtmek gerekir ki, komiser bu tavsiyelerle bağlı değildir, tavsiyeleri somut olaya göre değerlendirip, kararını verebilir¹². Komiser gerekirse alacaklılar kurulunun tavsiyelerinden farklı kararlar da verebilir¹³. Tekrar etmek gerekir ki, bu kurul kontrol ve denetim organı hüviyetine sahiptir.

D. Kesin Mühlet Kararı ve Kesin Mühlet Kararının Etkileri

1. Kesin Mühlet Kararı

Yukarıda da belirtildiği üzere konkordatonu başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde mahkeme, borçluya bir yıllık kesin mühlet verecektir (İİK m. 289 f.3). Kesin mühlet hakkında bir karar verilebilmesi için, geçici mühlet kararının verilmesinden farklı olarak, mahkeme borçluyu ve konkordato talep eden alacaklıyı duruşmaya davet eder. Geçici komiser, duruşmadan önce yazılı raporunu sunar ve mahkemece gerekli görülürse, beyanın alınmak üzere duruşmada hazır bulunur. Mahkeme yapacağı değerlendirmeye

8 Hunkeler, Art. 295a, Rdn. 4.

9 Serdar Kale, “İsviçre İcra İflas Kanunu’nun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bakış”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, Güz 2017, (İsviçre Adi Konkordato), s. 162.

10 Kale, *İsviçre Adi Konkordato*, s. 162.

11 Hunkeler, Art 295a, Rdn. 8; Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schuldbetreibungs-&Konkursrecht*, 2. Auflage, s. 444.

12 Kale, *İsviçre Adi Konkordato*, s. 163.

13 Kostkiewicz, s. 444.

de, itiraz eden alacaklıların dilekçelerinde ileri sürdükleri itiraz sebeplerini de dikkate alır (İİK m. 289 f. 2). Mahkeme, kesin mühlet talebini değerlendirdiği yargılamada basit yargılama usulünü uygulayacaktır. Konkordatonun tasdiki yargılamasına ilişkin duruşma gününün ilanından (İİK m. 304 f.1) farklı olarak kesin mühlet duruşmasının yapılacağı günün ilan edilmesi gerekmemektedir.

Kesin mühletin gerek alacaklılar gerekse de borçlular bakımından sonuçları, mahkemenin mühlet kararını vermesiyle birlikte doğmaktadır. Bu etkilerin doğabilmesi için, kararın ilanına, tebliğine veya ilgili yerlere bildirilmesine gerek yoktur. Mühlet kararı, iflas kararında olduğu gibi, derhal etkilerini gösteren bir karardır. Bu etkiler, öncesinde mühlet kaldırılmamışsa, mahkemenin konkordatoyu tasdikine kadar devam edecektir. Şayet konkordato tasdik edilmeyip iflas kararı verilmişse, iflas kararı ile birlikte mühletin etkileri sona erecektir.

Kesin mühlet kararı, mahkemece verilen kesin mühlet içinde komiserin veya borçlunun talebiyle 6 aya kadar uzatılabilir. Kesin mühletin uzatılabilmesi için konkordatonun kompleks bir yapısının bulunması, yani alacaklıların ve borçlunun malvarlığının fazla olması gerekmektedir. Mahkeme, kesin mühletin uzatılması kararını vermeden önce alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır (İİK m. 289 f. 4).

Kesin mühlet kararı, mümkün olduğu ölçüde çabuk ve her halükarda geçici mühlet içerisinde verilmelidir. Mahkeme sadece İİK m. 286 da sayılan belgelerin varlığı ve komiser raporuyla bağlı olmayıp, gerekirse başkaca belgelerin ibrazını da talep edebilir¹⁴. Zira mühlet kararına ilişkin yargılamada resen araştırma ilkesi geçerlidir. Borçlunun talebi olmadan mahkemenin resen kesin mühlet kararı verebilip veremeyeceği tartışılabilir. İsviçre hukukunda borçlunun veya alacaklının talebi olmaksızın mahkemenin resen kesin mühlet kararı verebileceği kabul edilmektedir¹⁵.

Kesin mühlet verilmesine, kesin mühletin uzatılmasına ve kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar, geçici mühlet kararının yayımlandığı gazetede ve ticaret sicil gazetesinde ilan olunur ve 288 inci madde belirtilen yerlere bildirilir (İİK m. 289 f. 6).

Kesin mühlet talebinin kabulü ile mühletin kaldırılması talebinin reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz (İİK m. 293 f.1). İsviçre’de ise mahkemenin kesin mühlete ilişkin tüm kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânı açıktır (SchKG Art 295c Abs.1). Kanaatimce hukukumuzda da,

14 Spühler, Dolge, s. 136.

15 Hunkeler, Art.294, Rdn.1.

kesin mühlet kararlarına ve mühletin kaldırılması talebinin reddi kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkanının açık olması daha yerinde bir düzenleme olurdu. Geçici mühlet talebi ile birlikte değerlendirildiğinde yaklaşık yirmi üç aylık bir süreç (ki tasdik yargılamasında kesin mühletin altı ay daha uzatılması ile bu süre yirmi dokuz aya kadar çıkmaktadır), ilk derece mahkemesi kararı ile götürülmekte, geçici ve kesin mühlet kararları istinaf denetimine tabi olmamaktadır. Ticari hayat için oldukça uzun olan bu sürelerin, özellikle ilk derece mahkemesinin hatalı değerlendirmesi sonucu haklı olmayan borçluya tanınması ve bu kararların denetlenememesi adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir.

Kesin mühlet talebinin reddine karar verilmişse, konkordato talep eden borçlu ve alacaklının bu kararın tebliğinden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurabilmesi mümkündür. Bölge adliye mahkemesinin bu konudaki kararı kesindir. Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak mühlet kararı verildiği hallerde dosya, komiserin görevlendirilmesi de dahil olmak üzere müteakip işlemlerin yürütülmesi için ilk derece mahkemesine gönderilir. Görüldüğü üzere, kesin mühlet talebinin reddi kararı bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırıldığında, mahkeme kendisi komiser tayin edip iktiza ettiren tedbirleri alamayacaktır. Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin mühletin reddi kararını uygun görmeyip kaldırmışsa, kesin mühlet kararını kendisi verecek ve fakat kesin mühlet kararına bağlanan diğer kararların alınmasını ilk derece mahkemesine bırakacaktır.

Kesin mühlet talebini yerinde görmeyen ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi, kesin mühlet talebinin reddiyle birlikte koşulları oluşmuşsa borçlunun iflasına da karar verebilir. İflas kararına karşı kanun yoluna başvurulması, iflasın ilanına ve masanın teşkiline mâni değildir. Yalnız ikinci alacaklılar toplantısı, iflas kararı kesinleşmedikçe yapılamaz (İİK m. 164 f. 3).

2. Mühletin Alacaklılar Bakımından Sonuçları

a. Mühlet Kararının Borçlu Aleyhine Başlatılacak veya Başlatılmış Takipler Bakımından Sonuçları (m. 294 f. 1,2,3)

İİK m. 294' de kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarının ne olduğu düzenlenmiştir. İlgili maddeden çıkartılabilecek genel sonuç, kesin mühlet sürecince alacaklıların haklarının sınırlandırılmış olduğudur. Mühlet içinde borçlu aleyhine Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. Hemen hatırlatmak gerekir ki, borçluya karşı başlatılamayacak veya devam

edemeyecek takipler onun malvarlığına yönelik olan takiplerdir. Borçlunun malvarlığına yönelik olmayan, çocuğun teslimi hakkındaki ilamların icrası yahut kiralanan taşınmazların ilamsız tahliyesi gibi takiplere, konkordato mühleti içerisinde başlanabileceği gibi, daha önce başlamış olan bu tür takiplere devam edilebilecektir¹⁶.

Alacaklıların borçluya karşı takip yapamamalarının en temel gerekçesi, borçlunun bu süreçte konkordato müzakerelerine hazırlık yapabilmesine olanak sağlanması ve alacaklıların baskılarından kurtularak iyileşme olanağının kendisine verilmesidir. Borçluya karşı takip yasağının bir diğer amacı ise alacaklılar arasındaki dengenin ve hakkaniyetin sağlanmak istenmesidir. Şayet alacaklıların takip yapmalarına izin verilirse, belki de bir alacaklı borçlunun malvarlığının önemli bir kısmından alacağını alabilecek fakat borçlunun diğer alacaklılar için fazlaca bir malvarlığı kalmayacaktır. Alacaklıların mühlet içerisinde borçluya karşı takip yapamamalarına karşılık olarak borçlunun da tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır (İİK m.297 f.1). Takip yasağının borçluya sağladığı avantajlarının yanında mühlet içerisinde kendisinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması bir anlamda alacaklı borçlu dengesinin sağlanması amacıyla taşımaktadır. Kesin mühletin alacaklıların hakları bakımından ortaya çıkan etkileri, iflasın açılmasının alacaklıların hakları bakımından doğurduğu sonuçlara yaklaşmıştır.

Mühlet sırasında rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınmaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Muhafaza tedbiri alınmayacak ve satışı yapılamayacak olan rehinli mallar, borçluya ait olanlardır. Şayet borç için üçüncü kişiler tarafından tesis edilen bir rehin bulunmaktaysa, bu durumda muhafaza ve satış yasağı bu rehin hakları için geçerli olmayacak, alacaklı bu tür rehinli alacağı bakımından malların muhafazasını talep edip, satışını isteyebilecektir. Üçüncü kişinin borçlunun lehine rehin tesis etmesi halinde, üçüncü kişiye karşı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabileceği kanaatinde olsak da Yargıtay, iflas erteleme sürecinde üçüncü kişiye karşı da takip başlatılamayacağı kanaatinde¹⁷. Yargıtayın bu görüşünün konkordato mühleti içindeki takipler bakımından da devam etmesi olasılık dahilindedir. Kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Gerek iflas erteleme sürecinde gerekse de konkordato mühleti içinde korunması gereken malvarlığı değeri borçluya ait olanlardır. Konkordato ve

16 Kale, s. 19.

17 12. HD. 01.03.2017 T. E:2016/30194, K:2935; 12. HD. 06.02.2017 T. E: 93, K: 1275. Euyar.com.

iyileştirme projesinin gerçekleştirilmesi ancak borçlunun malvarlığı değerlerinin korunması ile sağlanabilecektir. Borçlu için malvarlığını rehin veren üçüncü kişinin bu aşamada korunması gereken bir menfaati bulunmamaktadır.

Rehinli alacaklar haricinde, takip yasağının istisnası olarak kabul edilen alacaklar 206. maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklardır (İİK m. 294 f. 2). Bu alacaklar bakımından konkordato mühleti içerisinde olsa da takip başlatılabilecek ve başlamış takipler devam edecektir. Mehzaz İsviçre hukukunda bu alacak grupları bakımından da takip yasağı söz konusudur. Bu alacakların konkordatoya tabi olmayıp tamamen ödenecek olması ve ayrıca bu alacaklar için borçlunun teminat göstermek zorunluluğunda bulunması sebebiyle konkordato sürecinde yeteri kadar korunan bu alacakların, mühlet içerisinde takip yasağına takılmamalarının gerekli olmadığı İsviçre hukukunda kabul edilmektedir.

Konkordato mühleti içerisinde komiserin onayıyla meydana gelen alacaklar bakımından da takip yasağı bulunmamaktadır. Mühlet içerisinde komiserin onayıyla oluşan bu alacaklar için borçluya karşı takip başlatılabiliyor, satış yapılacaktır.

Konkordato mühleti içerisinde duran takiplerin konkordatonun tasdikinden sonraki akıbeti konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. İİK m. 308/ç' de konkordatonun bağlayıcı hale gelmesi ile mühlet kararından önce konulmuş ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizlerin hükümden düşeceğini belirtmiş fakat takiplerin akıbeti konusunda sessiz kalmıştır. Konkordato mühletinin verilmesiyle mevcut hacizler düşmemekte; yalnızca mühlet kararı nedeniyle haczin paraya çevrilmesi mümkün olmamaktadır. Kanunda hacizlerin düşmesi hükme bağlanmışsa da başlatılan takiplerin akıbeti konusunda bir açıklık yoktur. Doktrinde bir görüş, konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile -kanunda açıkça yazılı olduğu üzere- sadece hacizlerin kalkacağı, yoksa borçluya karşı başlatılan takiplerin düşmeyeceği kanaatindedir¹⁸. Bu görüşe göre, hacizlerin düşmesi ile borçlu malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecek ve konkordatonun gereğini yerine getirebilecektir. Borçlunun hacizlerden başka takiplerin de düşmesine ihtiyacı yoktur ve takiplerin düşmesine karar verilmesi alacaklıların zararına yol açacaktır¹⁹. Yine konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile takiplerin düşeceğini kabul etmek, konkordatonun gereğinin ifa edilmemesi karşısında alacaklının önceki takibine devam edememesi ve borçluya karşı yeni bir takip başlatmak zorunda kalmasına

18 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt: 4, İstanbul, 1997, (Cilt: 4), s. 3804; Gönen Eriş, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku*, Ankara, 1991, s. 898.

19 Kuru, Cilt: 4, s. 3805.

sebeplendirilecektir ki, bu sonuçta konkordatonun, yalnızca borçlu menfaatlerini koruduğu ve alacaklıların zarar uğratılmasına sebebiyet verdiği kanısını uyaracaktır²⁰. Konkordatonun tasdiki ile mevcut takiplerin düşeceği düşüncesi, konkordatonun temel felsefesinden uzaklaşılmasına sebebiyet vereceği gibi, ticaret hayatının konkordato müessesinden faydalanmasını da güçleştirecektir²¹. Bu görüşün karşısında yer alan düşünceye göre, konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile yalnızca hacizler değil takipler de düşecektir²².

b. Mühlet Kararının Borçlu Aleyhine Tesis Edilen İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararlarının Uygulanması Üzerindeki Etkisi (m.294, f.1)

Borçlunun mühlet içerisinde konkordato projesine hazırlık yapabilmesi için malvarlığı değerlerini kullanması önem arz eder. İhtiyati haciz veya tedbir kararı ile borçlunun ticari faaliyetleri için önem arz eden malvarlığına el konulacak olması, konkordato sürecini bloke edebilecektir. Rahat bir şekilde ticari faaliyetlerine devam edecek borçlunun iyileşmesi mümkün olabilecektir. İşte bu sebeple, konkordatoya tabi alacaklar bakımından borçlunun malvarlığına ihtiyaten haciz veya tedbir konulabilmesi mümkün değildir. Bu yasak, masa alacakları ve imtiyazlı alacaklar açısından geçerli değildir. Aslında bu durum tartışılabilir. Zaten borçlunun teminat göstermek zorunda olduğu alacak gruplarına bir de ihtiyati haciz veya tedbir kararı ile borçlunun mallarına el koyma yetkisinin verilmesi, konkordato sürecini zorlaştırabilecektir.

c. Mühlet Kararının Faiz Üzerindeki Etkisi (m.297 f.3)

Mühlet kararının önemli etkilerinden birisi de konkordato projesi aksine bir hüküm içermediği sürece kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faizin işlememesidir (İİK m. 294 f.3). Görüldüğü üzere, rehinli alacaklar bakımından mühlet kararı içinde faiz işlemeye devam edecektir. Madde gereğince kural olarak rehinle temin edilmemiş alacaklar bakımından faiz işlemeyecek olsa da borçlu ve alacaklılar anlaşarak bu durumun aksini kararlaştırabilirler. Konkordato projesinde öngörülmesi halinde, rehinle temin edilmemiş alacaklar için de faiz işlemeye devam edecektir. Konkordato mühletinin herhangi bir sebeple kaldırılması halinde ise faizler yine geçmişe etkili olarak (ex tunc) işlemeye devam edecektir²³.

Aynı hakların mühlet kararından etkilenmemesi, mühlet kararının aynı

20 Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi*, Konya, 1998, s. 100.

21 Kale, s. 70.

22 Sümer Altay, Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, İstanbul, 2017, s. 792; İlhan Postacıoğlu, *Konkordato*, İstanbul, 1965, s. 121 – 122.

23 Kale, s. 23.

haklar üzerinde değişiklik meydana getirme gücünün bulunmaması sebebiyle rehinli alacaklarda konkordato mühleti içerisinde faiz işlemeye devam edecektir²⁴. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, rehin kısmının aşan alacakların artık adi alacak olarak değerlendirileceği ve aşan kısım için faizin işletilemeyecek olmasıdır.

Konkordato mühleti içerisinde doğan ve masa alacağı olarak kabul edilen alacaklar bakımından da faiz, mühlet içerisinde işlemeye devam edecektir. 206. maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklılar bakımından da konkordato mühleti içerisinde faiz işlemeye devam edecektir.

d. Konkordato Mühletinin Takas ve Mahsup Üzerindeki Etkisi (m.294 f.4)

İflastaki sıkı takas yasakları konkordato mühletinde de geçerli olacaktır. Nitekim 294. maddenin 5. fıkrasında, mühlet sırasında talep edilen takasın İİK'nın 200. ve 201. maddelerine tabi olacağı belirtilmiş ve bu maddelerin uygulanmasında geçici mühlet talebinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Alacaklıların takas hakları bu bent gereğince sınırlandırılmış ve iflasta takası düzenleyen hükümler gereğince konkordato mühleti içerisinde takasın işletilebileceği belirtilmiştir.

e. Konkordato Mühletinin Hacizli Mallar Üzerindeki Etkisi (m.294 f.5)

Konkordato mühletinden önce tatbik edilmiş hacizli mallar için elverdiği ölçüde İİK m. 186 hükmü uygulanacaktır. Kanunun 186. maddesinde iflasın açılmasının mevcut hacizlere olan etkisi düzenlenmiştir. 186. maddenin tam anlamıyla mühlet kararından önce tatbik edilen hacizlerin, konkordato mühleti içerisindeki durumunu ortaya koyacak bir madde olduğu söylenemeyecektir. Konkordato mühletinin, daha önce konulmuş hacizleri kaldırıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Mühlet kararı devam ettiği sürece alacaklının haciz hakkı bâki kalacaktır. Hacizlerin düşmesine sebep olan şey, konkordatonun tasdiki kararıdır (İİK m.308ç). Bu noktada asıl tartışılması gereken husus, muhafaza tedbirlerinin konkordato mühleti içerisinde devam edip edemeyeceği meselesidir. Borçlunun malları mühletten önce haczedilmiş ve mahcuzlar yediemin olarak borçluya bırakılmamış olabilir. Mühlet kararı ile birlikte borçlunun muhafaza tedbirlerini kaldırabileceğini ve haciz devam etmek koşuluyla söz konusu malları kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Bu düşünce konkordatonun ruhuyla da uyumludur. Borçlu bu malları kullanarak ticari hayatına devam edebilecektir. Ancak bu şekilde iyileşme mümkün olabilir ve konkordato projesinin kabul edilebilirliği sağlanabilir. Aksinin kabulü borçlunun ticari hayatının devamına

24 İflasın aynı haklar üzerindeki etkisi bakımından benzer bir düşünce için bkz. Sümer Altay, *Türk İflas Hukuku*, Cilt: 2, s. 943.

mâni olabilecektir. İşte bu sebeplerle, mühlet talebinden önce muhafaza yapılmış malların kullanımı, üzerindeki hacizler bâki kalmak koşuluyla borçluya bırakılmalıdır. Hatta komiser, borçlunun kullanımına bırakılan mahcuzlar için yediemin olarak görevlendirilebilir. Konkordato mühletinden önce hacizli mal satılmış ise mühlet içerisinde de olsa artık satış bedeli borçluya değil, haciz alacaklısına ödenecektir.

f. Konkordato Mühletinin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi (m.294 f.6)

Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise bu devir hükümsüz olacaktır. Bu duruma, borçlunun kira sözleşmesinden kaynaklan ve henüz vadesi gelmemiş olan kira alacaklarının devri konusunda mühlet kararından önce yaptığı bir anlaşmanın, mühlet kararı içerisinde sonuç doğurması örnek olarak gösterilebilir. Bu madde yeni bir düzenlemedir ve mülga konkordato hükümlerinde yer almamaktadır. Değişiklikten önceki konkordato hükümleri çerçevesinde böyle bir tasarruf ortaya çıktığında mülga İİK m. 290 f.2 çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak, işlem hükümsüz kılınabilirdi²⁵. Bu bent kapsamında devrin geçersizliğinden bahsedebilmek için alacağın doğum tarihi önem arz etmektedir.

İlgili bent mehzar kanunda da benzer şekilde yer almaktadır ve İsviçre hukuku bakımından da yeni sayılabilecek bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile borçlu tarafı olduğu müstakbel temliklerin kendisi için yaratacağı olumsuzluklardan rahatlıkla kurtulabilecek, daha uygun koşullarda bozulan mali yapısını düzeltebilecektir. Bu özelliği sebebiyle ilgili bentin iyileşme dostu bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Konkordatonu mahkemece tasdikinden sonra mühletten önce akdedilmiş devirler, tasdikten sonra talep edilebilir hale gelmişse artık bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır. Bu halde, devir sözleşmesi tüm koşullarıyla birlikte tarafları bağlayıcı hale gelecektir²⁶.

g. Konkordatonun Konusu Para Olmayan Alacaklar Üzerindeki Etkisi (m. 294 f.7)

Konusu para olmayan alacaklar, alacaklı tarafından, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komisere bildirilir. Şu kadar ki borçlu, komiserin onayıyla

25 Mülga İİK m. 290 f. 2 şu şekildedir: *Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi halde yapılan işlemler hükümsüzdür.*

26 Hunkeler, Art. 297, Rdn. 29.

taahhüdün aynen ifasını üstlenmekte serbesttir (m.294 f.8). Bu fıkrayı iflasın açılması ile birlikte konusu para olmayan alacakların paraya çevrilmesine ilişkin 198. maddenin benzeri bir düzenleme olarak kabul etmek gerekmektedir. İİK m. 198 uyarınca iflas idaresi konusu para olmayan alacakların paraya çevrilmesi yerine, masasının yararına görmesi halinde borçlu yerine sözleşmenin tarafı olarak sözleşmeye devam edebilecektir. Benzer düzenleme, konkordato mühletinde de vardır ve borçlu, komiserin onayıyla taahhüdün aynen ifasını talep edebilecektir.

Konusu para olmayan alacaklar geçici mühlet tarihi itibarıyla, alacaklı tarafından paraya çevrilecek ve komisere bildirilecektir. Komiser alacaklı tarafından bildirilen rakamı kabul etmek zorundadır. Komiser, bildirilen rakamın doğru olmadığı kanısında ise bu durumu raporunda belirtmek zorundadır. Konusu para olmadığı için paraya çevrilen alacak bir konkordato alacağıdır.

İlgili fıkarda öngörülen borçlunun sözleşmeye devam etme kararı ancak komiserin onayıyla mümkün olabilecektir. Komiserin sözleşmeye devam edilmesine müsaade edebilmesi için, ilgili sözleşmenin devamının konkordato sürecine ve dolayısıyla alacaklıların hukuki durumuna katkı sağlaması gerekmektedir. Komiserin bu konudaki kararı asliye ticaret mahkemesi nezdinde şikâyet konusu olabilecektir. Alacaklılardan herhangi birisi, komiserin sözleşmenin devamı konusundaki onayını asliye ticaret mahkemesine taşıyarak şikâyet konusu yapabilir ve mahkemenin vereceği karar neticesinde bu onayın doğru olmadığı ortaya çıkarsa, komiserin kararı kaldırılır. İsviçre Art. 294 Abs. 9' de sözleşmeye dahil olma kararını komiserin kendi başına verebileceği belirtilmektedir. Bu görüş İsviçre doktrininde eleştirilmekte ve tasarruf yetkisini tamamen kaybetmemiş borçlunun sözleşmenin devamı kararında etkili olması gerektiği, en azından komiserle birlikte bu kararı vermesi gerektiği belirtilmektedir²⁷.

3. Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları

Konkordato mühleti ile bazı avantajlara kavuşan borçlunun, alacaklılarını zarara uğratmaması amacıyla tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Fakat hemen hatırlatmak gerekir ki, iflasta borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen kaldırılmış ve bu yetki kural olarak iflas idaresi tarafından kullanılırken, konkordato süreci içerisinde borçlunun tasarruf yetkisinin tamamen kalktığını söylemek mümkün değildir. Az öncede bahsedildiği üzere bu yetki borçlunun üzerindedir fakat borçlu tasarruf yetkisini komiserin nezaretinde kullanmaktadır. Borçlunun tasarruf yetkisinin konkordato sürecinde devam

²⁷ Hunkeler, Art.297, Rdn. 57.

etmesi yerindedir de, çünkü borçlu bizzat ticari faaliyetlerine devam edecektir ki iyileşmesi mümkün olsun veya konkordato projesinin tasdiki için gerekli hazırlıkları yapabilsin. Mahkeme, bazı işlemlerin komiserin izniyle yapılabileceğine hükmedebileceği gibi, borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetlerini devam ettirmesine karar verebilir (İİK m.297 f.1). Mahkemece alınan bu karar, geçici mühlet kararının yayımlandığı gazetede ve ticaret sicil gazetesinde ilan olunur ve gerekli yerlere bildirilir (İİK m. 297 f. 4).

Genel kural bu olmakla birlikte borçlunun bazı tasarrufları bakımından mutlak bir engel bulunmaktadır. İİK m. 297 f.2 gereğince borçlunun, rehin tesis etmesi, kefil olması, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devretmesi ve takyit etmesi ve ivazsız tasarruflarda bulunması mahkemenin iznine tabidir. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır. Bu gibi önemli tasarruflara izin verilebilmesi için de borçlunun ticari hayatının devamı bakımından bu tasarrufların zorunluluk arz etmesi gerekir. Mahkeme bu tür izinleri verirken alacaklıların menfaatlerini öncelikli olarak değerlendirmek zorundadır²⁸. Madde lafzı gereğince mahkemenin ilgili tasarruflara izin verebilmesi için hem komiserden hem de alacaklılar kurulundan görüş alması zorunludur. Fakat mahkeme bu görüşlerle bağlı değildir. Durum ve koşullara göre mahkeme, alacaklılar kurulunun veya komiserin görüşünden farklı karar verebilir. Alacaklılar kurulunun veya komiserin görüşünden farklı karar veren mahkemenin bu kararının gerekçesini açıkça belirtmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, konkordato mühleti içerisinde borçlunun, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen ortadan kalkmamış sadece sınırlandırılmıştır. Komiser, mahkemenin izni ile gerçekleştirilen işler dışındaki işlerin her birinin alacaklıların menfaati ile uyumlu olup olmadığını, durumun özelliklerine göre araştırmak zorundadır²⁹. Borçlunun tasarruf sınırlandırmalarına uymaması yahut komiserin ihtarlarına aykırı davranması halinde mahkeme, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabilir veya koşulları oluşmuşsa borçlunun iflasına yahut mühletin kaldırılmasına hükmedebilir (m.297 f.2). Kanaatimce, mahkemenin bu kararlardan birini vermeden önce borçluyu, komiseri ve alacaklılar kurulunu dinlemesi yerinde olacaktır. Bu fıkra gereğince dikkat edilmesi gereken husus, mühlet kaldırmamasına rağmen, borçlunun tasarruf yetkisinin kaldırılmasına karar verebilecek olmasıdır.

Borçlunun malvarlığını azaltmaması ve alacaklılar arasındaki dengeyi bozmaması amacıyla komiser onun işlemlerine nezaret edecektir. Komiserin borç-

28 Hunkeler, Art 298 Rdn. 1.

29 Saim Üstündağ, *İflas Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, 2009, s. 239.

luyla talimat vermesi mümkündür. Somut konkordato süreci kapsamında denetim ve kontrol mekanizmalarını komiser oluşturmalıdır. Örneğin komiser, borçlunun para transferlerinde kendi onayını şart koşabilir veya borçlu şirket yönetim kurulu toplantılarına bizzat katılabilir. Tasarrufun iptali davasına konu olabilecek bir işlem, komiserin onayıyla yapılmış olsa dahi iptal edilebilecektir. İsviçre İİK Art. 285 Abs.3 de, mahkemenin veya alacaklılar kurulunun onayıyla yapılan işlemlerin tasarrufun iptali davasına konu olamayacağı belirtilmektedir.

4. Mühletin Borçlunun Tarafı Olduğu Sözleşmelere Olan Etkisi

Konkordatonun, borçlunun tarafı olduğu sözleşmelere olan etkisi m. 296'da düzenlenmiştir. İlgili madde ile borçlunun tarafı olduğu sözleşmeler sebebiyle konkordatoya başvurusunun önündeki engeller kaldırılmak istenmiş ve bu şekilde konkordatoya başvurusunun önü açılmıştır. Maddenin ilk fıkrasının uygulanabilmesi için sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmadan, konkordatonun geçersizliğine ilişkin hükümler yok sayılacak, diğer tarafın haklı nedenle fesih nedeni ortadan kaldırılacaktır. Özellikle de borçluya temel mal veya hizmet sağlayan sözleşmelerin devam etmesi bu şekilde mümkün olabilecektir.

296. maddenin ikinci fıkrasında ise daha radikal bir düzenleme yer almaktadır. Madde gereğince borçlunun tarafı olduğu sürekli sözleşmeler, borçlunun iyileşmesine olumsuz etkilerinin bulunması halinde, karşı tarafın zararının karşılanması koşuluyla her zaman mahkeme kararı ile sona erdirilebilecektir. Bu fesih, olağanüstü bir fesih imkanıdır.

Borçlunun mali durumunu düzelterek ticari hayatına devam etmesi ve bu şekilde ekonomik hayatta varlığını sürdürmesi için tarafı olduğu sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerden kurtulması önem arz edebilir.

Maddenin ilk fıkrası ile borçlunun ticari faaliyetleri bakımından hayati önemi bulunan sözleşmelerin, sadece borçlu konkordatoya başvurdu diye sona erdirilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Gerçekten de borçlunun ticari faaliyetleri bakımından olmazsa olmaz bazı sözleşmeler bulunabilir. Örneğin borçluya hammadde sağlayan veya borçlunun faaliyetleri için önemli olan enerjiyi tedarik eden sözleşmeleri, sadece borçlu konkordatoya başvurdu diye sona erdirmek borçlunun ticari faaliyetlerini noktalaması anlamına gelebilecektir. Bu durum konkordato ile beklenen faydanın da önüne geçecektir.

296. maddenin ikinci fıkrası gereğince borçlunun tarafı olduğu sürekli borç ilişkisinin sona erdirilmesine onay verecek olan mahkemedir. Mahkemenin sözleşmenin feshine onay vermeden önce komiserin görüşünü alması zorunludur. Borçlunun ticari faaliyetlerine nezaret eden komiserin sözleşmenin feshi

konusundaki görüşü mahkeme için oldukça belirleyici bir nitelik taşıyacaktır. Sona erdirilmesi mevzuu bahis olan sözleşmenin devamının konkordatonun amacına olumsuz etki edeceği ve borçlunun bu sözleşme hükümlerini yerine getirmesi halinde konkordatonun işlevsiz kalacağına aşık olması halinde, komiserin beyanları neredeyse mahkeme açısından bağlayıcı nitelik taşıyacaktır. Tarafı olduğu sürekli sözleşmeyi feshetmek isteyen borçlu bu konudaki talebini önce komisere bildirmelidir. Komiserin bu konudaki görüşü açıklığa kavuştuktan sonra borçlunun mahkemeye başvurup sözleşmenin feshini talep etmesi gerekmektedir. Mehz kanunda, sözleşmenin borçlu tarafından feshedilebilmesi için yüksek bir çıtanın belirlendiği, yani sözleşmenin feshinin kolay koşullara bağlanmadığı, borçlunun tarafı olduğu sözleşmenin konkordatonun öngördüğü iyileşme amacını neredeyse imkansızlaştıraraksa bu hakkın borçluya verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Borçlunun tarafı olduğu sözleşmenin iyileşme amacını gerçekleşmesine engel olması (verhindern), zorlaştırması (erschweren), yeterli görülmemekte, sözleşmenin varlığının iyileşmeyi neredeyse imkânsız (verunmöglich) hale getirmesi aranmaktadır³⁰. İyileşmenin gerçekleşmesi bakımından sürekli sözleşmenin feshedilmesi önemli ve esaslı bir unsur ise sözleşmenin feshine imkan tanımak mümkün olabilmelidir.

Koşulları gerçekleşmişse, sözleşme mahkemenin onay tarihi itibarıyla sona erecektir. Sürekli sözleşmeler bu an itibarıyla geleceğe etkili (ex nunc) olarak sona ermiştir. İyileşme veya başka bir sebeple mühlet kararı kaldırılmış olsa dahi artık sözleşme sona ermiştir ve mühlet kararının kaldırılmış olması, sözleşmenin önceki haline avdet etmesini gerektirmeyecektir. Sözleşmenin feshinin eski haline avdet etmemesinin nedeni, fesih kararı ile birlikte artık yenilik doğuran bir hakkın ortaya çıkmış olmasıdır.

Borçlu, sözleşmenin feshi sebebiyle karşı tarafının uğrayacağı tüm zararları tazmin etmek zorundadır. Karşı tarafın sözleşmenin feshi sebebiyle talep edeceği tazminat konkordatoya tabi olacaktır. Yani alacaklı konkordato nisabında dikkate alınacak ve konkordato hükümleri çerçevesinde alacağına kavuşacaktır. Bu tür tazminat alacakları, mühlet içinde komiserin onayıyla gerçekleşen alacaklara yaklaşırsa da 296. maddenin ikinci fıkrasının açık hükmü gereğince masa alacağı olarak kabulü mümkün değildir. Sözleşmenin karşı tarafı olan alacaklının, mahkeme tarafından sözleşmenin feshine onay verilmesinden itibaren 15 gün içinde alacağını komisere bildirmesi halinde (m.299'un kıyasen uygulanması sebebiyle) konkordato projesine oy verme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

30 Hunkeler, Art.297a, Rdn. 16.

IV. Kesin Mühlet Kararından Sonra Komiser Tarafından Yapılacak İşlemler

A. Genel Olarak

Kesin mühlet kararı ile birlikte, kanunda kesin mühlet için öngörülen sonuçlar kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Kesin mühlete bağlanan sonuçların etkisini göstermesi için bu kararın ilan edilmesine veya gerekli yerlere bildirilmesine gerek bulunmamaktadır. İflas kararında olduğu gibi mühlet kararı da derhal etkisini gösteren bir karar türüdür. Kesin mühlet kararı ile tayin edilen komiser, mühlet içerisinde önemli görevler üstlenmiştir. Bu görevlerin belki de en önemlisi, konkordato sürecinin işleyebilmesi için olmazsa olmaz kabul edilen alacaklılar toplantısına hazırlık işlemleri ve toplantının bizzat kendisidir. Geçici mühlette daha pasif bir rolü bulunan komiser, kesin mühlet kararı ile birlikte bir anlamda sahaya inmektedir. Geçici mühlet içerisinde sadece borçlunun işlemlerine nezaret etme görevi bulunan komiserin sonraki süreçte bu görevi ile birlikte, önemli görevleri bulunmaktadır. Komiserin bu süreçteki fonksiyonu aslında konkordatonun tasdikine hazırlık işlemlerinin yapılmasına yöneliktir. Borçluya ait malvarlıkların defterini tutarak bu malların kıymetini takdir eden komiserin kesin mühlet içerisindeki ilk görevi alacaklıları alacaklarını bildirmeye davet etmesidir.

B. Alacaklıların Alacaklarını Bildirmeye Davet Edilmesi ve Bildirilen Alacaklar Hakkında Borçlunun Beyanı

Alacaklılar, geçici mühlet kararının yayınlandığı gazetede ve ticaret sicil gazetesinde komiser tarafından yapılacak ilanla, ilan tarihinden itibaren on beş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunur. İlanın birer sureti, adresi bilinen alacaklılara tebliğ de olunacaktır. Bu ilanda ayrıca, alacaklarını bildirmeyen alacaklıların bilançoda kayıtlı olmadıkça konkordato projesinin müzakerelerine kabul edilmeyecekleri ihtar da yazılır (m. 299).

Bu bildirim yapıldıktan sonra komiser borçluyu iddia olunan alacaklar hakkında açıklamada bulunmaya davet eder (m.300).

Bu çağrının amacı borçlunun pasif malvarlığı değerlerini açıklığa kavuşturmak ve konkordato görüşmelerinde oy kullanacak alacaklıları belirlemektir. Alacaklılar listesi, konkordatonun hazırlanmasında ve tasdik edilmesinde temel rol oynamaktadır. Bildirilmeyen alacaklar, konkordato sürecine etki edebilecek bir rol oynayamayacaklardır.

İlanda bulunan önemli hususlardan birisi de alacaklarını bildirmeyen alacaklıların bilançoda kayıtlı olmadıkça konkordato projesinin müzakerelerine kabul edilmeyeceklerinin ihtar edilmesidir. Mehzaz kanunda ise süresinde ala-

caklarını bildirmeyen alacaklıların oy hakkından mahrum olacakları kendilerine ihtar edilmektedir (Art.300 Abs.1). Görüldüğü üzere, Kanun bu konuda mehazdan ayrılmış ve alacağını zamanında bildirmemeye oy hakkından mahrum olma sonucunu değil, müzakerelere katılmama sonucunu bağlamıştır. Kanaatimce mehaz kanundaki düzenleme daha yerindedir. Mehaz kanuna göre alacağını zamanında bildirmeyen alacaklı yine de alacaklılar toplantısına katılabilecektir. Bu alacaklı sadece oy hakkından mahrumdur. Alacaklılar toplantısına katılan alacaklı, süreç hakkında bilgi sahibi olabilecektir. Bu doğrudur da. Zira her ne kadar alacağını süresinde bildirmemişse de o alacaklıdır ve konkordato projesi kapsamında alacağına kavuşacaktır. Bu şekilde hak sahibi olan kimsenin, müzakerelere katılmasının önünün kesilmesi doğru olmayacaktır. Belirtelim ki, burada yitirilen müzakere katılma hakkıdır, alacağın aslına ilişkin bir kayıp söz konusu olamayacaktır. Bu süre içinde alacak bildirilmese dahi onaylanan konkordato çerçevesinde alacaklıya ödeme yapılacaktır. Mülga m. 298/I, 3'te, süresinde alacağını bildirmeyen alacaklıların, konkordato çerçevesinde ödenecek tutar kadar teminattan mahrum olacakları belirtilmiştir. Yeni düzenlemede, İİK m. 206'ın birinci sırasındaki alacaklılar hariç teminat koşulu kaldırıldığından, süresinde alacağını bildirmeyen alacaklı bakımından teminattan mahrum olmak gibi bir sonuç da ortaya çıkmayacaktır. Rehinli alacaklılar, on beş günlük süre içinde alacaklarını bildirmeseler dahi, rehin haklarını kaybetmeyeceklerdir. Fakat rehinli alacaklıların alacaklarını zamanında bildirmeleri, rehni aşan kısım bakımından önem arz etmektedir. Zira alacağın rehinle temin edilmeyen kısmına ilişkin alacaklının konkordato müzakerelerine katılıp oy kullanabilmesi için on beş günlük süre içinde alacağını komiserlere bildirmesi gerekmektedir.

İİK m. 299 gereğince, bilançoda kayıtlı alacaklıların maddede öngörülen süre içinde komiserlere başvurmalarına gerek bulunmamaktadır. Mehazda ise bilenen alacaklıların da süresi içinde alacak bildirimi yapmaları gerekmektedir (Art 300). Başka bir ifade ile İsviçre hukukunda bilançoda kayıtlı olsalar dahi alacaklıların bir ay içinde bildirmeyen alacaklıların oy haklarının bulunmadığı kabul edilmektedir³¹.

Konkordatoya tabi alacaklar, mühlet kararının ilanından önce var olan veya konkordatonun tasdikinden önce komiserin onayı olmaksızın doğan alacaklardır. Bu kapsamdaki alacaklar arasına olağanüstü fesihle sona eren sürekli sözleşmelerden kaynaklanan tazminat alacakları da girmektedir (m.295). Kesin mühlet içerisinde doğan bir konkordato alacağı, 299. maddenin kıyasen uygulanması ile alacağın doğumunun öğrenilmesinden itibaren on beş gün içinde

31 Hunkeler, Art.300, Rdn.6.

komisere başvurularak ilgili alacağın kaydı yaptırılabilir.

Başvuruları alan komiserin, alacaklıların kimlik bilgilerini, adreslerini, başvuru tarihlerini, alacak sebebini ve miktarını, rehinli alacakların rehin dışında kalmış kısmını, varsa imtiyazlarını gösteren bir liste oluşturması gerekmektedir. Yabancı para cinsinden olan alacakların Türk Lirasına çevrilerek listeye geçirilmesi gerekmektedir.

Komiser, bildirilen alacakları kayıt etmeden önce borçlunun bu alacaklar hakkındaki görüşlerini de alır ve borçlunun kabul etmediği alacaklar, çekişmeli alacak olarak kayıt edilir. Borçlu, bildirilen alacakları kabul edeceği gibi, kısmen veya tamamen reddedebilir. Alacak taleplerini reddeden borçlunun, ret sebeplerini de belirtmesi gerekmektedir.

İflas tasfiyesinde sıra cetvelini düzenleyen iflas idaresinin alacakların kabulüne ve reddine karar verebilme yetkisi bulunmasına rağmen konkordato komiserinin benzer bir yetkisi bulunmamaktadır. Komiserin buradaki rolü tamamen pasiftir ve iflas idaresinin alacakların incelenmesi hakkındaki yetkisine benzemez³². Komiser, bildirilen alacakları kaydetmekle görevlidir³³. Tekrar hatırlatmak gerekir ki, konkordato sürecinde bir alacağa çekişmeli alacak niteliği kazandırma yetkisi sadece borçluya aittir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, konkordato mühleti içinde borçlunun mali tablolarını inceleme fırsatı bulan komiser, hazırlayacağı rapor ile borçlunun gerçek alacakları hakkında alacaklılar toplantısına ve tasdik makamı olan asliye ticaret mahkemesine en doğru verileri sunmak zorundadır³⁴. Borçlunun mali kayıtlarının incelenmesi sonucunda alacak kayıtlarında manipülasyonlar tespit eden komiserin bu durum hakkında alacaklılar toplantısını ve gerekirse mahkemeyi bilgilendirmesi zorunludur. Nitekim İİK m. 300 f.1 gereğince, komiser alacakların varit olup olmadığı hakkında borçlunun defterleri ve belgeleri üzerinde gerekli incelemelerde bulunma ve bu inceleme sonuçlarını mahkemeye bildirmek zorundadır.

Bu şekilde oluşan çekişmeli alacakların konkordatoya katılıp katılmayacakları, katılacaklarsa da hangi oranda katılacakları konkordatoyu inceleyecek mahkeme tarafından belirlenecektir (m. 302 f.6).

C. Borçlunun Mallarının Defterinin Tutulması ve Bu Mallarının Değerinin Belirlenmesi

Konkordato komiseri, görevlendirilir görevlendirilmez borçlunun malları-

32 Postacıoğlu, s. 75.

33 Kale, s. 38.

34 Kale, s. 38.

nın envanterini tutarak bütün bu malların değerlemesini yapacaktır (m.298 f.1). Komiserin burada ki işlevi, konkordatonun tasdiki öncesi hazırlık işlemidir. Borçlunun malları konkordato mahkemesinin bulunduğu yerden başka bir yerde ise bu halde orada bulunan malların değeri bulunduğu yer icra dairesi tarafından da yapılabilir. Fakat bu durum mecburi değildir. Komiser malların bulunduğu yere bizzat gidip, oradaki malların değerlendirilmesini kendisi de yapabilir. Konkordatonun önemli aşamalarından birisi de malların değerinin tespit edilmesidir. Bu değerlemeye göre teklifin malvarlığı ile orantılı olup olmadığı ortaya çıkabilecektir. Ayrıca borçlunun sermaye şirketi ve ortakların sermaye koyma borcunun bulunması halinde, bu konudaki sorumluluğun ne oranda olacağı da malvarlığı değerine göre belirlenecektir.

Komiser, borçlunun üzerinde rehin bulunan malvarlıkları için ayrıca bir kıymet takdiri yapacaktır. Komiser tarafından ayrıca tespit edilen rehinli mallara ilişkin kıymet takdirleri rehinli alacaklılara ve borçluya tebliğ edilecektir. Bu tebliğ alacaklılar toplantısından önce yapılmalıdır. Bu tebliğin amacı, alacaklılara veya borçluya yapılan değerlendirmeye itiraz edebilme imkânının verilmesidir. İİK m. 298 f. 3 gereğince, rehin alacaklısı veya herhangi bir alacaklı yahut borçlu yedi gün içinde ve masrafını önceden vermek kaydıyla, mahkemeden rehinli malların kıymetini yeniden takdir etmesini isteyebilirler. Bu kıymet takdirini de asliye ticaret mahkemesi yapacaktır. Eğer yeni kıymet takdiri bir alacaklı tarafından istenmiş ve takdir edilen kıymet, kayda değer bir şekilde değişmişse alacaklı bu değerlendirme için yapılan masrafları borçludan talep edebilir.

D. Alacaklılar Toplantısı ve Konkordato Dosyasının Mahkemeye İbrazı

1. Alacaklılar Toplantısı

Alacaklıların listesini hazırlayan, borçlunun mallarının envanterini tutup, bu malların kıymetini takdir eden komiser, konkordato projesini müzakere etmek için alacaklıları toplantıya çağırmalıdır. Alacaklılar toplantısından önce komiserin gerçekleştireceği önemli görevlerden birisi de konkordato projesinin hazırlanmasına katkı sağlayacak olmasıdır. Nitekim m. 290 f.2 a' da, bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. İlgili madde gereğince, konkordato projesinin tamamlanmasına katkıda bulunmak komiserin görevleri arasındadır. Komiser, alacaklılar toplantısını 288. madde gereğince ilan etmelidir. Toplantı günü ilandan en az on beş gün sonra olmak zorundadır. İlanda alacaklıların, toplantıdan önceki yedi gün içinde belgeleri inceleyebilecekleri de bildirilir. Ayrıca, ilânın birer sureti adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilir (m.301). Alacaklılar toplantısına komiser başkanlık yapacaktır, komiser süreci bir tutanakla belgelendirmelidir.

Alacaklılar toplantısının yukarıda da belirtildiği gibi birden farklı fonksiyonu bulunmaktadır. Bu fonksiyonlardan ilki, komiser tarafından konkordato süreci hakkında alacaklılara bilgi verilmesidir. Bu bilgilendirme kapsamında borçlunun aktüel malvarlığı değerlerinin ne olduğu da yer almaktadır. Borçlunun müstakbel kazançları ve gelirleri hakkında da alacaklılara bilgi verilmelidir. Alacaklılar, toplantıda konkordato projesini müzakere ederler ve proje hakkındaki görüşlerini bildirirler. Komiserin açıklamaları alacaklıların konkordatonun kabulü veya reddi hakkındaki kararlarına etki edebilecektir. Konkordato projesi borçlu tarafından hazırlanıp, temellendirilir. Fakat bu projenin tamamlanmasına katkıda bulunmak komiserin görevleri arasındadır. Komiser, borçlunun hazırladığı projeye son şeklini verecektir. Kısaca alacaklıların ve borçlunun menfaatlerini eşit şekilde telif etmek zorunda olan komiserin, konkordato projesi hakkında net ve açık bilgilendirmeyi alacaklılara yapması gerekmektedir³⁴.

Konkordatodaki alacaklılar toplantısı, iflastaki alacaklılar toplantısından farklıdır. İflastaki alacaklılar toplantısı, tasfiyeye yön veren önemli bir organdır. İflastaki alacaklılar toplantısının aksine konkordatodaki alacaklılar toplantısında bir büro teşkil edilmez ve toplantı yeter sayısının varlığı aranmaz (m.221 f.1 ve 2). Dolayısıyla konkordatoda alacaklılardan yalnızca biri gelse dahi toplantı yapılır. Zira bu toplantıdaki amaç, borçlunun malvarlığı hakkındaki durumu alacaklılara aktarmak ve alacaklılar ile konkordato konusunda müzakereler yapmaktır. İİK m. 302 f. 4' de oylamadan bahsedilmişse de alacaklılar toplantısında aslında herhangi bir oylama yapılamaz ve karar defteri de düzenlenmez. Sadece toplantı sonunda konkordatoyu kabul veya reddetmek isteyenlerin gösterildiği konkordato tutanağı imzalanır³⁶. Konkordato tutanağını imzalayabilecek alacaklılar, konkordatoya yazılmış olan alacaklılardır. Bilançodan alacaklı olduğu anlaşılan alacaklılar da konkordato tutanağını imzalayabilirler. Konkordatoya yazılmış ve fakat tutanağı imzalamamış alacaklıların konkordatoyu reddettikleri kabul edilmelidir³⁷. İİK m. 290 f.3'ün m.8'e yaptığı atf sebebiyle, konkordato komiserinin, toplantı ile ilgili her türlü bilgi ve verilen yer aldığı bir tutanak hazırlaması gerekmektedir.

Alacaklıların toplantıya katılmaları zorunlu değil iken, borçlunun toplantıda hazır bulunması kanunen zorunludur (m.302 f.2). Borçlu, komiserin sunduğu raporda eksiklikler varsa bunların tamamlanmasına yardımcı olabilir. Mevcut veya müstakbel malvarlığı konusunda alacaklıları daha ayrıntılı bir şekilde bil-

35 Kale, s. 39.

36 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, İkinci Baskı, İstanbul, 2013, (El Kitabı), s. 1478.

37 Kale, s. 39.

gilendirebilir. Borçlu makul bir özrü olmadan toplantıya katılmazsa, komiser, konkordato mühletinin kaldırılmasını (m. 297 f.3), veya mahkemeden konkordatonun tasdik edilmemesini (m. 304 f.1) isteyebilir.

Konkordato projesi yazılı olarak alacaklıların huzuruna sunulmalıdır. Bu şekilde alacaklılar projeyi rahatlıkla inceleyebilecekler, gerekirse proje üzerinde yazılı olarak kendi görüşlerini ortaya koyabileceklerdir. Konkordato projesi, İcra İflas Kanununda öngörülen sınırlamalar dışında serbestçe düzenlenebilmektedir. Projenin mahkemece tasdik edilebilecek bir proje olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile m. 305 de hükme bağlanan tasdik koşulları projede yer almalıdır.

2. Konkordatonun Kabulü için Gerekli Olan Çoğunluk

Konkordato projesinin kabul edilebilmesi için gerek meblağ itibariyle gerekse de alacaklı sayısı itibariyle belirli bir çoğunluğun yakalanması gerekmektedir. Mülga hükümden farklı olarak yeni düzenlemede, tek bir çoğunluk değil, iki şekilde çoğunluk hesabının yapılabileceği öngörülmüştür. Konkordato projesinin kabul edilebilmesi için bu iki tür çoğunluktan birinin varlığı yeterlidir. Başka bir ifade ile alternatifli bir nisap öngörülmüştür. Konkordato projesi, kaydedilmiş olan alacaklıların ve alacakların yarısını veya kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte birini ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş ise kabul edilmiş sayılacaktır (m.302 f.3). Görüldüğü gibi her iki çoğunlukta da alacaklı sayısı ve meblağ itibariyle alacak hesabı dikkate alınmıştır. Özellikle ikinci varyasyonda, sayı itibariyle çoğunluğu eline geçiren alacaklıların konkordato sözleşmesinin kabul edilmesinin önünü kesmelerine mâni olmak amacıyla, büyük alacaklıların kabulüne bir sonuç bağlandığı görülmektedir. Bu halde çoğunluk alacaklılar kabul etmeseler de alacaklıların dörtte birinin kabulü ve meblağ itibariyle alacağın üçte ikisinin yakalanması halinde konkordato kabul edilmiş sayılacaktır. Bu şekilde ana alacaklıların kabul ettiği konkordato kabul edilmiş sayılacaktır. Bir alacaklı birden fazla sebeple borçluya karşı talep hakkına sahipse, alacaklı sayısı itibariyle tek bir alacaklı olarak değerlendirilir. Örneğin alacaklının borçludan haksız fiilden ve sözleşmeden kaynaklı iki farklı talebi de olsa, nisabın bu şekilde tek bir alacaklı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda alacaklı, sayı itibariyle tek alacaklı olarak kabul edilse de alacağının tamamı oylamada dikkate alınmalıdır. Benzer şekilde, alacak devirlerinde de alacağı devralan birden fazla sebepten ötürü alacaklı olsa da, sayı itibariyle tek bir alacaklı olarak kabul edilmelidir. Özellikle belirtelim ki, mühlet kararından sonra gerçekleşen alacak devirlerine ihtiyatla yaklaşılmalı, gerekirse mühletten sonra alacağı devralan alacaklının oy hakkı dikkate alınmamalıdır. Alacaklılar toplantısında veya iltihak süresi

İNİNDE konkordatoyu kabul veya reddeden bir alacaklının görüşünü değiştirip değiştiremeyeceği konusunda Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada özellikle Borçlar Kanunundaki irade sakatlığı halleri dikkate alınabilir ve irade sakatlığının koşulları oluşması halinde verilen oy iptal edilebilir. Doktrinde, konkordatoya kabul oyu veren alacaklıların bu oylarını sonradan redde dönüştüremeyecekleri, fakat ret oyu vermiş alacaklıların sonradan bu oylarını kabul şeklinde değiştirebilecekleri ve bu kabul oyunun konkordato nisabında dikkate alınması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir³⁸. Mühlet içerisinde borçlunun çabalarından etkilenen alacaklılar ret oylarını değiştirerek, konkordatonun mahkemece kabulüne kadar kabul olarak iradelerini farklı bir noktaya taşıyabilirler.

Konkordatoyu kabul etmeyen alacaklılar bakımından artık cebri bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Oylamada sadece konkordato projesinden etkilenen alacaklılar oy kullanabilir. 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacakların alacaklıları ve borçlunun eşi ve çocuğu ile kendisinin ve evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi eşinin anası, babası ve kardeşi alacak ve alacaklı çoğunluğunun hesabında dikkate alınmaz (m. 302 f.4). Bu nitelikteki alacaklıların objektif bir şekilde oy kullanmaları kendilerinden beklenilemediği için kanun koyucu tarafından oy hakkından mahrum bırakılmışlardır. Borçlunun bu maddede sayılan yakınları dışındaki yakınlarının veya örneğin sermaye şirketinden alacağı olan bir ortağın oy hakkının bulunup bulunmadığı meselesi TMK m. 2 kapsamında çözüme kavuşturulmalıdır. Şu halde her ne kadar maddede belirtilmese de borçluyla yakınlığı bulunan alacaklıların oy hakkının bulunup bulunmadığı hususu somut olayın özelliklerine göre mahkemece değerlendirilecektir.

Konkordato mühleti içerisinde komiserin onayı olmaksızın doğan alacaklar da konkordatoya tabi olacaktır. Bu alacakların komisere bildirilmesi gerekmektedir. 299. maddeye kıyasen bu alacakların da doğumundan itibaren on beş gün komisere bildirilmesi gerekmektedir. Bu halde, ilk defa mühlet içerisinde doğan alacaklıların da oy hakkının varlığı kabul edilecektir.

Rehinli alacaklılar da alacaklarının rehinle karşılanan kısmı bakımından oy kullanma hakkına sahip değillerdir. Rehlinli alacaklıların oy kullanma haklarının bulunmaması, onların alacaklılar toplantısına katılmalarına mâni olmayacaktır. Üçüncü kişinin borçlu lehine rehin tesis etmesi halinde, konkordato nisabına dahil olup olmayacağı başka bir ifade ile oy hakkının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Borcun ödenmesi halinde üçüncü

38 Necmeddin Berkin, *İflas Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1966, s. 500.

kişinin borçluya rücu hakkı bulunduğundan, üçüncü kişinin oy hakkına sahip olduğu ve onun alacağının da konkordato nisabına dahil edilmesi gerektiği kabul edilmelidir³⁹.

Kamu alacakları da konkordatodan etkilenmeyeceği için oy hakları bulunmamaktadır.

Çekişmeli veya geciktirici koşula bağlı yahut belirli olmayan bir vadeye tabi alacakların hesaba katılıp katılmamasına ve ne oranda katılacağına konkordatoyu inceleyecek mahkeme karar verir. Şu kadar ki bu iddialar hakkında ileride mahkemece verilecek hükümler saklıdır (m.302 f.6). Çekişmeli alacakları inceleyecek olan mahkeme, hızlı bir yargılama faaliyeti gösterecek, alacağın gerçekten mevcut olup olmadığı, işin esasını inceleyecek mahkemeye ait olacaktır. Nizalı alacaklar konusunda mahkemenin vereceği karar, konkordato süreci içinde alacaklıya oy veya teminat hakkı tanınıp tanınmayacağı (ki teminat hakkı kanuni olarak İİK m. 206'da ki birinci sıradaki alacaklar için öngörülmüştür. Borçlunun konkordato teklifinde teminat söz konusu ise bu durumda da mahkeme teminata ilişkin bir hüküm tesis etmelidir) sorununa bir çözüm bulacaktır. Mahkeme alacaklının ibraz ettiği belgelerle ve gerekli görmesi halinde bilirkişi incelemesi ile derinlemesine bir araştırma yapmadan kararını verecektir. Mahkeme, bu aşamada derinlemesine bir inceleme yapmayacağı için tesis edeceği hüküm kesin hüküm etkisini haiz olmayacaktır. Bu tür alacakların konkordatoya dahil olup olmayacağına karar verecek olan mahkeme, gerekirse komiserin bu konudaki görüşünü de alabilir.

Komiser, alacaklıların konkordatoyu kabul edip etmediklerini, müzakerelerin sonunda konkordato tutanağına geçirir. Belirtelim ki, alacaklılar, alacaklılar toplantısının yapıldığı gün konkordato projesi hakkında görüşlerini açıklamak zorunda değillerdir. Toplantının bitiminden itibaren yedi gün içinde (ki bu süre kanunda iltihak süresi olarak anılmaktadır) de konkordatoyu kabul veya reddettiklerini belirtebilirler (m.302 f.7). İltihak süresi ile adeta alacaklılara yedi gün daha düşünme imkanı tanınmaktadır.

3. Konkordato Dosyasının Komiser Tarafından Mahkemeye Sunulması

Komiser, iltihak süresinin bitmesinden itibaren en geç yedi gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri, konkordato projesinin kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi eder (m.302 f.son). Komiserin raporunda borçlunun malvarlığı, gelirleri ve özellikle de konkordatoyu hangi alacaklıların kabul edip hangilerinin kabul etmediği konusunda açık verilerin bulunması gerekmektedir. Kabul edilme-

39 Kale, s. 57.

yen alacak taleplerinin sebebinin de raporda belirtilmesi gerekmektedir. İİK m. 206' nın birinci sırasındaki alacaklar ve mühlet içerisinde komiserin onayı ile doğan alacaklar bakımından gerekli olan teminatların ne olduğunun da raporda gösterilmesi gereklidir. Komiserin açık bir liste ile hazırladığı bu veriler, konkordatonun tasdiki yargılamasında mahkemenin işini kolaylaştıracaktır. Bu belgelerin yanında rapora eklenmesi gereken bir kısım belgeler de bulunabilir. Bu belgele arasında, borçluya verdiği talimatları gösteren bir çizelge, 298. madde uyarınca tutulması gereken defter ve malların kıymetinin gösteren tablo, mühlet içerisinde yapılan harcamalar ve elde edilen gelirler, alacaklılar toplantısı tutanağı, konkordato projesi yer almalıdır. Komiser, konkordatonun tasdik edilmesi veya edilmemesi yönündeki kişisel kanaati de raporunda belirtir.

Komiser hem konkordato dosyasını hem de gerekçeli raporunu kesin mühlet içinde mahkemeye sunmalıdır. Aksi takdirde mühletin etkileri kendiliğinden ortadan kalkacaktır⁴⁰. Komiser mühlet kararı dolduktan sonra dosyayı mahkemeye sunarsa, mahkeme, konkordatonun tasdiki talebini, mühlet bittikten sonra raporun sunulmuş olması sebebiyle reddeder⁴¹. Bu halde komiserin hukuki sorumluluğunun bulunduğu açıktır⁴².

V. Konkordatonun Tasdiki Yargılaması ve Alacaklıların İtirazları

A. Konkordatonun Tasdiki Yargılaması

Konkordato dosyasını alan mahkemenin tasdik yargılamasına başlaması gerekmektedir. Belirtelim ki, komiserin konkordato teklifi hakkındaki raporu olumsuz olsa veya konkordato nisabı sağlanamamış dahi olsa komiser dosyayı mahkemeye sunmak zorundadır⁴³. Konkordatonun kabulü veya reddi konusunda nihai merci mahkemedir. Konkordatonun tasdiki, tasdik aşamasındaki koşullara göre değerlendirileceğinden, komiserin raporundan sonraki dönemde konkordatonun akibetinde önemli değişiklikler meydana gelebilir. Örneğin konkordatoya ret oyu vermiş ve nisabı etkileyecek alacaklı ve alacaklılar görüşlerini değiştirmiş olabilirler. Benzer şekilde, konkordatoya iltihak süresinden

40 Hunkeler, Art. 304, Rdn. 7.

41 Altay, Eskiocak, s. 653.

42 Kuru, bu halde sorumluluğun vekilin hukuki sorumluluğu hükümlerine göre çözülmesi kanaatinde iken, Altay, Eskiocak, komiserin bu aşamadaki sorumluluğu için haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindedir (Kuru, Cilt: 4, s. 3668; Altay, Eskiocak, s. 314). Kanaatimce, komiserin buradaki sorumluluğunu haksız fiil hükümlerine göre çözmek daha isabetli olacaktır.

43 Kale, s. 44.

sonra da alacaklılar katılmış olabilir⁴⁴. İşte bu gibi değişiklikleri dikkate alarak mahkemenin, konkordatonu tasdiki hakkında nihai kararını tesis etmesi gerekir⁴⁵. Bu aşamada mahkeme, komiserin raporunu yetersiz görürse, raporun tamamlanmasını, eksikliklerin giderilmesini komiserden isteyebilecektir.

Mahkeme incelemesini mutlaka duruşmalı olarak yapacaktır ve duruşma gününü İİK m. 288' e göre ilan edecektir. Mahkemenin, bu duruşmaya komiseri davet edip, dinlemede büyük fayda vardır. Her ne kadar mahkemeye sunduğu ayrıntılı raporunda komiser konkordato hakkında görüşlerini beyan etse de, konkordato sürecin önemli bir aşaması olan tasdik duruşmasında komiserin de bulunması gerekir. Borçlunun bizzat duruşmada yer almasına kanaatimce gerek bulunmamaktadır. Fakat mahkeme gerekli görürse bizzat borçluyu da duruşmaya davet edebilir. Tasdik kararına rağmen rehlin paraya çevrilmesinin bir yıl erteleneceği veya finansal kiralama konusu malların tesliminin erteleneceği durumlarda mahkeme, ilgili alacaklıları da duruşmaya davet eder (m. 307).

Yukarıda belirtildiği üzere mahkemenin konkordatonu tasdikine ilişkin kararını kesin mühlet içinde vermesi gerekmektedir. Mahkemenin, kesin mühlet içinde bir karar veremeyeceği anlaşılırsa, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alınarak, karar verilmeye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verilebilir. Fakat her halükârda bu süre altı aydan fazla olamaz (İİK m. 304 f.2).

B. Alacaklıların İtirazları

Alacaklıların tamamının tasdik duruşmasında bulunmasını beklemek, önemli sorunlara sebep olabilir. Özellikle alacaklı sayısının yüzlerle ifade edildiği konkordatolarda, tüm alacaklıların duruşmada yer alması tasdik yargılamasının uzamasına sebebiyet verecektir. İşte bu sebeplerle İİK m. 304 f. 1 uyarınca, konkordatoya itiraz eden alacaklılar, itiraz sebeplerini duruşma gününden en az üç gün önce yazılı olarak bildirmeleri koşuluyla duruşmada bulunabileceklerdir. Tasdik duruşmasından üç gün önce alacaklıların itirazlarını bildirmek zorunda olmaları bu duruşmanın kısa bir süre içinde bitirilmesi amacıyla. İtiraz etme hakkı bulunan alacaklılar sadece alacaklılar toplantısına katılıp itiraz eden veya iltihak süresi içinde itiraz eden alacaklılar değil,

44 Kanaatimce, komiserin onayı olmadan mühlet içerisinde doğan alacaklıların da konkordato nisabına dahil olması gerekmektedir. Bu alacaklılar, alacaklarının doğumundan itibaren on beş gün içerisinde alacak kayıtlarını yaptırılmaları gerekmektedir. Şüphesiz ki, bu tür alacaklar bakımından konkordatoya dahil olma süreci, mahkemenin tasdik kararına kadardır.

45 Postacıoğlu, s. 92. Bu görüşün aksini savunmakta mümkündür. Yani mahkemenin sadece iltihak süresi içinde yapılan katılımları dikkate alıp karar vermesi, sonradan yapılacak manipülasyonlara mâni olabileceği gibi, konkordatonun tasdiki sürecini uzatmayacaktır.

bu süreçte ret oyu kullanmasa da sessiz kalmasına ret sonucu bağlanan tüm alacaklılardır. Alacaklılar, konkordato koşullarının oluşmadığını, uydurma alacaklarla konkordatonun kabul ettirilmek istendiğini, borçlunun sunduğu bilançoda eksiklikler bulunduğunu, borçlunun malvarlığını eksik bildirdiğini ileri sürerek itiraz edebilirler.

Alacaklılar itirazlarıyla ya konkordatonun tasdikine mâni olmak isteyecekler ya da konkordato şartlarının kendileri açısından düzeltilmesini isteyebileceklerdir⁴⁶. İİK m. 308a hükmü alacaklıların itirazına önemli bir sonuç bağlamıştır. Madde gereğince konkordato hakkında verilen hükme karşı istinaf ve temyiz yoluna başvurmak isteyen alacaklının daha önce konkordatoya itiraz etmiş olması gerekmektedir.

Konkordato görüşmelerine katılmamasına rağmen duruşmada konkordatoya itiraz eden alacaklının alacağına borçlunun itiraz etmesi halinde, bu alacağın konkordatoya dahil olup olmayacağına mahkeme karar verecektir. Herhalde tasdik yargılamasının özelliği gereği mahkemenin kısa süre içinde bu itirazı sonuçlandırması gerekmektedir.

Konkordatoya kabul oyu kullanmış alacaklıların itiraz etmeleri mümkün olmamalıdır. Onlar sadece, kabul oyu kullanırken iradelerinde esaslı bir hatanın varlığını ileri sürerek itiraz edebilirler⁴⁷.

İİK m. 304 f. 1 gereğince mahkeme kısa bir zamanda ve her halükârda kesin mühlet içinde kararını vermek zorundadır. Konkordatonun tasdiki yargılaması, HMK m. 382/II f.7 gereğince çekişmesiz yargı işi olarak belirlenmiştir. Yine HMK m. 385 uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanacaktır ve bu yargılamada re'sen araştırma ilkesi geçerli olacaktır. Hemen belirtmem gerekir ki, konkordatonun tasdiki bir çekişmesiz yargı işi ise de alacaklılardan birinin itirazı halinde tasdik yargılaması çekişmesiz yargı işinden çıkıp, çekişmeli yargı işine girecektir⁴⁸. Konkordatonun tasdiki yargılamasına yapılacak müdahale isteklerini de bu açıdan değerlendirmek gerekir⁴⁹. Yani artık tasdik yargılamasına bir alacaklı itiraz etmişse, ortada çekişmeli yargılama işi vardır ve fer'i müdahaleye bu aşamadan sonra cevaz vermek gerekir.

46 Postacioğlu, s. 92.

47 Hunkeler, Art 304, Rdn. 10.

48 Baki Kuru, Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", *İBD*, Cilt: 85, 2011/5, s. 29.

49 Kale, s. 45.

C. Konkordatonun Kabulü ve Reddi Kararı

1. Konkordatonun Kabulü Kararı

302. madde çerçevesinde alacaklılarca kabul edilen konkordatonun tasdik edebilmesi için bazı koşulların varlığı aranmalıdır. Mahkeme ancak 305. maddede öngörülen koşullar varsa konkordatoyu tasdik edecektir. Konkordatonun tasdik edilebilmesi için bu koşulların kümülatif olarak bir arada olması gerekir. Bu koşullardan ilki maddenin ilk fırcasının a bendinde düzenlenmiştir. İlgili bent gereğince adi konkordatoda teklif edilen tutar, borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktardan fazla olmalıdır. Maddenin b bendinde ise teklif edilen tutarın borçlunun kaynaklarıyla orantılı olması koşulu düzenlenmiştir. Aslında bu iki bendi birlikte değerlendirmek gerekmektedir⁵⁰. Çünkü her iki bentle hedeflenen amaç aynıdır. Konkordatonun alacaklıları iflastan daha kötü bir noktaya taşımaması gerekir. Borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçecek meblağ, konkordato teklifinden daha fazla olacak ise konkordato tasdik edilmeyecektir. Mahkemenin bu noktadaki fonksiyonu, konkordato projesinin içeriksel olarak denetlenmesidir. Bu denetimin asıl nedeni de, konkordatoya olumlu oy vermemiş veya alacaklarını bildirmemiş alacaklıların korunmasıdır. Zira bu alacaklılar da konkordato ile bağlıdır. İşte aslında konkordatoya tabi olsa da kabul oyu kullanmayan veya alacaklarını bildirmeyen azınlığın korunması gerekmektedir. Netice itibarıyla burada korunan, alacaklıların “en iyi menfaatleri” olmalıdır. Mahkeme konkordato projesini bu açıdan değerlendirmeli, bütün alacaklıların en iyi menfaatlerinin korunacağı bir projeyi tasdik etmelidir. Mahkemenin tasdik yargılamasındaki işlemlerinden birisi de alacaklıların en iyi menfaatlerinin korunması testi olacaktır. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, tasdik yargılamasında karar aşamasına yakın bir dönemdeki borçlunun malvarlığı değerlerini hesaba katmalıdır. Mahkeme ayrıca iflasın borçlu açısından doğuracağı olumsuzlukları da dikkate almalıdır. Örneğin, borçlunun mallarının iflas tasfiyesinde satılması halinde muhammen bedelinin yüzde ellisine satılması ihtimalini göz önünde bulundurmalıdır. Aslında çoğu kez konkordato alacaklılar açısından iflastan daha avantajlı bir sonuç doğuracaktır. Genel kabulün bu doğrultuda olması gerekmektedir⁵¹. Aksini iddia eden tarafın bu iddiasını ispat etmesi gerekmektedir.

Borçlunun malvarlığı değeri hesaplanırken müstakbel alacakları da dikkate alınmalıdır. Örneğin borçlunun payına düşecek bir miras hissesi bu kapsamda bir beklenen alacaktır. Beklenen alacakların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği

⁵⁰ Kale, s. 49.

⁵¹ Hunkeler, Art 306, Rdn. 13.

veya miktarının ne olacağı, tespiti zor bir durumdur. Bu halde somut olayın özelliklerine göre mahkemece bir değerlendirme yapılmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, borçlunun malvarlığı borçlarının tamamını karşılayacak değerde olmasına rağmen malvarlığının paraya çevrilmesinde güçlükler bulunmakta ise artık bu halde borçlunun tenzilat konkordatosu değil, vade konkordatosu teklif etmesi gerekir⁵². Malvarlığı borçlarının tamamını karşılamaya yeten borçlunun ihtiyacı olan şey zamandır. Bu durumda borcun tamamı (faizler dahil) vadeye yayılmış şekilde ödenmeli ve bu sebeple borçlu, alacaklılarına vade konkordatosu teklif etmelidir. Aksinin kabulü hem borçlunun teklifinin malvarlığı ile orantılı olmadığı hem de alacaklıların iflastan daha kötü bir noktaya geleceği sonucunu doğurur ki bu durumda konkordatonun tasdiki talebinin reddi sonucunu doğuracaktır.

Konkordatonun tasdik edilebilmesi için gerekli olan bir diğer koşul ise borçlunun bazı alacaklıların alacaklarını güvence altına almak için teminat göstermek zorunda olmasıdır. İİK m.305 f. 1 bent d uyarınca, 206 ncı maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesinin ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklılar bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması gerekmektedir. Bu alacaklıların alacakları tamamen ödendiği için konkordatoya tabi değildirler. Borçlunun konkordato mühleti içerisinde yeni kreditorler bulabilmesi için, mühlet içerisinde akdedilen sözleşmeler için teminat göstermesi gerekmektedir. Aksi halde, konkordato sürecinde olan kimse ticari ilişkiye girecek kimseler bulunamaz.

Mülga hükümden farklı olarak, yeni düzenlemede borçlunun göstermesi gereken teminatın kapsamı oldukça dar bir kapsamda çizilmiştir. Önceki düzenlemede (İİK m. 298 f.1) konkordatoya yazılmış bütün imtiyazsız alacaklılar ile tüm imtiyazlı alacaklılar için bu alacaklılar vazgeçmediği sürece teminat yatırılması gerekmekteydi. Oysa yeni düzenlemede teminatın kapsamı oldukça dar çerçevede çizilmiş, sadece 206. maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklılar ile konkordato mühleti içinde komiserin izniyle akdedilmiş alacaklılar açısından (bu alacaklılar açıkça vazgeçmedikçe) teminat yatırılması zorunlu hale getirilmiştir. Teminat, bu tür alacaklıların tamamını karşılayacak kadar olmalıdır.

Konkordatonun tasdiki için gerekli olan teminatın, komiserin konkordato raporunu mahkemeye sunmadan önce yatırması gerekmektedir. Mahkeme, borçlu tarafından yatırılan teminatın yeterli olup olmadığını resen gözetmelidir. Şayet teminat konusunda bir eksiklik mevcutsa mahkeme bu eksikliğin

52 Altay, Eskiocak, s. 95; Kuru, Cilt: 4, s. 3603.

giderilmesi için borçluya kısa bir süre vermelidir.

Konkordatonun tasdik edilebilmesi için gerekli olan koşullardan sonuncusu ise konkordatonun tasdikinin gerektirdiği yargılama giderleri ile konkordatonun tasdiki durumunda alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para üzerinden alınması gereken harcın, tasdik kararından önce, borçlu tarafından mahkeme veznesine depo edilmiş olmasıdır (m.305 f.1 b.e). Harçlar Kanununda yapılan değişiklik ile konkordatonun tasdik edilebilmesi için alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para üzerinden yatırılacak nispi harç binde 2,27 olarak değiştirilmiştir. Şayet rehinli alacakların çoğunluğuyla rehinli alacaklar için de konkordato hükümleri geçerli olacaksa, yapılandırma sonunda rehinli alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para üzerinden binde 1,13 oranında harcın yatırılması gerekmektedir (Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı Tarifenin “B) İcra ve iflas harçları:” başlıklı bölümün “II-İflas harçları:” başlıklı alt bölümünün (2) numaralı fıkrasının (b) bendi). Tasdik kararından önce borçlunun harcı yatırması gerekmektedir. Aksi halde konkordato talebi reddedilecektir.

Mahkeme, tasdik yargılamasında konkordato projesini kontrol edecek, konkordato sürecinde yapılması gereken işlemlerin zamanında ve kanuna uygun olarak yapılıp yapılmadığını denetleyecektir. Şekli inceleme kapsamında yapacağı en önemli tespit, komiserin süresi içinde dosyayı kendisine teslim edip etmediğidir. İçerik olarak dikkatle araştırması gereken husus ise borçlunun alacaklılar arasındaki dengeyi koruyup korumadığıdır. Tasdik yargılaması esnasında konkordatonu feshi (308/f) sebeplerinden birisi gündeme gelmişse, mahkeme tasdik talebini reddedecektir. Konkordatonun feshi sebebi ilgililerden birisi tarafından ileri sürülebileceği gibi mahkeme de sebebin varlığını resen dikkate alabilir⁵³.

Tasdik yargılamasında mahkeme, komiserin raporunu, alacaklılar toplantısı kararlarını ve huzurunda alacaklılar tarafından yapılan itirazları değerlendirmeye tabi tutarak bir karar verecektir. Bu değerlendirmeden sonra mahkeme borçlunun teklifinin yetersiz olduğu kanaatine varırsa, teklifin artırılmasını borçludan isteyebilecektir (m. 305 f.2). Bu aşamada mahkeme takdir yetkisini kullanmaktadır. Konkordatonun tasdik şartları tamamen sağlıklı bir şekilde mevcut değilse hâkim zaten konkordatoyu tasdik etmeyecektir⁵⁴. Ancak konkordatonun tasdiki için gerekli olan tüm şartların varlığına rağmen hâkim resen veya alacaklılardan birinin talebi üzerine, konkordato teklifinin yeterli olmadığı kanaatine varırsa, gerekli gördüğü düzeltmeyi yaparak, konkordatonun hakkaniyete uygun ve tüm alacaklılar için adil hale gelmesini sağlayabi-

53 Hunkeler, Art. 306, Rdn. 43.

54 Kale, s. 55.

İİK m. 305 f.2, “düzeltmenin yapılmasını isteyebilir” diyerek, konkordato oranı konusunda takdir yetkisinin hâkimde olduğunu belirtmiştir. Madde metninden hâkimin sadece teklif edilen oran bakımından düzeltme yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında projede yer alan hususların içeriksel değişimi veya düzeltilmesi, mahkemenin görev tanımı dışına çıkmaktadır. Yani tasdik merciinin buradaki fonksiyonu, şikayet yoluyla icra dairesinin işlemlerini denetleyen icra mahkemesinin fonksiyonundan tamamen farklıdır. Tasdik makamının projenin esas ve içeriği hakkında düzeltme ve tamamlama istememesi gerekmektedir.

2. Konkordatonun Reddi Kararı

İİK m. 308 uyarınca, konkordato tasdik edilmezse mahkeme konkordato talebinin reddine karar verir ve bu karar 288 inci madde uyarınca ilan edilerek ilgili yerlere bildirilir. Borçlunun iflasa tabi şahıslardan olması ve doğrudan doğruya iflas sebeplerinden birinin mevcut olması halinde mahkeme, borçlunun iflâsına re’sen karar verir.

Mülga konkordato hükümlerinde, konkordatonun reddi halinde tacir olsun veya olmasın tüm borçluların iflasına karar verileceği düzenlenmekteydi. Bu tercih yeni konkordato hükümlerinde yer bulmamıştır. Yani artık mevcut düzenleme ile sadece iflasa tabi borçlunun konkordatonun reddi halinde iflası gündeme gelecektir. Tacir borçlunun iflasına karar verebilmek için, konkordatonun reddi başlı başına yeterli değildir. İİK m. 308 gereğince, tacir borçlunun iflasına ancak doğrudan doğruya iflas koşullarının oluşması halinde karar verilebilecektir. Örneğin borca batık bir sermaye şirketinin konkordato talebinin reddedilmesi halinde mahkeme, konkordato talep eden şirketin iflasına karar vermek zorundadır. Görüldüğü üzere borçlunun tacir olması ve doğrudan doğruya iflas sebeplerinin bulunması halinde, konkordatoyu tasdik etmeyen mahkeme, borçlunun iflasına karar verecektir. Oysa mülga İİK m. 301 f.1 de, borçlunun iflasına karar verilebilmesi için alacaklılardan birinin talebi gerekliydi. Yine mülga hükme göre, konkordato talebi reddedilir edilmez alacaklının iflas talep edebilmesi mümkün değildi. İlgili düzenleme gereğince, önce konkordatonun reddi kararının kesinleşmesi, sonra da bu kararın ilan edilmesi, daha sonra ise ilandan itibaren on gün içinde alacaklının borçlunun iflasını talep etmesi gerekmektedir. Oysa İİK m. 308 gereğince mahkeme koşulların oluşması halinde resen iflas kararı vermek zorundadır. Bu konuda alacaklılardan birinin veya borçlunun talebine ihtiyacı yoktur. Mühlet içerisinde de 292. maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde tasdik kararından önce borçlunun iflasına karar verilebilir. Burada da borçlunun konkordato sürecini devam ettirip ettirmeme isteğine bakılmaksızın koşulların oluşması halinde mahkemece re’sen

iflasa karar verilebilecektir.

VI. Tasdik Edilen Konkordatonun Hükümleri

A. Konkordatonun Tasdiki Kararının Alacaklıların Hakları Üzerindeki Etkisi

Konkordatonun tasdiki için gerekli olan koşulların tamamının gerçekleşmesi halinde mahkeme konkordatoyu tasdik edecektir. Koşulları tamamen gerçekleşen konkordatonun tasdik edilmesi zorunludur ve mahkemenin bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır⁵⁵. Fakat hemen hatırlatmak gerekir ki, mahkeme koşulları oluşan konkordatoyu tasdik etmek zorunda ise de, borçlunun teklif ettiği oranın alacaklıların menfaatine uygun olmaması veya vadelerin çok uzun olması halinde konkordatonun revize edilmesi mahkemece istenebilir.

Konkordatonun tasdiki kararı ile birlikte konkordato bağlayıcı hale gelecektir. Borçlu, konkordato projesinde konkordato hükümlerinin tasdik kararının kesinleşmesi ile bağlayıcı hale geleceğini belirtmiş ve bu konkordato mahkemece tasdik edilmişse, konkordato, tasdik kararının kesinleşmesiyle etkilerini gösterecektir (m.308/c).

Bağlayıcı hale gelen konkordato, konkordato talebinden önce ve mühlet içerisinde komiserin onayı olmaksızın doğan tüm alacaklar bakımından mecburi hale gelmektedir (m.308/c f.2). Konkordatonun bu alacaklılar bakımından bağlayıcı/mecburi olmasından kastedilen ise borçlunun projede sunduğu ödeme planı ile bu alacaklıların da bağlı olmasıdır. Söz konusu alacaklılar konkordatoya kabul oyu vermeseler dahi borçlunun sunmuş olduğu ödeme planı çerçevesinde alacaklarına kavuşabileceklerdir. Benzer şekilde, alacaklarını süresi içerisinde komisere bildirmemiş alacaklılar da konkordatoya tabi olacaktırlar. Genel kural bu olmakla birlikte, konkordato ile bağlı olmayan alacaklılar da bulunmaktadır. İİK m.308/c f.3 uyarınca, 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar, rehinli alacakların rehin kıymetini karşılayan tutarları ve 6183 sayılı Kanun kapsamındaki amme alacakları, konkordatoya tabi olmadan yani borçlunun ödeme planı ile bağlı olmaksızın tamamen ödenecektir. Konkordato ile bağlı olmayan alacaklıların bir kısmı ise yine aynı maddenin son fıkrasında açıklığa kavuşturulmuştur. İlgili hüküm gereğince, konkordato mühleti içerisinde komiserin onayıyla akdedilmiş borçlar ile karşı edimin ifasını komiserin izniyle kabul eden borçlunun taraf olduğu sürekli borç ilişkilerindeki karşı edimler de konkordatoya tabi olmadan ödenecektir. Bu alacaklılar aslında pek doğru olamayacak bir terimle masa alacağı olarak tanımlanmakta-

55 Kale, s. 61.

dır. Bilindiği üzere konkordato sürecinde, iflas tasfiyesinde olduğu gibi borçlunun aktif ve pasiflerinden masa teşekkül etmediği için masa alacağından söz etmek mümkün olmamalıdır. İflas tasfiyesine benzer bir nitelik taşıdığı, süreç içerisinde doğan bir alacak olduğu için mehzada kullanıldığı gibi hukukumuzda da mühlet kararı içinde doğan alacaklar, masa alacağı olarak kabul edilmektedir. Bu tür alacaklar bakımından ortaya çıkan belki de en önemli sonuç, konkordato mühleti içerisinde bu alacaklıların borçluya karşı takip başlatma yetkilerine sahip olmalarıdır. Mühlet içerisinde borçluya karşı takip başlatma yetkisine sahip olan masa alacaklıları, gerekirse borçlunun mallarını haczedip satabileceklerdir. Yine bu alacaklıların alacaklarına mühlet içerisinde faiz işlemeye devam edecektir. Komiserin ücret alacağı da masa alacağı gibi değerlendirilen bir alacak türüdür.

6183 sayılı Kanun kapsamındaki kamu alacakları konkordatoya tabi olmadan tam olarak ödenecek alacaklardır. Kamu alacakları konkordatoya yazdırılsın ya da yazdırılmasın, konkordatonun zorunluluğu kuralının istisnası olmaya devam eder. Başka bir ifade ile bu tür alacaklar tam olarak ödenecek, konkordatodan zaman ve miktar açısından etkilenmeyecektir.

İmtiyazlı alacaklardan da sadece birinci sırada belirtilen alacaklar konkordatoya tabi olma kuralının istisnasını oluşturur. Bu alacaklar da miktar bakımından sınırlamaya tabi olmadan tam olarak ödenir. Maddenin ikinci ve üçüncü sırasında belirtilen alacaklar ise konkordatoya tabi olmaktadır.

B. Konkordatonun Tasdiki Kararının Mühlet Kararından Önce Başlamış ve Henüz Sonuçlanmamış Takiplere Olan Etkisi

Konkordatonun taraflar için bağlayıcı hale gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takiplerde konulan ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürür (m.308/ç). İİK m. 308/ç hükmü dikkate alındığında, konkordatonun tasdiki ile sadece hacizlerin düşeceği, takiplerin ise ayakta kalmaya devam edeceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Konkordato mühletinin verilmesi ile borçluya karşı mühlet kararından önce başlatılan takiplerde uygulanan hacizler düşmemekte; yalnızca mühlet kararı nedeniyle haczin paraya çevrilmesi mümkün olmamaktadır. Hacizleri düşüren doğrudan doğruya konkordatonun tasdiki kararıdır⁵⁶. Kanaatimce hacizlerin düşmesi için konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi gereklidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi madde metninde tasdik kararı ile birlikte hacizlerin düşeceği belirtilmişse de, mühlet kararından önce başlatılan takiplerin akibeti konusunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş, kon-

⁵⁶ Postacioğlu, s. 120.

kordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile -kanunda açıkça yazılı olduğu üzere- sadece hacizlerin kalkacağı, yoksa borçluya karşı başlatılan takiplerin düşmeyeceği kanaatindedir⁵⁷. Bu görüş uyarınca borçlu, malları üzerinde hacizlerin kalkması ile bu mallar üzerine serbestçe tasarrufta bulunabilecek ve konkordatonun gereklerini yerine getirebilecektir. Borçlunun hacizlerden başka takiplerin de düşmesine ihtiyacı yoktur ve takiplerin düşmesine karar verilmesi alacaklıların zararına yol açacaktır⁵⁸. Yine konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ile takiplerin düşeceğini kabul etmek, konkordatonun ifa edilmemesi karşısında (ve hatta feshinde) alacaklının eski takibe devam edememesi ve yeni takip başlatması sonucunu doğuracaktır ki, bu da konkordatonun yalnızca borçlu menfaatini koruduğu ve alacaklıların zararına hareket edildiği intibamı uyandıracaktır⁵⁹. Bu durum konkordatonun temel felsefesinden uzaklaşılmasına sebebiyet vereceği gibi ticaret hayatının konkordato müessesesinden faydalanmasını da güçleştirecektir⁶⁰.

Buna karşılık doktrinde önemli bir görüş ise konkordatonun kesinleşmesi ile beraber yalnızca hacizlerin değil, takiplerin de düşeceği yönündedir⁶¹.

Yargıtay bir kararında, konkordatonun kesinleşmesi ile yalnızca hacizlerin düşeceğini içtihat etmiştir⁶².

Kanaatimce, alacaklı borçlu dengesi değerlendirildiğinde, ilk görüşün kabulü yerinde olacaktır. Yani konkordatonun tasdiki kararı ile -hatta bu kararın kesinleşmesi ile- sadece hacizler düşmeli, takipler ise ayakta kalmaya devam etmelidir. Tabi bu açıklamalar, mühlet kararından önce borçlu aleyhine başlatılan takipler ve konulan hacizler bakımından geçerlidir. Mühlet içerisinde komiserin onayıyla doğan alacaklar bakımından ilgili alacaklının konkordatoya rağmen borçluya karşı takip yapabilmesi mümkündür. Konkordatonun tasdikine rağmen bu alacaklar bakımından başlatılan takip devam edecek, konulmuş hacizlerin düşmesi söz konusu olmayacaktır. Her ne kadar konkordatonu tasdik edilebilmesi için borçlunun bu alacaklar için teminat göstermesi gerekse de bu husus alacaklıların konkordatonun tasdikine rağmen takibe devam etmelerine engel değildir. Benzer şekilde, konkordatonun tasdikinden rehinli alacaklılar da etkilenmeyecektir. Rehlinli alacaklıların mühlet içinde

57 Kuru, Cilt: 4, s. 3804; Eriş, s. 898; Ulukapı, s. 100.

58 Kuru, Cilt: 4, s. 3805.

59 Ulukapı, s. 100.

60 Kale, s. 70.

61 Altay, Eskiocak, s. 792; Postacıoğlu, s. 121 – 122.

62 Y. 12 HD' nin 28.6.1979 tarih ve E. 1979/5474 K. 1979/6028 sayılı kararı, Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası.

borçluya karşı takip başlatabilmeleri veya başlamış takiplere devam edebilmesi mümkünse de, muhafaza ve satış yapılabilmesi mühlet içinde mümkün değildir. Konkordatonun tasdiki kararından sonra ise rehinli alacaklıların muhafaza yapabilmeleri ve rehinli malların satışını isteyebilmeleri mümkün hale gelmektedir. Genel kural bu olmakla birlikte m.307 de ki koşulların oluşması halinde mahkeme, rehinli malların muhafazasının ve satışının, tasdik kararından itibaren bir yıl sonra yapılmasına karar verebilir.

C. Rehlinli Malların Muhafaza ve Satışı ile Finansal Kiralama Konusu Malların İadesinin Ertelenmesi

Borçlunun talebi üzerine, tasdik kararında rehinli malın muhafaza altına alınması ve satışı, karardan itibaren bir yılı geçmemek üzere ertelenebilir (m. 307). Erteleme süresinin bir yıldan az olabilmesi mümkündür. Ertelemenin hangi süreyle sınırlı olduğuna hâkim karar verecektir. Rehlinli malların muhafaza ve satışının ertelenmesi, konkordato alacaklılarının da menfaatindedir. Zira borçlu konkordato projesi kapsamındaki ödemelerini devam eden ticari faaliyeti sayesinde yapacaktır. Borçlunun ticari faaliyetlerine devam edebilmesi için de rehinli mallarını kullanmaya devam etmesi önem arz etmektedir. Fakat borçlu açısından bu şekilde faydaları olsa da düzenleme rehinli alacaklıların aleyhinedir. Ayrıca ilgili düzenleme istisnai bir düzenlemedir ve uygulanmasının da istisnai olması gerekmektedir. Mevzuatında, tasdik kararından sonra sadece üzerinde gayrimenkul ipotegi bulunan malların satışı ertelenebilmekte, menkul rehinlerinin muhafaza ve satışının ertelenebilmesi mümkün olmamaktadır (Art 306a).

Ertelemenin gerçekleşebilmesi için; rehinle temin edilen alacağın konkordato talebinden önce doğmuş olması, rehinle temin edilen alacağın konkordato talep tarihine kadar ödenmemiş faizinin bulunmaması gerekir. Bu şartlarla birlikte rehinli malın, işletmenin faaliyeti için zorunlu olduğunu ve paraya çevrilmesi durumunda ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğini borçlunun yaklaşık olarak ispatlaması gerekmektedir.

Rehinli malın muhafazası ve paraya çevrilmesinin ertelenmesi halinde satış isteme süresi işlemez.

Borçlu, rehinli malların muhafaza altına alınmasını ve satışını konkordatonun tasdiki kararından itibaren bir yıl süreyle ertelemek istiyorsa bu talebini tasdik duruşmasından önce mahkemeye bildirmek durumundadır. Hatta borçlunun bu talebinin konkordato projesinde yer alması da mümkündür. Borçlu konkordato projesinde bu teklifini ileri sürmemiş olsa da en geç alacaklılar toplantısından önce rehinli malların muhafazasının ve satışının ertelenmesini teklifi etmelidir. Bu halde mahkeme, rehinli alacaklıları yazılı görüşlerini kon-

kordatonun tasdikine ilişkin duruşmadan önce sunmaya davet eder ve ayrıca bu alacaklıları tasdik duruşmasına çağırır (m. 307 f.4).

Borçlu, rehinli veya finansal kiralama konusu malı rızasıyla devreder, iflâs eder veya ölürse, erteleme kendiliğinden hükümsüz hâle gelecektir. Bu durumda erteleme hâle gelmesi için mahkemenin kararına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Mahkemece rehinli malların muhafaza ve satışı ertelenmiş olsa da, borçlunun ertelemeyi yanlış bilgiler vermek suretiyle kazanması, servetinin ve gelirlerinin artması sebebiyle ekonomik varlığını tehlikeye sokmadan borcunu ödeyebilecek hale gelmesi yahut rehinli malın paraya çevrilmesi borçlunun ekonomik varlığını artık tehlikeye sokmayacağını anlaşıldığında erteleme kararı kaldırılabilir (m. 307 f. 6). Erteleme tedbirinin kaldırılması, rehinli alacaklı tarafından talep edilecek ve bu talep üzerine mahkeme, alacaklıyı ve borçluyu duruşmaya davet ederek kararını verecektir. Rehlinli alacaklının bu talebini yaklaşık olarak ispat etmesi yeterlidir.

Rehinli malların muhafaza ve satışının ertelenmesine ilişkin maddede finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesi koşulları da düzenlenmiştir. Madde gereğince, borçlunun finansal kiralama sözleşmesinin aynen ifasını 294. maddenin yedinci fıkrası uyarınca üstlenmiş olması, finansal kiralamadan doğan kira alacağının konkordato talebinden önce doğmuş olması, ödenmemiş kira borcunun üç aylık tutarı aşmaması, erteleme sebebiyle malda ortaya çıkabilecek değer kaybı için teminat gösterilmesi ve borçlunun bu mala işletmesinin faaliyetinin devamı için ihtiyacı olduğunu, aksi halde ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğini yaklaşık olarak ispatlaması halinde, finansal kiralama konusu malların iadesi karardan üzere bir yılı geçmemek üzere ertelenecektir.

VII. Rehlinli Alacaklılarla Müzakere ve Borçların Yapılandırılması

İcra ve İflas Kanunu'nun 12. Babına 1. Bölümden sonra 2. Bölüm eklenerek, borçluya rehinli alacaklılarla müzakere imkânı ve neticesinde rehinli alacaklılarla borçların yeniden yapılandırılmasına olanak sağlanmıştır. Bu hüküm yenidir ve mehzar kanunda da bu hükme benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlunun rehinli alacaklılarla bu şekilde bir müzakere imkanına sahip olması ve bu müzakereler neticesinde borçların yapılandırılmasının kabulü, hukukumuzda rehinli alacaklıların imtiyazlarının ilk defa sarsılması sonucunu doğurmuştur. Gerçekten de borçlunun teklifinin kanunda öngörülen rehinli alacak çoğunluğunun kabulü ile borçlunun teklifini kabul etmeyen rehinli azınlık vade itibarıyla de olsa bir yaptırımla karşı karşıya kalacak ve neticesinde borçlunun teklifini kabul eden rehinli alacaklılar arasındaki en uzun vadeye

bağlı olarak alacağını alabilecektir.

İİK m. 308/h uyarınca borçlu, ön projede belirtmek suretiyle, alacaklı lehine rehin tesis edilmiş borçların yapılandırılmasını talep edebilecektir. Hatta maddenin ilk fıkrasının lafzı gereği borçlunun rehinli alacaklılara bu teklifi ön projede yapması zaruridir. Borçlunun yapılandırma teklifi kapsamında, anapara indirimi, faiz indirimi, vadelenendirme veya diğer ödeme teklifleri yer alabilir (m.308/h f.2). Belirtelim ki, borçlunun rehinli alacaklılar için ileri süreceği teklif, rehinli alacaklılar dışındaki alacaklılara sunulan tekliften çok farklıdır. Aslında burada tüm rehinli alacaklılar için geçerli tek bir teklif yoktur. Borçlu, her bir rehinli alacaklı için farklı bir teklif sunabilecektir. Bu durum rehin sözleşmesinin niteliğiyle de uyumludur. Her bir rehinli alacaklının kendi sözleşmesi çerçevesinde farklı koşulları bulunabilir. Örneğin bazı rehinli alacaklılar için anapara indirimi dahi kabul edilebilir seviyede iken, bazı rehinli alacaklılar bakımından bunun kabulü mümkün olmayabilir. Genellikle kabul görececek olan ise anaparanın ve faizin vadelenendirilmesine yönelik teklifler olacaktır. İşte bu sebeplerle borçlunun, ön projesinde rehinli alacaklılarla müzakerelere başlayacağını, rehinli borçlarını yapılandırmak istediğini belirtmesi yeterlidir. Borçlu, rehinli alacaklılarla olan müzakere görüşmesinden önce her rehinli alacaklının kapısını tek tek çalacak ve onların müzakerede teklifine kabul oyu vermesi için uğraşacaktır. Kanun koyucu borçlunun rehinli alacaklılarla olan müzakere görüşmesini, 302. maddedeki alacaklılar toplantısından özellikle ayırt etmek için müzakere terimini kullanmış, toplantı kelimesini bilinçli olarak tercih etmemiştir. İİK m.302 de öngörülen alacaklılar toplantısının fonksiyonu ve toplantı sonunda alınan kararların etkisi, rehinli alacaklılarla olan müzakere sonuçlarından ve fonksiyonundan farklıdır. Maddenin gerekçesinde de bu husus açık ve net bir şekilde ortaya konulmuştur. Müzakerede borçlunun her bir rehinli alacaklıya sunduğu teklifi diğer alacaklılara belirtmesine gerek bulunmamaktadır. Her ne kadar müzakereden önce veya müzakere esnasında rehinli bir alacaklı diğer bir rehinli alacaklıya borçlunun yaptığı teklifi bilemeyecek, daha doğrusu borçlunun diğer rehinli alacaklıya yaptığı tekliften haberdar olamayacaksa da, komiser, konkordato dosyasını tasdik yargılaması için mahkemeye sunduğunda borçlunun tüm rehinli alacaklılara yaptığı teklifi mahkemeye bildirecek ve mahkemede bu teklifleri kararında gösterecektir (308h f.6).

Rehinli alacaklılarla borçlunun yapacağı müzakerenin tarihini komiser belirleyecektir. Fakat her halde bu tarih kesin mühlet içerisinde olacaktır. Somut olayın özelliklerine göre komiser, 302. maddeye göre yapılacak alacaklılar toplantısından öncesini veya sonrasını müzakere günü olarak belirleyebilecektir. Örneğin, rehinli alacaklıların borçlunun teklifini kabul etmesi, adi alacaklılarının konkordatoyu kabulünde etkili olacağı öngörülyorsa, rehinli alacaklılarla olan müzakerenin alacaklılar toplantısından önce yapılması faydalı olabilir.

Müzakerede ve müzakereyi takip eden yedi günlük iltihak süresi içinde rehinli alacaklıların, alacak miktarı itibariyle üçte ikiyi aşan çoğunluğu borçlunun teklifini kabul ederse, komiser, imzalanan anlaşmaları tutanağa bağlar ve rehinli alacaklılarla anlaşma yapıldığını 302 nci madde uyarınca mahkemeye tevdi edeceği gerekçeli raporuna ayrı ve bağımsız bir başlık altında işler (m.308/h f. 3). Görüldüğü gibi kanun koyucu, borçlunun rehinli alacaklılar ile yaptığı anlaşmayı adi alacaklılarla yapılan anlaşmadan farklılaştırmış ve o anlaşmadan bağımsızlaştırmıştır. Her ne kadar rehinli alacaklılarla yapılan anlaşma adi alacaklılarla yapılan anlaşmadan ayrı ve bağımsız bir nitelik taşısa da, adi alacaklıların konkordato teklifini kabul etmemeleri, rehinli alacaklılar ile yapılan anlaşmayı da geçersiz hale getirecektir. Bu husus m. 308/h f. 7' de şu şekilde kaleme alınmıştır: “302 nci madde uyarınca yapılacak alacaklılar toplantısı borçlunun konkordato projesini kabul etmezse, bu madde uyarınca anlaşma yapmış olan rehinli alacaklıların borçluyla akdetmiş buldukları anlaşmalar ve anlaşma yapmamış olan rehinli alacaklılar için hazırlanmış olan ödeme planı geçerli hale gelmez.”.

Yapılan müzakerede, borçlunun teklifleri alacak miktarı itibariyle üçte ikiyi aşan rehinli alacaklı çoğunluğu tarafından kabul edilmesi halinde, borçlu ile anlaşamayan rehinli alacaklı, konkordato talep tarihinden itibaren, borçlu ile arasındaki sözleşmede kararlaştırılan temerrüt öncesi faiz oranı geçerli olacak şekilde, borçlunun diğer rehinli alacaklılarla yaptığı anlaşmalardan en uzun vadeliğine tabi olacak ve bu husus, komiser tarafından tutanağa geçirilerek, komiserin 302. maddeye göre mahkemeye tevdi edeceği gerekçeli raporuna işlenecektir (m. 308/h f.4). Konkordatonun, konkordato projesini kabul etmeyen alacaklılar için de bağlayıcı özelliği, maddenin ilgili fıkrası ile rehinli alacaklılar için de kabul edilmektedir. Rehlinli olmayan alacaklılardan farklı olarak bu alacaklı grubunda, borçlunun kendisi için sunduğu teklifi kabul etmeyen alacaklı, diğer rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmalardan en uzun vadeliğine tabi olacaktır. Borçlunun kendisine yaptığı teklifi kabul etmeyen rehinli alacaklı, rehinli alacaklı ekseriyeti (alacak çoğunluğu itibariyle) tarafından teklifler kabul edildiği için konkordato ile bağlı olacak fakat bu bağlılık sadece vade itibariyle olacaktır. Anapara itibariyle alacağını tamamen alacak olan rehinli alacaklı, faiz açısından da bir bağlayıcılığa tabi tutulamayacak, alacaklı, borçlu ile akdettiği akdi faiz oranını konkordatonun kabulüne rağmen talep edebilecek ve fakat konkordatoyu kabul etmediği için, borçlunun teklifini kabul eden rehinli alacaklılar arasındaki en uzun vadede alacağını alabilecektir. Belki de bu bağlayıcılık rehinli alacaklıları borçlunun teklifini kabule zorlayabilecektir.

Rehinli alacaklılarla bir anlaşmaya varılamamışsa, bu husus da komiserin

mahkemeye sunduğu gerekçeli raporda yer alacaktır (m. 308/h f. 5).

Mahkeme, borçlunun, rehinli alacaklılarla yaptığı müzakereler sonucunda meblağ itibariyle üçte iki oranına sahip rehinli alacaklılarla anlaştığını tespit ederse, borçlu ile anlaşmaya yanaşmayan azınlık rehinli alacaklılara uygulanacak ödeme planının 308h de öngörülen şartlara uyup uymadığının kontrol edecektir. Mahkeme yapacağı inceleme neticesinde m. 308h koşullarının gerçekleştirildiğini tespit ederse, ödeme planını 305. ve 306. maddeler uyarınca kararına dahil edecektir (m. 308/h f. 6).

Yapılan anlaşmaya uygun olarak kendisine karşı ifada bulunulmayan her rehinli alacaklı tasdik kararını veren mahkemeye başvurarak borçlu ile olan anlaşmasını feshettirebilir. Bu fesih sonucunda üçüncü fıkrada belirtilen üçte iki oranının altına düşüldüğü takdirde, borçlunun teklifini kabul etmeyip ödeme planına tabi tutulan (en uzun vadeye) rehinli alacaklılar bu plandan kurtulacak, borçlu ile anlaşmış olan rehinli alacaklılar ise anlaşmayı sona erdirebileceklerdir (m. 308/h f. 8).

VIII. Konkordatonun Feshi

A. Genel Olarak

Konkordatonun feshi türleri, kendisine karşı konkordato şartları ifa edilmeyen alacaklının başvurabileceği, bir alacaklı için konkordatonun feshi (kısmi fesih) ile konkordatonun kötüniyetli olarak yapılmasından dolayı tüm alacaklılar için konkordatonun feshinden (tamamen fesih) ibarettir. Kanun koyucunun konkordatonun feshi türleri arasında benimsemiş olduğu bu ayrımı, fesih türlerini farklı maddelerde düzenlemek suretiyle belirginleştirmiştir. Konkordatonun kısmi feshi 308/e maddesinde, tamamen feshi ise 308/f maddesinde düzenlenmiştir.

B. Konkordatonun Kısmen Feshi

İİK 308/e maddesi, konkordatonun şartları kendisi için yerine getirilmeyen alacaklı (bu yerine getirilmeme hem ödeme miktarı hem de ödeme zamanı bakımından olabilir) için konkordatoyu kendisi hakkında feshedebilme imkânı tanımıştır. Konkordatonun kısmen feshi, konkordatoda alacaklının menfaatinin korunduğu önemli enstrümanlardan birisidir. Konkordato her ne kadar alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini bir şekilde korumayı hedeflemişse de, konkordatoda temel amaç, borçlunun bozulan mali yapısının düzeltilmesidir. Bu yüzden, borçlu açısından adeta hukuki bir lütuf olan konkordatoda, nimet-külfet ilişkisinin bir gereği olarak, borçlunun konkordatonun şartlarına tam olarak riayet etmesi gerekmektedir⁶³.

63 Ulukapı, s. 205.

Konkordatonun şartları kendisi için yerine getirilmeyen alacaklı yapacağı başvuru ile konkordatonun yalnızca kendisi açısından feshedilmesini talep edebilir. Bu talebin uygun görülmesi halinde, konkordatonun etkileri diğer alacaklılar açısından hiçbir değişikliğe uğramamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken mesele, konkordatonun kısmen feshini isteyebilecek olan alacaklılar, tasdik edilen konkordato kendileri için zorunlu olan alacaklılardır. Bu alacaklılar konkordatodan etkilenmişlerdir. Konkordatodan etkilenmeyen alacaklıların ise konkordatonun feshini isteyebilmeleri mümkün değildir.

Konkordatonun kısmi fesih sebeplerinden en önemlisi borcun vadesinde ödenmemiş olmasıdır. Borç konkordatoda yazılı vadesinden sonra ödemiş olsa da alacaklı konkordatonun feshi davasını açmak hakkını saklı tutmuş ise ödemeye rağmen konkordatonun feshi davasını açabilir⁶⁴.

Konkordatonun feshi davasında görevli mahkeme, tasdik mercii olan asliye ticaret mahkemesidir.

Konkordatonun kısmen feshi talebinde bulunan alacaklının konkordatoya yazılması şart değildir. Zira tasdik edilen konkordato tüm alacaklılar için zorunludur ve konkordatoya hiç katılmamış alacaklılar dahi konkordatonun hükümlerinden etkilenecektir. Ancak konkordato kendisi için zorunlu olmayan alacaklıların (konkordatonun zorunluluğu ilkesinin istisnaları), konkordatonun feshini talep etmekte herhangi bir hukuki menfaati bulunmamaktadır⁶⁵; zaten konkordatonun onlara bir etkisi yoktur. Çekişmeli alacaklılar da m. 308/b gereğince süresinde açtıkları davayı kazanmış olmaları ve borçlunun konkordato şartlarına göre borcunu ifa etmemiş olması halinde konkordatonun kısmen feshini talep edebilirler.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki konkordatonun feshi davasının açılabilmesi için borçluya herhangi bir bildirim yapılmasına veya borçlunun temerrüde düşürülmesine kural olarak gerek yoktur⁶⁶. Ancak alacaklı alacağını konkordatoya yazdırmamış ise konkordatonun feshi davasını açılabilmesi için önce borçluyu temerrüde düşürmesi gerekmektedir⁶⁷.

Konkordatonun feshi davasında konkordato komiseri, davacı olamayacağı gibi davalı da olamaz. Ayrıca borçlu kendi konkordatosunun feshini dava

64 Kuru, El Kitabı, s. 1524.

65 Kuru, Cilt: 4, s. 3824; Enver Buruloğlu, Yuda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, İstanbul, 1968, s. 166 – 167; Altay, s. 446.

66 Postacıoğlu, s. 131, Hunkeler, konkordatonun kısmen feshedilebilmesi için alacaklının borçluya bir ihtarname göndermesi gerektiğini, bu şekilde ispat yükü üzerinde olan alacaklının fesih sebebini daha rahat ispatlayabileceğini belirtmektedir. Art. 316, Rdn. 4.

67 Eriş, s. 903.

edemeyecektir. Konkordatonun feshi davasını açan alacaklının tek muhatabı (davalı) borçludur.

Kendisine konkordatodaki şartlara aykırı olarak, hiç ya da zamanında ödeme yapılmayan yahut eksik ödeme yapılan alacaklı, yalnız kendisi açısından konkordatoyu feshettirmek amacıyla dava açabilir. Konkordatonun feshi davasını açmak yetkisi, alacaklarını konkordatoya göre almak zorunda olan imtiyazsız alacaklılara aittir. Konkordatoya yazılmamış alacaklılar da, konkordato kendileri için mecburi olduğu için fesih davasını açabilirler⁶⁸. İmtiyazlı, rehinli alacaklıların ve borçlunun yakınlarının fesih davasını açabilmeleri mümkün değildir. Bu dava neticesinde konkordatonun feshine karar verilmesi halinde, bu feshin sonuçları sadece, konkordatoyu kendisi için feshettiren alacaklı için doğacaktır; yoksa diğer alacaklılar için konkordato devam edecektir. Konkordato ilgili alacaklı açısından feshedilince, borçlu artık bu alacaklıya borcunu konkordato şartlarında değil, konkordatodan önceki haliyle (yani borcun tamamını) ödemek zorundadır. Bu ödemeler konkordatoyla taksite yahut vadeye başlanmış da olabilir. Ancak konkordatonun feshedilmesiyle artık borçlu, borcun tamamını derhal ödemek zorundadır⁶⁹. Şayet alacaklının konkordatoya konu edilen alacağının konusu paradan başka bir şey ise alacaklı konkordatoyu kendisi için feshettirdikten sonra, alacağı borçludan aynen isteyebilmelidir⁷⁰.

Alacaklı konkordatonun yalnızca kendisi açısından feshedilmesi için kısmi fesih davası (m. 307) açabileceği gibi, doğrudan doğruya konkordato gereğince borçludan talep edebileceği alacağı için icra takibi de başlatabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, alacaklının alacağının tamamı için icra takibi başlatamayacak olmasıdır. Az öncede belirtildiği üzere, alacaklının icra takibine konu edebileceği miktar, konkordato gereğince talep edebileceği tutardır. Alacaklının konkordato dışında kalan alacak tutarını icra takibinin konusu edebilmesi için konkordatoyu kendisi için feshettirmesi gerekmektedir⁷¹. Aksinin kabulü, yani konkordatonun kısmi feshi gerçekleşmeden alacaklının tüm alacağı için doğrudan takip yapabilmesi, konkordatonun kısmi feshi kurumunu anlamsızlaştıracaktır.

Konkordatonun kısmi feshini talep eden alacaklı için konkordatonun feshedilmesi, konkordato ile kazanmış olduğu haklara hanel getirmeyecektir. Bu hak özellikle varsa teminat açısından önem arz etmektedir.

Konkordatonun kısmen feshi halinde tamamen feshinden farklı olarak

68 Kuru, Cilt: 4, s. 3826.

69 Ulukapı, s. 262.

70 Altay, s. 455; Kuru, Cilt: 4, s. 3841.

71 Kuru, Cilt: 4, s. 3794.

borçlunun iflasına karar verilebilecek bir sonuç yaratamayacaktır. Borçlunun iflasını isteyen alacaklının genel hükümler çerçevesinde iflas yollarına başvurusu gerekmektedir⁷².

C. Konkordatonun Tamamen Feshi

Kötü niyetle sakatlanmış konkordato tamamen feshedilecektir (m.308/f). Konkordatoda dürüstlük kuralı önemli olduğundan, borçlunun dürüst olmadığı ortaya çıktığında konkordatonun ayakta tutulmasının bir işlevi de kalmayacaktır. Bu aşamada şu açıklamayı yapmak gerekli olmaktadır. Hukukumuzda konkordato mühletinin verilmesi ve konkordatonun tasdik edilebilmesi için borçlunun dürüst olması koşulu, 4949 sayılı Kanunla mülga konkordato hükümlerinden çıkartılmıştır. 7101 sayılı Kanun’la konkordatoda hukukunda yapılan değişikliklerde de dürüstlük koşulu mühlet kararları ve konkordatonun tasdiki için gerekli bir koşul olarak düzenlenmemiştir. Yeni konkordato hükümlerinde de dürüstlük her ne kadar açıkça bir koşul olarak öngörülmemişse de kanaatimce, dürüstlük kuralının konkordatoda tamamen bertaraf edildiğini kabul etmek mümkün değildir. Özellikle geçici mühlet talebinden sonra borçlunun konkordatonun tasdiki amacıyla dürüstlük kuralına aykırı eylem ve işlemlerine sonuç bağlamak zorunludur. Örneğin konkordatonun kabul edilebilmesi için muvazaalı alacaklılar yaratılması, borçların kabartılması, bazı alacaklılara projede öngörülenden farklı ödeme taahhütlerinde bulunulması, borçlunun dürüstlük kuralına aykırı eylem ve işleri olarak kabul edilebilir. İşte borçlunun bu gibi dürüstlük kuralına aykırı eylem ve işlemleri, mühlet kararının kaldırılması sonucu doğurabileceği gibi konkordatonun tasdik edilmesine mâni olabilecek, nihayetinde tasdik edilmiş konkordatonun feshine sebebiyet verebilecektir.

Yalnızca borçlunun değil, konkordato komiserinin, üçüncü kişilerin, alacaklıların da kötü niyetli olması konkordatonun tamamen feshini gerektirebilecektir⁷³. Zira kanun koyucu borçlunun kötü niyetinden bahsetmeyerek, “*kötü niyetle sakatlanmış konkordato*” ifadesine yer vererek daha genel bir kavram tercih etmiş ve konkordatoya her kimin yüzünden olursa olsun kötüniyet karışması halinde, her alacaklının konkordatonun feshini talep edebileceğini düzenlemiştir. Yine hükümde “*her alacaklı*” diyerek, konkordatoya yazılmış olsun olmasın tüm alacaklıların konkordatonun feshini talep edebileceğini belirtmiştir.

Konkordatonun kısmen feshinde olduğu gibi tamamen feshinde de konkur-

72 Hunkeler, Art. 316, Rdn. 7.

73 Kuru, Cilt: 4, s. 3843.

datoya tabi tüm alacaklılar konkordatonun feshini talep edebileceklerdir. Dolayısıyla konkordatoya tabi olmayan alacaklıların konkordatonun feshini talep edebilmesi mümkün olmayacaktır. Konkordato kendisi için zorunlu olmayan alacaklıların (konkordatonun zorunluluğu ilkesinin istisnaları), konkordatonun feshini talep etmekte herhangi bir hukuki menfaati bulunmamaktadır⁷⁴; zaten konkordatonun onlara bir etkisi yoktur.

Konkordatonun tamamen feshini gerektiren sebepleri iki temel başlık altında şu şekilde sınıflandırılabilir:

- a. Konkordato mühletinin kaldırılmasını gerektiren nedenlerden ötürü fesih sebepleri (m. 292 f.1),
- b. Konkordatonun tasdikine ilişkin şartların yerine getirilmemesinden kaynaklanan fesih sebepleri (m.305 f.1).

Konkordatonun feshi nedenleri kümülatif değildir; bu nedenlerden (yukarıdaki a ve b deki sebepler) birinin varlığı dahi konkordatonun feshine sebep olabilecektir. Bu noktada asıl önemli olan husus, konkordatoya kabul oyu veren alacaklıların konkordatonun feshi sebeplerinden haberdar olmaları halinde konkordatoyu reddedecekleri sonucuna varılabiliyorsa, fesih sebebinin geçerliliğinden bahsedilecektir. Tasdik yargılaması sırasında veya öncesine fesih sebeplerinden haberdar olan bir alacaklının, öncesinde bilgi sahibi olduğu sebebe dayanarak konkordatonun feshini isteyebilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁵.

Yukarıda sayılan sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde, şayet tasdik edilmiş ve kesinleşmiş bir konkordato mevcut ise ve bu esnada borçlu iflas etmemiş ise alacaklılardan herhangi biri konkordatonun feshini talep edebilir.

Konkordatonun feshinin gerektiğini düşünen ve hukuki menfaati bulunan her alacaklı, fesih davasını konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesinden sonra yapılan ilandan itibaren, genel hükümler çerçevesinde tabi olduğu zamanaşımı süresi içerisinde; eş deyişle kesinleşen konkordato tasdiki kararının ilanından itibaren 10 yıl içerisinde konkordatonun feshi davası açabilir. Böyle bir zamanaşımı süresinin varlığı, konkordatonun sürekli bir belirsizlik içerisinde bulunmasını engelleyici olması ve alacaklıların konkordatonun güvenliğini sorgulaması açısından yerinde bir düzenlemedir⁷⁶. Konkordato tüm şartlarına göre icra edilse ve hatta bütün alacaklılara konkordato koşullarına uygun olarak ödemeler yapılsa bile yukarıda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, konkordatoya tabi olan alacaklılardan herhangi biri konkordato-

74 Kuru, Cilt: 4, s. 3824; Buruloğlu, Reyna, s. 166 – 167.

75 Hunkeler, Art. 313, Rdn. 5.

76 Ulukapı, s. 248.

nun tamamen feshini isteyebilir⁷⁷.

Konkordatonun tamamen feshi tek bir alacaklının başvurusuyla bütün alacaklılar için hüküm ve sonuçlarını doğurur. Konkordatonun tamamen feshi, konkordatoya tabi alacaklar bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurmakla beraber, konkordatodan etkilenmeyen ve konkordatonun feshini istemekte hukuki menfaati bulunmayan rehinli ve imtiyazlı alacaklılar ile kamu alacaklıları bakımından da hüküm doğurur ve konkordato onlar açısından feshedilmiş olur⁷⁸.

Konkordatonun tamamen feshedilmesiyle, feshin doğal sonucu olarak, konkordatonun hükümleri geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Böylece tüm alacaklılar alacaklarını, konkordato şartları dışında yani tam olarak talep edebilirler. Bu itibarla alacaklılar, alacaklarını (alacaklarının tamamını) elde etmek için borçlu hakkında icra veya iflas yoluyla takip yapabilecekleri gibi, müşterek borçlu ve kefile de aynı şekilde takip yapabilirler⁷⁹. Alacaklılar, konkordatonun tamamen feshiyle konkordatodan önceki hukuki durumlarına avdet ettikleri için, konkordatoya kabul oyu verip vermediklerine bakılmaksızın müşterek borçlu ve kefil hakkında alacağının tamamı için takip yapabilirler.

Kanun koyucu kısmi fesihte alacaklının konkordato ile edinmiş olduğu haklarını muhafaza edeceğini düzenlemişken, konkordatonun tamamen feshi için böyle bir durum öngörmemiştir. Fesihle alacaklıların konumu konkordatodan önceki hale döndüğünden, alacaklıların konkordato ile edindikleri hakları, fesih sonrasında muhafaza etmeleri hukuken mümkün değildir. Öğretide de bu hususta görüş birliği mevcuttur⁸⁰.

Konkordatonun bütünüyle feshinin en önemli sonuçlarından birisi de, diğer koşulları mevcutsa fesih kararıyla birlikte borçlunun iflasına karar verilecek olmasıdır (m.308/f f.3).

Son olarak, konkordatonun feshedilmesiyle yabancı para alacaklarının akıbetinin ne olacağının cevaplandırılması gerekmektedir. Konkordato sürecinde yabancı para alacaklarının, Türk Lirasına çevrilmesinin nedeni alacak miktarının ve devamında çoğunluk nisabının doğru bir şekilde hesaplanabilmesidir. Dolayısıyla konkordato yabancı para alacaklısı için kısmen veya tamamen feshedilirse, ülke parasına çevrilmiş olan yabancı para alacağı tekrar yabancı para alacağına dönüşecek ve alacaklı alacağını yabancı para cinsinden borçludan

77 Postacıoğlu, s. 135; Kuru, Cilt: 4, s. 3846; Buruloğlu, Reyna, s. 176.

78 Ulukapı, s. 271.

79 Ulukapı, s. 273.

80 Buruloğlu, Reyna, s. 184; Eriş, s. 915; Kuru, Cilt: 4, s. 3847; Postacıoğlu, s. 137.

talep edebilecektir⁸¹. Konkordatonun feshinden sonra borçlunun iflasına karar verilmişse, bu sefer yabancı para alacaklısı alacağını iflasın açıldığı tarihteki kur üzerinden ülke parasına çevirecektir. Yoksa yabancı para alacağının konkordato sırasında Türk parasına çevrilmesinin sonuçları iflasta geçerli olmayacaktır⁸².

81 Hakan Pekcanitez, "Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Para Alacaklarının Tahsili", *Makaleler*, Cilt: 1, İstanbul, 2016, s. 291.

82 Pekcanitez, s. 291.

KAYNAKLAR

- Altay, Sümer; Eskiocak, Ali, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, İstanbul, 2017.
- Altay, Sümer, *Türk İflas Hukuku*, Cilt: 2, İstanbul, 2004.
- Berkin, Necmeddin, *İflas Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1966.
- Buruloğlu, Enver; Reyna, Yuda, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, İstanbul, 1968.
- Eriş, Gönen, *Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku*, Ankara, 1991.
- Hunkeler, Daniel, *Schuldbetreibungs und Konkursgesetz II*, 2. Auflage.
- Kale, Serdar, *Sorularla Konkordato*, İstanbul, 2017.
- Kale, Serdar, “İsviçre İcra İflas Kanunu’nun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bakış”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı:2, Güz 2017, s. 153 – 171 (İsviçre Adi Konkordato).
- Kostkiewicz, Jolanta Kren, *Schuldbetreibungs-&Konkursrecht*, 2. Auflage.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, İkinci Baskı, İstanbul, 2013 (El Kitabı).
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt: 4, İstanbul, 1997 (Cilt: IV).
- Kuru, Baki, Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, *İBD*, Cilt: 85, 2011/5, s. 3 – 43.
- Pekcanitez, Hakan, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Para Alacaklarının Tahsili”, *Makaleler*, Cilt: 1, İstanbul, 2016.
- Postacıoğlu, İlhan, *Konkordato*, İstanbul, 1965.
- Spühler, Karl; Dolge, Annette, *Schuldbetreibungs und Konkursrecht II*, 2014.
- Ulukapı, Ömer, *Konkordatonun Feshi*, Konya, 1998.
- Üstündağ, Saim, *İflas Hukuku*, 8. Bası, İstanbul, 2009.

ÖZ

Mali yapısı bozulmuş sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iyileşmesi amacıyla İcra ve İflas Kanunu’ndaki iyileştirme yöntemlerinden en sık başvurulan olan iflasın ertelenmesi kurumu, olağanüstü hâl süreci içinde işlerliğini yitirmiş, son olarak 15 Mart 2018 tarih ve 30361 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile iflasın ertelenmesine ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. 7101 sayılı Kanun’la, mali durumu bozulmuş borçluların darboğazdan çıkarak iyileşmelerine imkân sağlayacak konkordato hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Konkordato hukukunda yapılan bu önemli yapısal değişiklikler ile kurum bambaşka bir çehreye kavuşmuştur. Çalışmada bu değişikliklerle birlikte konkordato kurumu kapsamlı olarak değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: icra ve iflas hukuku, konkordato, iflas

JEL Sınıflandırması: K20, K35, G33



Türk Borçlar Hukukunda Takas*

Set off in the Turkish Code of Obligation no. 6098

Fatih KARAMERCAN**

ABSTRACT

In order to give sense to the article, firstly the notion, function and property of the set-off and then the its kinds and differences from similar structures have been handled. In the course of the study, the conditions and application of set-off has been analysed as being divided into two parts under the headings as “affirmative” and “adverse” conditions. In the concluding section of the study, the legal results of the set-off have been concluded.

By analysing the issues, the decions of the court of appeal have been mentioned which were given after the Turkish Code of Obligations has been come into effect.

Keywords: set – off, deduction, debt barred by the statute of limitations, extinction of debt, objection, exception.

I. Takas Kavramı

Takas kelimesi günlük dilde, karşılıklı mal alıp verme, değiş-tokuş veya ödeme gibi anlamlarda kullanılır¹. Türk Borçlar Kanunu’nda takas ile ilgili herhangi bir tanım bulunmamakta ise de² takas müessesine, TBK’nın “*Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı*” başlıklı borcun ifa dışı sona erme sebeplerini düzenleyen Üçüncü Bölümü’nde, 139-145. maddeleri arasında yer verilmiştir.

Türk Hukuku ve İsviçre Hukuku açısından ise takas müessesesinin özellikleri dikkate alınarak takas ile ilgili tanımlar yapılmıştır.

ARAL³ takası “*karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun, borçlulardan bi-*

* Makale gönderim tarihi: 23.02.2018. Makale kabul tarihi: 13.06.2018.

** Avukat, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi. İletişim: fatihkaramercan@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1135-8756>.

1 Ejder Yılmaz, “Davada Takas ve Mahsup Talebi”, *MİHDER*, Sayı: 2, 2010, s. 247.

2 Türk Borçlar Kanunu m. 139/1 hükmünde takasın tanımını yapmamıza yarayacak unsurlara da yer verilmiştir. (Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 836).

3 Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 21.

rinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesidir.” şeklinde tanımlamaktadır.

NART⁴ takası “karşılıklı olarak hem alacaklı hem de borçlu bulunan kişilerin muaccel iki borçtan en az olanın miktarı nispetinde yaptıkları bir hesap işlemi⁵” olarak tanımlamaktadır.

TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU⁶’na göre ise takas, “borçlunun, bir borcunu, alacaklıdan olan karşı alacağını feda ederek sona erdirmesidir.”

Verilen bu tanımlardan çıkan ortak nokta, takasın karşılıklı iki borcu sona erdirici etkisidir⁷. Bu sonuç ise takasın en önemli işlevi olan ifanın yerini tutan (ifa ikamesi) özelliğini⁸ ön plana çıkarmaktadır.

II. Takas Beyanının Hukukî Niteliği ve İşlevi

Takas beyanı, tek taraflı bir hukukî işlemidir⁹. Hukukî işlem ise hukukî bir sonucu elde etmek üzere irade açıklamasında bulunmak demektir¹⁰. Hukukî işlemin tanımından da anlaşılacağı üzere, hukukî işlemde ön şart, irade açıklamasıdır. Çalışmamızda az önce¹¹ ifade ettiğimiz gibi takası bir işlem sıfatında

4 Serdar Nart, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 112.

5 Örneğin, edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan alacaklara ilişkin TMK m. 230 kapsamında “denkleştirme” talebinde bulunulması durumunda burada bir takastan değil mahsup işleminden söz edilir. (Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 202). Takas bir defî olup taraflarca ileri sürülmeden mahkemece re’sen dikkate alınmazken mahsup ise bir itiraz olup dava dosyasından anlaşıldığı ölçüde mahkemece re’sen dikkate alınmaktadır. Bu yüzden, kanaatimizce, takasın tasarrufî bir etkisi olmasına karşılık takası tanımsal ve işlevsel olarak mahsup gibi sade bir “işlem” sıfatına sokmak bazı yönlerden hatalı sonuçlara yol açabilir. Buradan hareketle de çalışmamızda takas kavramını kullanırken “takas işlemi” veya “takas itirazı” kavramlarını tercih etmeyeceğiz.

6 Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 469.

7 Geniş anlamda takasın hukukî sonuçları için bkz. VI. Kısım.

8 Aral, s. 38; Hüseyin Murat Develioğlu, Takas, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Uyarlanmış 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 6. Aksi yönde; Tuğçe Tekben, “Takasın Hüküm ve Sonuçları”, *YÜHFD*, Cilt: 8, Sayı: 1, 2011, s. 286. Yazar, takasın ifa benzeri bir hukukî işlem olmasına karşılık hem ifadan hem de ifa ikamesi olan ifa yerini tutan edimden ayrıldığı görüşündedir.

9 Develioğlu, s. 12; “... Kanun takas için bir irade açıklaması aramaktadır. Takası gerçekleştirmek için irade açıklamasına takas beyanı denir. Bu beyan bir taraflı bir hukuksal işlemidir.” (Y. 7. HD. 30.05.2016, 16409/11622 sayılı Kararı).

10 Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri*, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 21.

11 Bkz. dn. 5.

değil bir “hukukî işlem”¹² sıfatında görmek ve takas beyanı kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır.

Takas, bozucu¹³ yenilik doğuran bir haktır¹⁴. Takas beyanı, bir alacağı sona erdirebileceği gibi bir hakkı ya da hukukî ilişkiyi de ortadan kaldırabilir¹⁵. Takas yetkisinin kullanılması için dava açılması gerekmez¹⁶. Takas hakkının dava dışında kullanılmış olması durumunda, yukarı da ifade edildiği üzere, bu beyanın karşı tarafa varması ile birlikte az olan borç oranında her iki borç da sona ermektedir. Ancak karşı taraf, takas ile borç sona ermesine rağmen takas edilen alacağa ilişkin bir dava açabilir. Davalı da böyle bir durumda, daha önce beyan etmiş olduğu takas beyanını mahkemede ileri sürebilir¹⁷.

Takas, tarafları borcun ifası için yerine getirilmesi gereken külfetten ve yapılması gereken masraftan kurtarır¹⁸. Ayrıca borçlunun borcunu ödeme gücün-

12 Takasa konu olacak, geçerlilik şekline bağlı bir hukuksal işlem olsa bile takas iradesinin açıklanması şekle bağlı değildir. (Kılıçoğlu, s. 843; Hâluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 418).

13 Aral, s. 176; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, 22. Baskı, Ankara, 2017, s. 65; Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 193; Harun Demirbaş, *Yenilik Doğuran Haklar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 69; Gökçen Topuz, Seçkin Topuz, “Takasın Davada İleri Sürülmesi”, *AÜHFD*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 720; Tekben, s. 287; Develioğlu, s. 12 – 13; Kılıçoğlu, s. 842; Neslihan Çukadar, *Borç İlişkilerinde Defi Hakkı ve İtirazlar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 83 – 84. Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir. “... Takas hukuki niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır. Borçlunun takas hakkını kullanma isteğini, alacaklıya bildirmesi gerekir. Takas bir sözleşme olmadığı için karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Takas aynı zamanda borcu sona erdirdiği için bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle, borçlu takas edilecek alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmalıdır.” (Y. 7. HD. 01.03.2016, 2363/4913 sayılı Kararı); “... Takas, hukuki niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olup, takas hakkının kullanılabilmesi için olumlu ve olumsuz şartların gerçekleşmiş olması gerekir.” (Y. 11. HD. 20.01.2016, 2015/14253 E. - 2016/561 K.); “... Takas, hukuki niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olup, sözleşme niteliğinde bulunmadığından, takas iradesinin muhatabına ulaşmasıyla birlikte sonuç doğurmaya başlayacağı kabul edilir. Bu nedenle, takas iradesinin açıklanmamış olması ya da açıklansa bile karşı tarafa varmaması halinde borçların takasından söz edilemez.” (Y. 15. HD. 16.11.2015, 2802/5758 sayılı Kararı).

14 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 28.

15 Çukadar, s. 84.

16 Aral, s. 177; Develioğlu, s. 13.

17 Topuz, Topuz, s. 721. Yargıtay’a göre bu husus yargılama aşamasında defi olarak ileri sürülmelidir. “... Mahkemece davalı tarafından takas definde bulunulduğu benimsenerek karar verilmiştir. Oysa takas definin yargılamanın devam ettiği aşamada ileri sürülmesi gerekir. Somut olayda dava tarihinden önce 12.08.2010 tarihli noter ihtarnamesi ile takas definin ileri sürüldüğü, yargılama sırasında ise, davalı yanca usulüne uygun şekilde ileri sürülmüş bir takas definin bulunmadığı anlaşılmaktadır. O halde, mahkemece tarafların iddiaları ve savunmaları değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” (Y. 23. HD. 10.12.2014, 6017/8005 sayılı Kararı).

18 Develioğlu, s. 9.

den yoksun olduğu, nakit sıkıntısı içinde olduğu veya borcunu ödemek istemediği durumlarda takas edenin (takas beyan eden tarafın) alacağına kavuşmasını sağlar. Bu gibi durumlarda ise takas, teminat fonksiyonunu icra etmektedir¹⁹. Son olarak, takas beyanı bir savunma mekanizması teşkil eder. Bu durum ise takas ileri süren davalının, davacının talebini tamamen veya kısmen etkisiz bırakması anlamına gelmektedir²⁰.

III. Benzer Müesseselerden Farkları

A. Mahsuptan Farkları

Takas ve mahsup kavramları gerek uygulamada gerek içtihatlarda çok karıştırılan hatta çoğu zaman eşanlamli olarak kullanılan kavramlardır²¹. Ancak, son zamanlarda bazı Yargıtay Hukuk Daireleri'nin²² kararlarında, takas ve

19 Aral, s. 27.

20 Develioğlu, s. 9.

21 "... Davalının, dava dayanağı olayı ve borcun varlığını inkâr etmeden, borçlu bulunduğu edimi, özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten kaçınmasına imkân veren hakka defi denir. En tipik örneği, zamanaşımı defidir. Defiler, dava dilekçesine cevap verilirken ileri sürülmelidir. Aksi halde, davalı "savunmanın genişletilmesi yasağı" ile karşılaşabilir. Defiler, davada ileri sürülmedikçe hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmazlar. Takas ve mahsup bir defidir. Bu itibarla, ileri sürülmedikçe kendiliğinden dikkate alınmaz." (Y. 9. HD. 07.09.2015, 2014/12217 E. - 2015/24705 K.); "... Somut olayda, davalı kanuni süresi içinde takas talebinde bulunarak, davacının icra dosyasına borçlarını ödediğini ileri sürmüştür. Mahkemece, takas talebi ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiştir. Davacı, ödemenin aylığından yapılan kesintiler ile ödendiğini iddia etmiş ise de, bordrolara göre davacıya aylık ücretleri tam ödenmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, ödemenin, aylıktan kesilme ile mi yoksa işverence davacı adına mı ödendiğinin anlaşılamadığı belirtilmişse de, ödeme makbuzları dosyaya işveren tarafından sunulmuştur. İşverenin ödeme iddiasının aksi eşdeğer belgelerle ispatlanamamıştır. Bu durumda, borcun işverence ödendiğinin kabulü gerekirken, işverenin takas mahsup talebi ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir." (Y. 22. HD. 14.01.2016, 2014/27411 E. - 2016/558 K.); "... Somut olayda, mahkemece, davalının takas mahsup defii, her iki alacağın aynı tür ve nitelikte olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ise de, davalının yasal süresi içinde usulüne uygun olarak takas mahsup definde bulunduğu, her iki alacağında işçi işveren ilişkisinden kaynaklandığı, para ile ölçülebilir nitelikte alacaklar olduğu ve aynı nitelikte bulunduğu dikkate alındığında takas mahsup definin reddi doğru olmamıştır." (Y. 22. HD. 11.06.2015, 2014/6288 E. - 2015/20328 K.).

22 "... Takas savunmasında bulunan taraf, hem kendi, hem de karşı tarafın alacağını ortadan kaldırmayı istediğinden, her iki alacak üzerinden de etkin olur. Bu niteliği ile takas, inşai bir haktr. Mahsup ise bir inşai hak ya da defi olmayıp, bir itirazdır. (YHGK'nın 24.05.1950 gün ve 74 E., 31 K. sayılı ilamı bu yöndedir.) Örnek vermek gerekir ise, bir alacak davasında, davalı kendisinin de bir başka ilişkiden dolayı alacaklı olduğunu savunuyorsa bu bir takas savunmasıdır. Buna karşın, hak-sız mal edinme iddiasına dayalı bir geri alma davasında, davalı indirimi gerekli bir kısım giderleri olduğunu, ya da TBK'nın 227/2. ve 475/2. maddelerinde olduğu gibi, bir indirim yapılması gereğini savunursa, yapılması gereken iş mahsuptur." (Y. 23. HD. 04.03.2016, 2015/4675 E. - 2016/1338 K.); "... Mahsup ise, bir alacağı doğuran olayla ilgili olarak, alacaklının elde ettiği bazı menfaatlerin ya da borçlunun katlandığı bazı yükümlülüklerin alacaktan indirilmesidir. Mahsuplaşmada, takastan farklı olarak iki ayrı alacak bulunmamaktadır. Buna göre, alacak miktarından tenzil edilecek değer, karşı alacak olmayıp, gerçek alacağı bulmak üzere hesaplanan alacaktan indirilmesi gereken bir bedeldir. Bu nedenle, mahsupta hukuken karşılıklı alacaklılık ilişkisinden öte, alacağın gerçek mik-

mahsup kavramları birbirlerinden ayrılmış olup örneklendirmeleri de yapılmaktadır. Doktrindeki görüşe göre²³ ise, TBK m. 182/3, 227/1-b.2 ve 475/1-b.2 uyarınca indirim yapılması takas veya mahsup olarak nitelendirilemez. Anılan hükümlerin hepsinde bir sözleşme tadili öngörüldüğü için ne karşılıklı alacaklar vardır ne de alacağın hesaplanmasında devreye girecek yeni bir hesap kalemi söz konusudur.

Mahsup, genel olarak hesaplama ya da hesaptan düşme²⁴ veya bazı durumlar sebebi ile alacak miktarından indirim yapılması²⁵ anlamına gelmektedir. Detaylı bir tanımlama yapılacak olursa, mahsup; bir alacağı doğuran olayla ilgili olarak alacaklının elde ettiği bazı menfaatlerin ya da borçlunun katlandığı bazı yükümlülüklerin alaktan indirilmesini ifade etmektedir²⁶. Mahsup yapılmasına temel teşkil eden maddelere şu örnekler verilebilir²⁷:

- Türk Medeni Kanunu m. 994/3 uyarınca, iade ile yükümlü iyiniyetli zilyedin elde ettiği ürünler, yaptığı giderler sebebi ile lehine doğacak alacak hakkından mahsup edilir.

- Sebepsiz iktisap nedeniyle açılan davada, davalı yaptığı zarurî ve faydalı masrafların mahsup edilmesini TBK m. 80 uyarınca talep edebilir.

- Türk Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinin 2. fıkrasına göre, kiracı kiralanamı kendinden kaynaklanan bir sebeple kullanamıyorsa, kiraya veren kira alacağına hak kazanır, ancak, kiracının kiralanamı kullanmaması sebebiyle kiraya verenin yapmak zorunda kalmadığı masraf veya başkasına kiralama ör-

tarının tespiti için yapılan bir işlemin varlığı kabul edilmelidir. Mahsupta, doğmuş bir alacaktan sözü edilemeyeceği için, mahsubun borcu sona erdiren bir neden olduğu da düşünülemez. Ayrıca, mahsup talebi hukuki niteliği itibarıyla defî olmayıp; itiraz niteliğinde olduğundan, savunmanın genişletilmesi yasağına tabi kabul edilmez. Bu yönüyle, Dairemizin 23.05.2012 Tarih, 2011/7271-3753 Esas ve Karar sayılı ilamında gösterildiği üzere, mahsubun yargılama devam ettiği süreçte karşı tarafın muvafakatı olmaksızın ileri sürülmesi mümkündür. Dairemizin yerleşik uygulamalarında, aynı sözleşme ilişkisi nedeniyle taraflardan birinin katlandığı bazı yükümlülüklerin ya da elde ettiği bir kısım semerelerin diğer tarafın alacağından indirilmesi talebi, hukuki niteliği itibarıyla, takas değil, "mahsuplaşma" olarak nitelendirilmektedir. (Emsal nitelikte karar olarak Dairemizin 26.11.2014 Tarih, 2014/857-6878 Esas ve Karar sayılı ilamı ile yine Dairemizin 28.02.2012 tarih, 2012/468-1180 Esas ve Karar sayılı ilamı) Somut olayda ileri sürüldüğü gibi, davacı taşeronun, sözleşmesine göre kendi yükümlülüğünde olan işçi primlerini ödemeyerek bu primleri yüklenicinin ödemek zorunda bırakıldığı yönündeki itirazının, maddi vakia olarak yüklenicinin katlanmış olduğu mali yükümlülüğün taşeron alacağından tenzil edilmesi talebi niteliğinde olduğu, bu bakımdan; davalı savunmasının mahsuplaşma itirazı niteliğinde bulunduğu görülmektedir." (Y. 15. HD. 16.11.2015, 2802/5758 sayılı Kararı).

23 Aral, s. 24 – 25; Develioğlu, s. 28 – 29.

24 Yılmaz, s. 248.

25 Aral, s. 23.

26 Yılmaz, s. 248; Develioğlu, s. 21 – 22.

27 Develioğlu, s. 22.

neğinde olduğu üzere kiralanana farklı bir biçimde kullanarak, elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı kâr, kira alacağından mahsup edilir.

- Türk Borçlar Kanunu'nun TBK m. 408 hükmüne göre, işveren, işi kabulde temerrüde düşmesi halinde işçiye taahhüt ettiği ücreti ödemeye mecburdur; ancak, işçinin bu şekilde tasarruf ettiği bir harcama veya başka bir iş yaparak kazandığı veya kasdî olarak kazanmaktan feragat ettiği şey ücret alacağından mahsup edilir.

- Bir kimsenin haksız fiilden doğan tazminat alacağının miktarı belirlenirken, uğradığı maddî ve manevî zararının hesaplanmasında, haksız fiil mağdurunun zarar verici olaydan elde ettiği faydaların indirilmesi, mahsup için örnek oluşturur²⁸.

- Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre kiraya veren adına ortak giderleri ödeyen kiracı, bu giderleri kiraya verene ödeyeceği kira bedelinden düşebilir; buradaki "düşme" mahsup etme anlamındadır²⁹.

Yukarıda belirtilen genel bilgilerden sonra takas ile mahsup arasındaki başka temel farklar ise şunlardır:

- Takas beyanında bulunulabilmesi için her iki alacağın da aynı cinsten olmasını gerekirken, mahsupta para ile değerlendirilebilir her türlü aynı ve nakdî kazanım indirimine konu edilebilecektir³⁰.

- Takas edilen iki alacak arasında hiçbir bağlantı olmasına gerek olmamasına rağmen, mahsupta talep edilen alacakla hesaplamada kullanılan indirimin birbiriyle sıkı bir bağlantı içinde olmalıdır; mahsupta her iki alacak da aynı hukukî ilişkiden doğmakta veya aynı konuya ilişkin bulunmaktadır³¹.

- Mahsupta alacak miktarı mahkemenin kararıyla sonuç doğurur ve takasın hüküm ve sonuç doğurmasını borçlunun irade beyanına bağlayan TBK m. 143/l hükmü mahsup açısından uygulama alanı bulmaz³².

- Son olarak mahsup alacağın hesabına ilişkin bir husus olduğundan takasın aksine karşılıklı alacakların sona ermesini sağlamaz³³.

B. Trampadan Farkları

Trampa sözleşmesinde esas olan, bir malın başka bir malla değişimidir³⁴.

28 Tekben, s. 304.

29 Develioğlu, s. 23.

30 Develioğlu, s. 25.

31 Develioğlu, s. 25 – 26.

32 Develioğlu, s. 25 – 26.

33 Aral, s. 24.

34 Tekben, s. 306.

Yani taraflardan birinin vermeyi üstlendiği bir mala ya da hakka karşılık, öteki taraf da başka bir mal ya da hak vermeyi üstlenmektedir. Tarafların edimleri karşılıklı değiştirildiğinden, burada **“tam iki tarafa da borç yükleyen sözleşme”** çeşitlerinden biri vardır³⁵. Her iki kurum arasındaki en önemli fark, trampaın bazı mallar veya haklar üzerinde karşılıklı olarak mülkiyetin nakli, devir borcu doğuran bir sözleşme olmasına karşın, takasın, taraflar takas sözleşmesi yaparak aksini öngörmedikleri sürece, tek taraflı bir hukukî işlem olmasıdır. Bir sözleşme olan trampa borç doğurucu karşılıklı olarak mülkiyetin nakli borcu bir işlem iken³⁶, takas borcu sona erdiren bir tasarruf işlemidir³⁷.

Takas ile trampa arasındaki başka temel farklar ise şunlardır:

- Trampa söz konusu olduğunda karşılıklı alacaklar aynı sözleşmeden doğarken, takasta böyle bir zorunluluk yoktur; takasa konu olan karşılıklı alacaklar sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi farklı hukukî kaynaklardan doğmuş olabilir³⁸.

- Trampada takasın geçerlilik şartlarından olan karşılıklı alacakların aynı cinsten olması şartı söz konusu değildir. Takas ancak para ve misli eşya açısından söz konusu olurken, trampada mülkiyetin nakline konu olan şeyin para olması mümkün olmadığı gibi, misli bir şey olması da zorunlu değildir³⁹.

- Trampada sözleşme taraflarının karşılıklı alacak ve borçları bir bağlılık ilişkisi içindedir; bir borcun geçersizliği, kural olarak, diğer borcu da geçersiz kılar. Takas halinde ise karşılıklı borçlar birbirinden bağımsızdır ve birinin geçersizliği, diğerinin geçersizliğini etkilemez⁴⁰.

C. Hapis Hakkından Farkları

İlk bakışta takas ile hapis hakkı birbirlerine yakın kavramlar gibi gözükse de aralarında temel bazı farklar bulunmaktadır.

Takas ile hapis hakkı arasındaki başka temel farklar ise şunlardır:

35 Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri - Sözleşmeler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 341.

36 Develioğlu, s. 29.

37 Develioğlu, s. 29; Tekben, s. 333. *Dar anlamda tasarruf işlemi*, kişinin malvarlığının aktifinde yer alan bir hakkı doğrudan doğruya etkileyerek, hakkı başkasına devreden, sınırlayan, sona erdiren veya hakkın içeriğini değiştiren hukukî işlemidir. *Geniş anlamda tasarruf işlemi*, malvarlığında yer alan bir hakkı veya hukukî ilişkiyi doğrudan etkileyerek devreden, sınırlayan, sona erdiren veya bunların içeriğini değiştiren hukukî işlem olarak tanımlanır. (Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1).

38 Develioğlu, s. 30.

39 Develioğlu, s. 30.

40 Develioğlu, s. 30.

- Hapis hakkında, maddî (fili) bir ilişkinin bulunması yeterli olup, ayrıca takasta aranan, aynı cins iki alacağın bulunması şartına gerek yoktur⁴¹.

- Maddî ilişkiyle karşılıklı aynı cins iki alacağın birlikte bulunduğu hallerde, borçlu dilerse akdin ifa edilmediği def'ini, dilerse takası ileri sürebilir. Taraflardan birinin edimi baştan itibaren para iken, diğer tarafın edimi tazminat alacağına dönüşmüş olduğu zaman, böyle bir durumla karşılaşılır. Borçlunun beyanının anlamı şüpheli olursa, takas beyanının varlığını kabul etmek uygun olur⁴². Zira takasın doğuracağı sonuç diğerinkinden daha basit olup, karşı tarafa, edimin ifasını red veya hapis hakkının kullanılmasından daha çok külfet yüklemesiz⁴³.

- Hapis hakkını kullanan, borcunu karşı edim karşılığında ifa etmek istemektedir⁴⁴. Oysa, takas beyan eden edimde bulunmayı istememektedir. Hapis hakkının amacı bir alacağı teminat altına almaktır, takasınki ise, borçtan kurtulma karşılığında alacağın sona ermesidir⁴⁵.

- Bir davada takas beyanının ileri sürülmesi davanın kesin olarak reddi; hapis hakkının kullanılması ise, davanın geçici olarak reddi sonucunu doğurur⁴⁶.

IV. Takasın Çeşitleri

A. Otomatik Kanuni Takas

Kanunî takas sisteminde, alacaklar karşılıklı olarak aynı anda var olmaları ile kendiliğinden (kanun gereği) sona erer⁴⁷. Bu tür takasta, takas eden, kanundan doğan ve tek taraflı bir inşai yetki niteliğini haiz takas yetkisini, takas beyan edilene yöneltilen tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile kullanmış olur⁴⁸.

Bu konuya en güzel örnek, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde yer alan TMK m. 236/1 hükmü gösterilebilir. Söz konusu madde, "*Her eş veya mirasçılar, diğer eşe ait artık değer in yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir.*" hükmünü içermektedir⁴⁹. Maddede takas için ileri sürülme koşuluna yer verilmemiş olup edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine ka-

41 Aral, s. 25; Develioğlu, s. 32.

42 Aral, s. 25; Develioğlu, s. 32 – 33.

43 Aral, s. 25.

44 Aral, s. 25; Develioğlu, s. 33.

45 Aral, s. 25.

46 Aral, s. 25; Develioğlu, s. 33.

47 Develioğlu, s. 39.

48 Aral, s. 28.

49 Doktrindeki bir görüşe göre ise; buradaki takas, gerçekte yasa gereği kendiliğinden gerçekleşen özel bir türde takas niteliği taşımaz. Bu durumda, yasa kaynaklı bir "hesap (bakiye) artışı" teorisinin uygulanması söz konusudur. (Alper Gümüş, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane "Katılma Alacağı" Doğar?", *YÜHFD*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2009, s. 106).

rar veren mahkemenin katılma alacağı talep eden eşin, diğer eşe bir borcu varsa bunu takas ettikten sonra kalan miktar olursa bunun hüküm altına alınmasını kabul etmiştir⁵⁰. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, eşin, diğer eşe karşı açmış olduğu katılma alacağından kaynaklanan alacak davasında diğer eşin TMK 236/1 maddesi hükmü gereği kendisinin de davacı eşten katılma alacağından kaynaklı alacağı olduğundan bahisle kendi alacağının takas edilmesini istediği takdirde, takas hususu ile harcı yatırılmış usulüne uygun açılmış bir davanın bulunmaması veya karşı dava açılmamış olduğundan bahisle davalı eşin takas ile ilgili ileri sürdüğü iddianın dikkate alınmaması gerektiği yönde kararlar vermekten bu konuda bir “ilke kararı”⁵¹ olarak diğer eşin TMK 236/1 maddesi hükmü gereği kendisinin de davacı eşten katılma alacağından kaynaklı alacağı olduğundan bahisle kendi alacağının takas edilmesini talep etme hakkını *harç yatırmaksızın* tanımıştır. Ancak bu arada dikkat edilmesi gereken husus, davalı eşin de örneğin; “İzmir İli,

50 Kılıçoğlu, s. 843.

51 “... Gerek doktrinde ve gerekse uygulamada takas için ayrı bir davanın açılma zorunluluğu bulunmayıp, def'i olarak ileri sürülmesi yeterli görülmektedir. Ancak her ne kadar 236/1. fıkranın son cümlesinde “takas edilir” ibaresi emir niteliğinde ise de, karşılıklı alacakların takas edilebilmesi için takas def'ini ileri süren kişinin takas edilmesini istediği alacak miktarının da kesinleşmiş, kabul ve infaz edilebilir bir alacak olması gerekir. Yani kesin olarak hak edilmiş bir alacak olsun ki takas edilebilsin” şeklinde açıklanmıştır. Diğer bir anlatımla; sadece takas ve mahsup isteğinde bulunmanın yeterli olmadığı, davacı adına kayıtlı malvarlığı ile ilgili usule uygun açılmış dava veya karşı dava olmadan talebe konu malvarlığının hesaplama dahil edilerek katkı payı alacağının belirlenemeyeceği görüşü hakimdir. Fakat Daire, doktrinde ileri süren görüşler ile savunmalarda yer alan beyanları gözeterek bu görüşünden bu kararlar dönmüştür. Ancak mal rejimi davalarının niteliği, eşler arasındaki uyumsuzlukların en seri ve en az masraflı usul ve yasaya uygun şekilde çözülmesi gerekliliği, aynı tarafların birbirleriyle sürekli davacı davalı durumunda bulunmalarının her iki tarafın geleceği ve aile yaşantıları açısından doğuracağı sakıncalar da tümü ile gözetildiğinde eşlerden birinin açtığı mal rejiminden kaynaklanan alacağa ilişkin davada, davalı durumundaki diğer eşin takas mahsup talebinde bulunması, bu talep tarihinde kesinleşmiş ve belirlenmiş bir alacağının olmaması halinde de isteğinin usul ve yasaya uygun bir talep olarak kabul edilip yargılamaya bu şekilde devam edilmesinin doğru olacağı, diğer bir deyişle davada tam (çifte) tasfiyenin yani külli tasfiyenin dikkate alınması gerektiği kararlaştırılmıştır. Külli (tam) tasfiyenin ve takasın yapılabilmesi için en azından bu konuda davalı tarafından davacıdan ne istediğinin savunma olarak getirilmesi gerektiği ayrıca kesinleşmiş ve belirlenmiş hak edilmiş bir alacağın olmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir. Hiç şüphesiz bu belirlenmiş kesinleşmiş ve böylece hak edilmiş bir alacağın takas edilmeyeceği anlamına gelmez. Talep olmadan ve davacı üzerinde ya da nezdinde hangi mal/malların veya bu tür bir alacağın bulunduğu bilinmeden Mahkemece, kendiliğinden takas ve mahsup işlemini yapması güçtür ve pek olanaklı görülmemektedir. Fakat külli tasfiyenin söz konusu olduğu durumlarda takas ve mahsubun Mahkemece, değerlendirilmesi ve bu konudaki görüşünün ortaya konulması zorunludur (TMK. m. 236/1 son cümle). TMK'nun 236/1- son cümlesine göre takas def'i emir niteliğinde olup, istekle bağımlık ilkesi ile harçsız dava açılmaz kuralına takılmadan isteğin (takas def'inin) değerlendirilmesi görüşü Dairece benimsenmiştir.” (Y. 8. HD. 08.10.2013, 11000/14461 sayılı Kararı AKTARAN: Fatih Karamercan, Katkı - Değer Artış Payı Alacağı & Katılma Alacağı Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 983 – 984).

Konak İlçesi, Çınarlı Mah. 170 Ada, 2 Parselde davacı eşin üzerine kayıtlı taşınmazda benim de katılma alacağım var” diyerek **açıkça takas defisini** ortaya koyması gerekir⁵². Yoksa, hakim re’sen (kendiliğinden) HMK. 26. maddesinde düzenlenen taleple bağlılık ilkesini çiğneyerek araştırma yapamaz⁵³.

B. Beyana Dayalı Takas

Türk Borçlar Kanunu m. 139 ve takip eden maddelerde düzenlenen takas tipi, beyana dayalı takastır. Takas beyanında bulunan, kanundan doğan takas yetkisini, tek taraflı bozucu yenilik doğuran hak olarak kullanır. Söz konusu olan yöneltmesi gereken bir irade beyanıdır ve takasın sonuçları, karşı tarafın iradesine veya hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın doğar⁵⁴.

C. Sözleşmeye Dayalı Takas

Takas bir sözleşmenin de konusunu oluşturabilir ve taraflar alacaklarını takas yolu ile sona erdirmek hususunda bir anlaşma yapabilirler. Sözleşmeye dayalı takasın, TBK m. 139 ve takip eden hükümleri anlamında bir takas olmadığı kabul edilmektedir. Zira taraflar, takas sözleşmesi ile TBK’da öngörölmüş takas şartlarını değiştirmek istemektedirler. ⁵⁵Takas sözleşmesinin kurulması ve geçerliliği, akdin kurulması ve geçerliliği hakkındaki genel hükümlere tabidir⁵⁶. Taraflar, takas anlaşması yapmak sureti ile örnek olarak, takas ile ilgili “karşılıklılık”, “muaccel olma”, “alacakların aynı türden olması” şartını kaldıracabilecekleri gibi takas yetkisinin doğumunu taliki şarta (veya süreye) bağlayabilirler.⁵⁷

V. Takasın Şartları ve Kullanılması

A. Takasın Olumlu Şartları

1. Karşılıklılık Şartı

Beyan edilen takasın hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardan biri, alacaklıların karşılıklı olması, yani takas beyanında bulunan tarafın diğer tarafın hem alacaklısı, hem de borçlusu olmasıdır.⁵⁸ Bununla beraber, takas edilecek alacakların, iki tarafa borç yükleyen

52 Karamercan, s. 979.

53 Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 328.

54 Develioğlu, s. 39 – 40.

55 Develioğlu, s. 41.

56 Aral, s. 29.

57 Develioğlu, s. 41 – 42.

58 Develioğlu, s. 79.

sözleşmeden veya aynı borç ilişkisinden⁵⁹ doğması şart değildir⁶⁰. Karşılıklı alacaklılık ilişkisine sahip olan taraflar arasında, takası mümkün olan birden fazla borç var ise; takas beyanında bulunan tarafın, hangi borcunu karşı tarafın hangi alacağı ile takas etmek istediğini açıkça belirtmesi gerekmektedir⁶¹. Karşılıklılık ilişkisinin baştan (iki alacağın doğduğu andan) itibaren mevcut olması şart değildir; takas beyanının yapıldığı anda mevcut olması yeterlidir.⁶²

Takas beyanında bulunan taraf takas beyanına muhatap olan tarafın alacaklısı ve borçlusu konumunda değil ise, borçların takas yoluyla sona ermesi, kural olarak mümkün değildir⁶³. Bir borçlunun alacaklısına karşı, aynı alacaklıdan alacaklı olan üçüncü kişinin bu alacağını aktif alacak kullanarak takas beyanında bulunması mümkün olmadığı gibi, kendisinin üçüncü bir kişi nezdindeki alacağını ileri sürerek takas beyanında bulunması da imkân dahilinde değildir. ⁶⁴Alacaklı ve borçlunun hukuk süjesi olması, yani şahsiyet hakkına sahip olması gerektiği⁶⁵ gibi ayrıca fiil ehliyetine sahip olması da gerekir.⁶⁶

2. Tarafların Birbirlerinden Olan Alacaklarının Aynı Cinsten Olması Şartı

Türk Borçlar Kanunu m. 139/1 hükmünde yer alan “*miktar para veya özdeş diğer edimleri*” ifadesi takasın diğer şartı olan karşılıklı alacakların aynı cinsten olma şartını ortaya koymaktadır. Edimlerin konularının aynı cinsten olmasından, “borçlanılan edimlerin ifade birbirlerinin yerine geçebilecek nitelikte olması” anlaşılmalıdır.⁶⁷ Takasta bu şartın aranmasının sebebi, karşı tarafın korunması ve böylece takas edenin tek taraflı irade beyanı ile karşılıklı alacakların sona ermesinde hakkaniyetin sağlanmasıdır.⁶⁸ Aynı cinsten olma şartı, karşılıklılık şartı gibi takas beyanının karşı tarafa ulaştığı anda gerçekleşmiş olması gereken bir şarttır. Edimlerin baştan itibaren aynı cinsten olmalarına gerek yoktur.⁶⁹ Taraflardan birinin borcunun para borcuna dönüşmesi (ör-

59 Takas edilecek alacakların farklı hukukî sebepten örneğin; akitten, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olması veyahut borçlar hukuku, eşya hukuku, aile hukuku, miras hukuku ilişkisinden hâsıl olması önemli değildir. (Aral, s. 43).

60 Aral, s. 42.

61 Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, s. 471; Tekben, s. 309 – 310.

62 Aral, s. 43 – 44.

63 Develioğlu, s. 79.

64 Develioğlu, s. 79. Bununla beraber, üçüncü kişinin alacaklıdan olan alacağını borçluya devretmesi mümkün olduğu gibi, tarafların, yani her üç şahsın anlaşmak suretiyle karşılıklılık şartından vazgeçebileceği kabul edilmektedir. (Develioğlu, s. 79).

65 Aral, s. 43.

66 Aral, s. 43; Kılıçoğlu, s. 842; Develioğlu, s. 214; Tekben, s. 333.

67 Aral, s. 56; Develioğlu, s. 127.

68 Aral, s. 56.

69 Develioğlu, s. 127.

neğin; TBK m. 125/1 gereğince alacaklının aynen ifa yerine müspet zararının tazminini istemesi) ve karşı tarafın borcunun para borcu olması halinde takas imkânı ortaya çıkar.⁷⁰ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir olayda, sadece kendi lehine nafaka hükmedilen nafaka alacaklısının alacağına karşılık borçlu da ziynet alacağını ve yargılama giderlerini takas etmek istemiş ancak yerel mahkeme bu istemi reddetmiştir. Temyiz incelemesini yapan Yargıtay 8. Hukuk Dairesi⁷¹, her iki alacağın aynı cins olacak (para alacağı) olmasından kaynaklı takas istenebileceğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

3. Takas Beyanında Bulunan Tarafın Alacağının Muaccel, Diğer Alacağın İfa Edilebilir Olması Şartı

Türk Borçlar Kanunu'nun 139. maddesinin 1. fıkrası, *"her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir."* hükmünü içermektedir. Ancak, hükmün ifadesinin aksine, takasın yapılabilmesi için her iki alacağın muaccel

⁷⁰ Aral, s. 42; Develioğlu, s. 127.

⁷¹ "... TBK'nun 144/3. maddesinde nafaka ve işçi ücretleri örnek verilerek gibi sözcüğüyle, maddenin bunlarla sınırlı olmadığı vurgulanmıştır. Manevi tazminat alacağının takas edilemeyeceğini düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Yargıtay eski kararlarında manevi tazminatın alacaklının rızası olmadıkça takas edilemeyeceğini kabul etmişti. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.12.1980 tarih 1980/12270 Esas - 1980/14925 Karar sayılı kararında da "Prof. Dr. Feyzioğlu'nun da Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 1977 sh. 497 haklı olarak belirtildiği üzere manevi tazminat davaları (alacakları) Borçlar Kanunu'nun 123. maddesinde sayılan ve hepsinin niteliğinde de az çok bir geçim zorunluluğunu giderme gayesi hakim bulunan alacakların dışında kalmaktadır. Bu nedenle manevi tazminat davasına karşı bir maddi işlem alacağından dolayı (her ikisi de para olduğu ahvalde) takas etmek caizdir, yukarıda açıklanan hukuki esaslar gözetilmeden davalının takas isteğinin manevi tazminat davalarına karşı takas istenemeyeceğinden bahisle reddedilmesi yasağa aykırı olduğundan" bozulmasına karar verildiği görülmüştür. "Manevi tazminat alacaklının rızası olmadan takas edilemeyecek alacaklardan değildir. Manevi tazminat alacağı, alacaklının veya ailesinin geçimi için mutlak surette zaruri olan ve bu nedenle alacaklıya fiilen ödenmesi gereken alacaklardan birisi değildir. Manevi tazminat kişilik haklarının ihlali sonucunda doğan manevi zararın denkleştirilmesi için ödenen bir tazminattır. Bu nedenle TBK 144/3 ve EBK 123 b.2 kapsamında bir alacak niteliği taşımadığı için manevi tazminat alacağı takas edilebilir ve bunun için de alacaklının rızası şart değildir." (Dr. Arzu Genç Arıdemir, İÜHFMC C LXVII, S.1-2, s. 81-96, 2009). Somut olayda; Sevda P. tarafından, Gökhan Y. aleyhine Malatya 1. İcra Müdürlüğü'nün 2013/1676 sayılı dosyasında başlatılan ilamlı takipte nafaka alacağının tahsili istenmiş; yine aynı icra müdürlüğü'nün 2013/1675 sayılı dosyasında ise yine aynı borçlu Gökhan'dan aynı ilama dayanılarak ziynet alacağı ve yargılama giderinin tahsili talep edilmiştir. Gökhan Y. da, Sevda P. aleyhine Malatya 2. İcra Müdürlüğü'nün 2014/81 sayılı dosyasında başlattığı ilamlı takipte, manevi tazminat alacağının ödenmesini istemiştir. Malatya 1. İcra Müdürlüğü'nün 2013/1676 sayılı dosyasına dayanarak ilamda, çocuklar için nafakaya hükmedilmemiştir. Bu durumda, sadece kendi lehine nafakaya hükmedilen nafaka alacaklısı Sevda P.'in kendi talebiyle takas istemesinde usulsüzlük bulunmadığı gibi, yukarıdaki açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığında manevi tazminat alacağı takas edilemeyecek alacaklardan olmadığından Sevda P. kendi alacağının, manevi tazminat borcuna takas ve mahsubunu isteyebilir. İcra Mahkemesi'nce, aksine kabul ile talebin reddine karar verilmesi doğru görülmüştür." (Y. 8. HD. 27.06.2016, 8207/11283 sayılı Kararı).

olmasına gerek yoktur.⁷² Takas beyanında bulunan kişinin alacağı (takas alacağı) muaccel, karşı tarafın alacağı (esas alacağı) ise ifa edilebilir olması yeterlidir.⁷³ Zira takas beyanında bulunacak kişi, kural olarak kendi borcunu vaktinde önce ifa edebiliyor ise, borcunu vaktinden önce takas ile sona erdirebilmesi doğaldır. Bu bakımdan, TBK m. 139/1 hükmündeki, takası her iki borcun muacceliyeti şartına bağlayan ifade tarzı isabetli sayılmaz.⁷⁴ İki alacaktan biri muaccel, diğeri ifa edilebilir olduğu takdirde, sadece alacağı muaccel olan taraf, takas beyan edebilir.⁷⁵ Örneğin, (A) ve (B) birbirlerine karşı 10.000 TL borçlanmış iseler, (A)'nın alacağı muaccel hale gelmiş; fakat (B)'nin alacağı henüz muaccel hale gelmemiş ise, 10.000 TL borcunu ifa edebilir durumda olan (A), (B)'ye karşı takas bildiriminde bulunabilmesine rağmen (B)'nin (A)'ya karşı takas bildiriminde bulunma imkânı yoktur.⁷⁶

4. Aktif Alacağın Dava Edilebilir Bir Alacak Olması Şartı

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu 139. maddesinde, takasın şartlarından biri olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen takas beyanında bulunan tarafın alacağı (aktif alacağının⁷⁷) dava edilebilir bir alacak olması gerektiği kabul edilmektedir.⁷⁸ Bunun sebebi ise takasın, karşı tarafın iradesine rağmen karşılıklı iki alacağı sona erdiren hukukî bir kurum olmasıdır.⁷⁹

Alacaklıya dava ve cebri icra yolu ile takip yetkisi vermeyen eksik borçların (kumar ve bahis borçlarının), takas alacağı olarak kullanılması durumunda, örneğin; (A), (B)'den olan kumar alacağını, (B)'ye bir kira sözleşmesi dolayısı ile ödemesi gereken kira borcu ile takas edemez. Fakat bunun tam tersi mümkündür. Yani (A), (B)'ye olan kumar borcu ile ondan kira sözleşmesi dolayısı ile doğan alacağını takas edebilecektir. Bu ayrımın sebebi, eksik bir borcun ifası nasıl mümkün ise, ifaya benzer sonuç doğuracak eksik borca yönelik takas bildiriminin de mümkün ve geçerli olması gerekliliğidir.⁸⁰

72 Aral, s. 65.

73 Develioğlu, s. 141; Aral, s. 65; Tekben, s. 322.

74 Aral, s. 65; Develioğlu, s. 141.

75 Aral, s. 66.

76 Tekben, s. 322 – 323.

77 Takas edenin, takas beyan edilene karşı sahip olduğu alacağa “aktif alacak”; kendisine takas beyan edilenin takas edene karşı sahip olduğu alacağa ise “pasif alacak” denir. (Aral, s. 22).

78 Develioğlu, s. 150; Aral, s. 82.

79 Aral, s. 82.

80 Tekben, s. 325.

Son olarak doktrinde⁸¹, karşılıklı alacaklardan biri ihtilafı olsa bile takas beyanının yapılabilmesine imkân veren TBK 139. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin amacı, takas hakkını kullananın, karşı tarafça ihtilaf çıkarılmak ya da itiraz edilmek sureti ile bu hakkı kullanmasının engellenmesinin önüne geçmek olarak açıklanmıştır.

b. İstisnası

Türk Borçlar Kanunu'nun 139. maddesinin 3. fıkrası, “*Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir.*” hükmünü içermektedir. Bu hüküm uyarınca, zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, takas edilebileceği zaman henüz zamanaşımına uğramamış olması koşulu ile mümkündür.⁸² Örnek olarak, alacağı 01.01.2011 tarihinde zamanaşımına uğramış olan bir kimse, 31.12.2010 tarihinde bu alacağı aktif alacak olarak kullanarak takas beyanında bulunma imkânı elde etmiş ise artık kendi alacağının zamanaşımına uğramış olması onun takas beyanında bulunarak bu alacağı dolaylı yoldan elde etmesine engel olmayacaktır.⁸³ Başka bir örnek olarak, (A), (B)'ye karşı 01.07.2012 tarihinde muaccel olmuş bir alacağın sahibidir. (B) de (A)'ya karşı, 01.01.2013 tarihinde zamanaşımına uğramış bir alacağın alacaklısıdır. (A), 01.02.2013 tarihinde (B)'den alacağının ödenmesini talep eder ve bunun üzerine (B), daha önce zamanaşımına uğramış alacağını takas alacağı olarak kullanmak suretiyle (A)'ya takas beyan eder. Buna göre (B)'nin takas alacağı, 01.07.2012 ile 01.01.2013 tarihleri arasında TBK m. 139/3 hükmü anlamında takas edilebilecek bir alacak niteliği taşır. Bu itibarla yapılan takas geçerlidir.⁸⁴ Aynı doğrultuda Yargıtay⁸⁵ da, zamanaşımına uğramış bir alacağın takasının,

81 Aral, s. 98; Develioğlu, s. 161; Tekben, s. 327.

82 Aral, s. 86; Develioğlu, s. 155; Tekben, s. 326.

83 Develioğlu, s. 156.

84 Aral, s. 87.

85 “... Takas hakkını ileri sürenin alacağı, dava edilebilir bir alacak olmalıdır. Takası ileri süren tarafın alacağının tartışmalı olması, takas ileri sürülmesine engel değildir. Alacağı tartışmasız olan taraf bu takasa itiraz edebilir ve kendi alacağını dava edebilir. Takası ileri süren tarafın bunun için dayandığı alacak, talep ve dava edilebilir bir alacak olması gerekir. Bunu istisnası zamanaşımına uğramış borçlarda görülür. Zamanaşımına uğramış borç talep ve dava edilebilir olamamasına karşın, alacaklı buna takas için dayanabilir. Türk Borçlar Kanununun 139/III maddesine göre, zamanaşımına uğrayan alacak, takas şartlarının tamamlandığı tarihte henüz zamanaşımına uğramamış idiyse, alacaklı takas talebinde bulunabilir.” (Y. 7. HD. 20.10.2014, 10792/19143 sayılı Kararı); “... Takas borcu sona erdiren sebeplerden biridir. Henüz doğmamış veya takas anında sona ermiş alacaklar takas edilemez. Takas edilecek alacaklar aynı nitelikte, aynı türden olmalıdır. Borçlar doğdukları anda aynı türden olabileceği gibi, sonradan da aynı türden olabilirler. Ancak takas hakkının kullanıldığı anda, mutlaka aynı türden olmaları zorunludur. Takası için gerekli olan bir diğer şart da alacağın muaccel olmasıdır. Alacaklı tarafından

takas edilebileceği zaman henüz zamanaşımına uğramamış olması durumunda mümkün olduğunu belirtmektedir.

B. Takasın Olumsuz Şartları

1. Sözleşme İle Engellenmemesi Şartı

Türk Borçlar Kanunu'nun 145. maddesinin 1. fıkrası, "*Borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir.*" hükmünü içermektedir. Taraflar karşılıklı olarak anlaşmak sureti ile mevcut kurallardan farklı düzenlemeler öngörebilirler. Buradan hareketle, kanunen takası mümkün olan bir alacağın takas edilemeyeceğini kararlaştırabilirler. Borçlar hukukuna hâkim olan "akıt serbestisi" ilkesi çerçevesinde yapılabilecek bu tür düzenlemeler TBK m. 145 hükmünde açıkça hükme bağlanmış ve teyid edilmiş bulunmaktadır.⁸⁶

Türk Borçlar Kanunu'ndaki istinai bazı hükümler ise, TBK m. 257/1, TBK m. 326 ve TBK m. 358 hükümleridir.

2. Kanunun Takas Yetkisini Ortadan Kaldırmaması Şartı

Türk Borçlar Kanunu'nun 144. maddesi, "*Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:*

1. *Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*

2. *Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*

3. *Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.*" hükmünü içermektedir. Genel kanun olan TBK'da düzenlenen takası mümkün olmayan alacaklar genel olarak 144. maddede yer almış olup⁸⁷ özel kanunlarda

zaman itibarıyla ifası istenebilir bir borç olması gerekir. Takas edilecek alacağın muaccel olması, buna karşılık asıl alacağın (karşı taraf asıl alacağının) sadece ifa edilebilir bulunması yeterlidir. Takas hakkını ileri sürenin alacağı, dava edilebilir bir alacak olmalıdır. Takası ileri süren tarafın alacağının tartışmalı olması, takas ileri sürülmesine engel değildir. Alacağı tartışmasız olan taraf bu takasa itiraz edebilir ve kendi alacağını dava edebilir. Takası ileri süren tarafın bunun için dayandığı alacak, talep ve dava edilebilir bir alacak olması gerekir. Bunun istisnası zaman aşımına uğramış borçlarda görülür. Zaman aşımına uğramış borç talep ve dava edilebilir olmamasına karşın, alacaklı buna takas için dayanabilir." (Y. 22. HD. 14.01.2016, 2014/27411 E. - 2016/558 K.).

86 Aral, s. 102.

87 Türk Borçlar Kanunu'nun bazı hükümlerinde de takası yasaklayan hükümler bulunmaktadır. Örneğin, TBK m. 407; "... 4857 sayılı İş Kanunu'na bağlı olarak personelin ücretinden kesinti yapılabilecek durum ve tutar bununla sınırlıdır. Yukarıdakiler veya icra niteliğinde kesintiler olmadıkça ücretten başka türlü kesinti yapılamaz. Şu kadar ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 407. maddesine göre "İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. Ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir."" (Y. 7. HD. 28.09.2015, 31518/16609 sayılı Kararı).

düzenlemesi olan hükümler de takas yapılmasına engel düzenlemeleri içerebilir. Örneğin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/5 maddesi, "*Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.*" hükmünü içermektedir. Görüleceği üzere, borçlu durumda bulunan tarafın, hem TBK 144. maddesinde bulunan hem de özel kanunlarda düzenlemesi olan hükümlerdeki alacakları takas yapılmasına engeldir. Ancak, şu hususa da dikkat etmek gerekir. TBK m. 144 hükmünde sayılan alacakların alacaklısı bu alacaklarını takas beyanına konu edebilir ve bu durumda kendisine tanınmış olan korumadan feragat etmiş sayılır⁸⁸.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi⁸⁹, işçinin kıdem tazminatının, TBK m. 144 hükmünde bulunan işçi ücreti sıfatına haiz olmadığından takasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin, kıdem tazminatının işçi ücreti olmadığı konusundaki görüşünü eleştiri konusu yapmamak ile birlikte az yukarıda belirttiğimiz üzere, TBK m. 144 hükmünde sayılan alacakların alacaklısı bu alacaklarını takas beyanına konu edebileceğinden ve bu durumda kendisine tanınmış olan korumadan feragat etmiş sayıldığından, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin içtihatında, TBK m. 144 hükmünde bulunan takas yasağına yer vermesi gereksiz ve anlamsız olmuştur.

88 Develioğlu, s. 177.

89 "... Davalı vekili, davacının 09.09.1988 tarihinden beri çalışmakta iken kendi isteği ile emekli olduğunu ve müvekkil kurum ile ikale sözleşmesi imzalayarak ayrıldığını, ancak davacı hakkında düzenlenen kurum içi soruşturma evrakı ile davacının kurumu zarara uğrattığının tespit edildiğini, zarar miktarının kıdem tazminatı alacağından takas ve mahsup edildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir....

...
Gerek mülga 818 sayılı Kanunu'nun 123. maddesinde, gerekse yürürlükteki 6098 sayılı Kanunu'nun 144. maddesinde, işçi ücretlerinin rıza bulunmadan takas edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu genel açıklamalar ışığında olmak üzere, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan araştırma eksik ve hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır. Somut olayda, davalı tarafından, davacının kurumu zarara uğrattığı gerekçesiyle kıdem tazminatı alacağına karşılık takas def'i ileri sürülmüş, ancak mahkemece bu hususun araştırılmaması doğru olmamıştır. Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 123. maddesi, takas def'i yönünden sadece işçi ücretlerine sınırlama getirmekte olup, kıdem tazminatı alacağına karşı ileri sürülen takas def'inin değerlendirilmesi gerekir. Bu itibarla, mahkemece, davalı tarafından ileri sürülen takas def'i kapsamında, davacının, cevap dilekçesinde ileri sürülen eylemleri ile kurumu zarara uğratarak uğratmadığı ile bu husustaki kusuru belirlenerek sorumluluğu tespit edilmeli ve oluşacak sonuca göre karar verilmelidir. Anılan hususlar gözetilmeksizin, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Y. 22. HD. 16.02.2015, 2013/32589 E - 2015/4819 K.).

VI. Takasın Hukukî Sonuçları

A. Karşılıklı Alacakların Miktar Olarak Az Olanı Oranında Sona Erdirmesi

Takas hakkı kullanılınca karşılıklı alacaklar miktar olarak daha az olan alacak tutarında⁹⁰ alacaklar eşit miktarda ise tamamen sona erer.⁹¹ Örneğin; (A), (B)'den 20.000 TL, (B) de (A)'dan 15.000 TL tutarında alacaklı ise, (A)'nın takas beyanı ile (A)'nın alacağının 15.000 TL ilk kısmı, (B)'nin alacağının tamamı ise sona erer. Aynı şekilde, takas eden kendi alacağının bir kısmı için takas yetkisini kullanabilir. Örneğin, (A), (B)'ye 30.000 TL, (B) de (A)'ya 50.000 TL borçlu ise (A) alacağının 20.000 TL kısmını takas edip, 10.000 TL kısmını peşin olarak ödeyebilir. Bunun sonucu olarak, (A), (B)'den 20.000 TL alacağa sahip olur.⁹²

Bu durum, TBK m. 84 hükmünde ifadesini bulan kısmî ifa yasağına bir istisna teşkil etmektedir; alacağı takas beyanında bulunanın alacağına nazaran miktar olarak daha fazla olan takas beyanının muhatabı, kısmî ifayı kabul etmediğini ileri sürerek takas hakkının kullanılmasını engelleyemez.⁹³ Takas hakkını kullanan şahıs, hem kendi alacağını hem de borçlusu ve alacaklısı bulunduğu kimsenin alacağını ortadan kaldıracığından takası ileri sürme hakkının tek başına devri de mümkün değildir.⁹⁴

Farklı miktarda iki alacağın takas edilmesi halinde, büyük alacağın takas kapsamına girmeyen kısmına “bakiye borç (alacak)” denir.⁹⁵ Bu alacağın “doğum anı” TBK m. 143/2 uyarınca karşılıklı alacakların takas edilebilecekleri andır. TBK m. 131 hükmü, bu andan itibaren uygulama alanı bulur ve takas yoluyla kapsamı değişen büyük miktarda alacağa ilişkin fer’î borçlar, bakiye borçlarla sınırlı olarak devam eder; teminatlar da varlıklarını sürdürürler.⁹⁶

B. Takasın Beyanının Geriye Etkili Olması

1. Genel Olarak

Yukarda da ifade edildiği gibi takas beyanı üzerine, takas edilen alacaklar (takas alacağı - esas alacak) küçük olan alacak miktarınca sona erer. Bu sebeple sona eren bu hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın geri alınması düşünüle-

90 Aral, s. 195.

91 Develioğlu, s. 251.

92 Aral, s. 195.

93 Aral, s. 196; Develioğlu, s. 251; Tekben, s. 332 – 333.

94 Aral, s. 195; Tekben, s. 333.

95 Aral, s. 196; Develioğlu, s. 252.

96 Develioğlu, s. 252; Aral, s. 196.

mez.⁹⁷ Bu sona ermenin gerçekleştiği zaman (an), TBK m. 143/1 hükmünde ifade edilmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre, takas beyanına konu olan iki borç (alacak), “takas edilebilecekleri andan itibaren” sona ermiş sayılırlar.⁹⁸ Takasın bu şekilde geriye etkili olmasının müşterek hukukta hâkim olan, takas yetkisinin veya takas imkânının doğduğu anda, takasın kendiliğinden gerçekleştiği ilkesinin etkisiyle kabul edilmiş olduğu ve bu kabulün altında yatan düşüncenin ise⁹⁹, yetkisi olan kimsenin yetkiyi geç kullanmasından dolayı herhangi bir zarara uğramaması gerektiği yönündeki bir fikir olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰⁰ Bu düşünce uyarınca borçlu kendi alacaklısı ile uyuşmazlığa düşmedikçe veya alacaklı kendisine ifa talebinde bulunmadıkça takas beyanında bulunmayı gerekli görmeyebilir ve sırf bu sebeple onu cezalandırmak doğru olmaz.¹⁰¹

2. Takas Beyanının Geriye Etkili Olmasının Sonuçları

Takas beyanının karşılıklı alacakları geriye etkili olarak sona erdirmesinin gerek tarafların temerrüt hali, gerek işlemiş ve işlemekte olan faizler, gerek doğan cezaî şartlar, gerekse takasa konu alacaklara bağlı teminatların durumu açısından bir takım sonuçları vardır¹⁰². Bu sonuçlar, şu şekilde ifade edilebilir:

- Takas beyanının muhataba varmış olması koşuluyla, takas hakkının doğumu için gereken şartların bir araya geldiği andan sonra ortaya çıkan temerrüt hali bütün sonuçları ile sona erer.¹⁰³ Böylece, takasın mümkün olduğu andan itibaren temerrüt faizleri işlememiş kabul edilecek ve borçlunun kazara meydana gelen zarar sebebiyle sorumluluğu sona erecektir. Faiz ve/veya temerrütten sonra meydana gelen kaza sebebiyle alacaklıya tazminat ödemiş olan borçlu, TBK m. 77 ve takip eden hükümler uyarınca bunların iadesi talep edilebilecektir.¹⁰⁴ Temerrüt faizi ile ilgili varılan sonuçlara sözleşmeye dayalı faiz açısından da varılabilecektir. Takasın geriye etkili olarak hüküm ifade ettiği andan itibaren işlemiş olan sözleşmesel faizler, işlememiş addedilecektir.¹⁰⁵

- Sona erme anından itibaren, sona eren alacakların borçlusuna ait yan

97 Aral, s. 182.

98 Aral, s. 197; Develioğlu, s. 253.

99 Kanun koyucu takas imkânına sahip olduğunu bilen kişinin iktisadi olarak kendini borçlu hissetmeyeceği varsayımından hareket etmiştir. (Aral, s. 198 – 199).

100 Develioğlu, s. 253.

101 Develioğlu, s. 253.

102 Aral, s. 200 – 202; Develioğlu, s. 255.

103 Develioğlu, s. 255.

104 Develioğlu, s. 256.

105 Develioğlu, s. 256. Takas edilen para borçları için temerrüt faizi, takas işleminin yapıldığı tarihe kadar değil, takas edilebilecekleri ana kadar işler. (Nomer, s. 418).

borçlar (faiz borcu ve cezaî şart borcu), sona erer. Sona erme anı ile takas beyanının muhataba vardığı an arasında ödenmiş olan bu yan borçların iadesi, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 77 ve takip eden hükümler gereğince talep edilebilir.¹⁰⁶ Takas edilecek alacakların miktarı birbirinden farklı olduğu takdirde, bakiye alacağa ilişkin faiz veya cezaî şart alacakları devam eder.¹⁰⁷

- Alacağın elde edilmesini sağlamaya yönelik gerek aynî, gerek şahsî teminatlar, alacakların takas edilebilecekleri tarihten önce veya sonra kurulmuş olmalarına bakılmaksızın alacakların ta-kas edilebildiği andan itibaren hükümsüz olur.¹⁰⁸

- Takas beyanı üzerine sona eren esas alacak üzerinde, karşı tarafın takas edilebilirlik halinden sonra bir üçüncü şahıs lehine kurduğu rehin veya intifa hakkı ile üçüncü şahsın bu alacak üzerinde koydurduğu haciz, takas beyanının yapılmasından sonra, hükümsüz olur.¹⁰⁹

C. Zamanaşımını Kesici Etkisi

Aktif alacağın alacaklısı kendisine karşı açılmış davada takas savunmasında bulunursa, bu savunma, yapıldığı anda, aktif alacak açısından zamanaşımını keser; bu sonuç takas terditli olarak¹¹⁰ ileri sürülmüş olduğunda dahi doğar. Zamanaşımını kesmeye yönelik bütün işlemler için olduğu üzere, takas savunması ile ilgili verilecek kararın işlemin zamanaşımını kesici etkisi üzerinde bir belirleyiciliği olmayacaktır; hâkim davalının bu savunmasını, örnek olarak karşılıklı alacaklar aynı cinsten olmadığı için yerinde bulmasa da, aktif alacak açısından zamanaşımı kesilmiş olur. Buna karşılık, eğer takas savunması usulüne uygun yapılmadığı için reddedilirse sonuç farklı olacak, böyle bir savunma, savunmada bulunanın alacağı ile ilgili zamanaşımını kesmeyecektir. Ancak usulüne uygun açılmış bir dava veya ileri sürülmüş bir def'i zamanaşımını kesecektir.¹¹¹

106 Aral, s. 200.

107 Kılıçoğlu, s. 844; Aral, s. 202.

108 Develioğlu, s. 257.

109 Aral, s. 202.

110 Aral, s. 220; Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 140; Yılmaz, s. 266. Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir. "... Dairemizin 04.11.2014 tarih ve 3943 E., 6950 K; 08,12,2014 tarih ve 5307 E., 7906 K; 22,10,2015 tarih ve 2014/11060 E., 2015/6797 K. sayılı ilamlarında da açıklandığı üzere; Yenilik doğuran bir hak olan takasın, davadan önce ve dava sırasında ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi, terditli olarak beyan edilmesi de takasın şarta bağlandığı anlamına gelmemektedir. Takas talebinin mutlaka karşı dava şeklinde ileri sürülmesi zorunlu olmayıp, savunma olarak ta ileri sürülmesi olanaklıdır." (Y. 23. HD. 12.11.2015, 2014/9715 E. - 2015/7268 K.).

111 Develioğlu, s. 266 – 267.

* Çalışmada aksi belirtilmediği sürece TBK veya Türk Borçlar Kanunu ile kastedilen (RG T. 04.02.2011, 27836) ve 11.01.2011 tarihinde kabul edilip 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Kanun'dur.

Sonuç

Çalışmanın başında takas kavramının doktrinadaki görüşler uyarınca izahına çalışılmıştır. Tanımlardan çıkan ortak sonuç ise, takasın karşılıklı iki borcu sona erdirici etkisinden hareketle takasın en önemli işlevinin olan ifanın yerini tutan (ifa ikamesi) özelliği olduğudur. Takasın hukukî niteliği ve işlevi ele alınırken ise, takası bir işlem sıfatında değil bir “hukukî işlem” sıfatında görmenin ve bu neden ile takas beyanı kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı tespit edilmiştir. Devamında, takasın kendisi ile yakından ilişkili müesseselerden olan mahsup, trampa ve hapis hakkında farkları ortaya konulmuştur. Takasın çeşitleri incelenirken otomatik kanunî takas kısmında, edinilmiş mallara katılma rejimine dayalı alacak davalarında, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin ilke kararına da yer verilmiştir. Sonrasında, takasın şartları ve kullanılması kısmında, bu kısım olumlu ve olumsuz şartlar olarak ikiye ayrılmış ve kendi arasında oluşan şartlar tek tek irdelenmiştir.

Takasın olumlu şartları kısmında, ilk olarak karşılıklılık ilişkisinin baştan (iki alacağın doğduğu andan) itibaren mevcut olması şart olmadığı; takas beyanının yapıldığı anda mevcut olması yeterli olduğu ortaya konulmuştur. İkinci olarak, tarafların birbirlerinden olan alacaklarının aynı cinsten olması şartı başlığında, edimlerin konularının aynı cinsten olmasından, “borçlanılan edimlerin ifada birbirlerinin yerine geçebilecek nitelikte olması” anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Üçüncü olarak ise, takas beyanında bulunan tarafın alacağının muaccel, diğer alacağın ifa edilebilir olması şartı başlığında, takas beyanında bulunacak kişinin, kural olarak kendi borcunu vaktinde önce ifa edebileceğinden, borcunu vaktinden önce takas ile sona erdirebilmesi doğaldır. Bu bakımdan, TBK m. 139/1 hükmündeki, takası her iki borcun muacceliyeti şartına bağlayan ifade tarzının isabetli sayılmadığı ifade edilmiştir. Takasın son olumsuz şartı olan Aktif alacağın dava edilebilir bir alacak olması şartı başlığında, TBK 139. maddesinde, bu olumlu şartın takasın şartlarından biri olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen takas beyanında bulunan tarafın alacağının (aktif alacağının) dava edilebilir bir alacak olması gerektiği kabul edilmekte olduğu ve karşılıklı alacaklardan biri ihtilafı olsa bile takas beyanının yapılabilmesine imkân veren TBK 139. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin amacının, takas hakkını kullananın, karşı tarafça ihtilaf çıkarılmak ya da itiraz edilmek sureti ile bu hakkı kullanmasının engellenmesinin önüne geçmek olduğu belirtilerek, TBK m. 139/3 düzenlemesindeki istisnai durumda açıklanmaya çalışılmıştır.

Takasın olumsuz şartları kısmında, sözleşme ile engellenmemesi şartı başlığında, tarafların kanunen takası mümkün olan bir alacağın takas edilmeye-

ceğini kararlaştırabileceklerini ancak bu düzenlemenin TBK m. 257/1, TBK m. 326 ve TBK m. 358 hükmü gibi birtakım istisnalarının da olduğu ortaya konulmuştur. Devamında, kanunun takas yetkisini ortadan kaldırmaması şartı başlığında, TBK m. 144 hükmünden ayrı olarak Avukatlık Kanunu gibi bazı özel kanunî düzenlemelerde de takas yasağının olduğu vurgulanmıştır.

Son olarak takasın hukukî sonuçları ele alınırken, takasın karşılıklı alacakların miktar olarak az olanı oranında sona erdirdiği, geriye etkili olduğu ve zamanaşımını kesici bir etkiye sahip olduğu da belirtilmiştir.

KAYNAKLAR

- Akıntürk, Turgut; Ateş Karaman, Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri*, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Aral, Fahrettin, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, Yetkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2010.
- Aydoğdu, Murat; Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri - Sözleşmeler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Buz, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2005.
- Çukadar, Neslihan, *Borç İlişkilerinde Defi Hakkı ve İtirazlar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Demirbaş, Harun, *Yenilik Doğuran Haklar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, *Takas*, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Gümüş, Alper, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane "Katılma Alacağı" Doğar?", *YÜHFD*, Cilt: 6, Sayı: 1, 2009.
- Karamercan, Fatih, *Katki - Değer Artış Payı Alacağı & Katılma Alacağı Davaları*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona; Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt*, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Muşul, Timuçin, *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Nart, Serdar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Nomer, Hâluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Sarı, Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.
- Tekben, Tuğçe, "Takasın Hüküm ve Sonuçları", *YÜHFD*, Cilt: 8, Sayı: 1, 2011.
- Tercier, Pierre; Pichonnaz, Pascal; Develioğlu, H. Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Topuz, Gökçen; Topuz, Seçkin, "Takasın Davada İleri Sürülmesi", *AÜHFD*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008.
- Vardar Hamamcioğlu, Gülşah, *Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Yılmaz, Ejder, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", *MİHDER*, Sayı: 2, 2010.

- Zeytin, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÖZ

Çalışmanın anlaşılabilmesi için öncelikle takas kavramı, takas kavramının hukukî niteliği ve işlevi, benzer müesseselerden farklılıkları ve takasın farklıları ve çeşitleri üzerinde durulmuştur. Çalışmanın devamında, takasın şartları ve kullanılması ise iki kısma ayrılarak olumlu ve olumsuz şartlar başlığı altında incelenmiştir. Çalışmanın son kısmında ise takasın hukukî sonuçları üzerinde durulmuştur.

Çalışma ele alınırken, Yargıtay'ın konu ile ilgili TBK*'nın yürürlüğe girmesinden sonraki güncel kararları da çalışmada ilgili kısımlarda yer almıştır.

Anahtar kelimeler: takas, mahsup, zamanaşımına uğramış borç, borcun sona ermesi, itiraz, def'i.



İstanbul Medipol Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazı, Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
3. Dipnotlarda yazarın adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Dipnotta yer alan kitap, dergi ve ansiklopedi ismi italik yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
4. Yazı başlığının ve en az 150 en çok 200 sözcükten oluşan özetiyle birlikte yazının içeriğini aktaran beşer tane anahtar kelimenin Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
5. Kaynakça yazımın sonunda yer almalıdır. Kaynakçada yer alan eserler, Times New Roman karakterinde, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Kaynakçada yer alan eserlerde; yazarın soyadı ve adı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı baskı olduğu, yayınevini adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Kaynakçada yer alan eser ismi, ansiklopedi ismi ve dergi ismi italik harflerle yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olduğu saptanan yazılar, hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.
10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
11. Yazı, aşağıda belirtilen e-posta adreslerine Word formatında yayım ilkelerinde belirtilen kurallara uygun olarak gönderilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

ahtopal@medipol.edu.tr

mcattik@medipol.edu.tr

argencer@medipol.edu.tr