



KOCAELİ
ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Aralık 2023 - Sayı: 28

Derginin Sahibi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Bayram KESKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Cemile TURGUT

Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK

Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN

Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Bekir KESKİN

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Dr. Buket KARAMAN

Arş. Gör. Dr. Cansu YENER KESKİN

Arş. Gör. Dr. Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK

Arş. Gör. Övgü Sıla KAYAM

Arş. Gör. Yaprak YEŞİL

Arş. Gör. Diyar ÇAKMAK

Almanca Dil Editörü

Prof. Dr. Herdem BELEN

İngilizce Dil Editörü

Dr. Öğr. Üyesi Murat ESMER

İletişim Adresi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi,

Umuttepe Yerleşkesi

İzmit / KOCAELİ

Tel: 0262 303 26 02

Faks: 0262 303 26 03

İletişim: kouhfd@kocaeli.edu.tr

Elektronik Ağ: <https://www.hfd.kocaeli.edu.tr>

Kapak & Sayfa Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayın

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

Ankara | Aralık 2023

ISSN

1301-8043

E-ISSN

2980-2598

*Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
altı ayda bir yayımlanan ulusal, süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.*

DANIřMA KURULU

Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İstanbul Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (zyeğın niversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR (Kocaeli Üniversitesi / Kocaeli-Türkiye)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Fikret EREN (Bařkent Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK (Galatasaray Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi / Kocaeli-Türkiye)

Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Ufuk Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN (Maltepe Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK (Kocaeli Üniversitesi / Kocaeli-Türkiye)

KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

YAZIM KURALLARI

1. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ulusal ve hakemli bir dergidir; yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir. Bununla birlikte editör tarafından uygun görülen diğer yabancı dillerde hazırlanan yazıların da yayımlanması mümkündür. Bütün yazılarda Latin alfabesi kullanılmalıdır.
4. Dergimiz, hukuk alanında yazılmış araştırma makalesi, karar incelemesi ve çeviri gibi bilimsel çalışmalara açıktır. Yazar, yazının niteliğine göre hangi kategoride bulunduğunu başlığın hemen üzerinde belirtmelidir. Dergide yayımlanan bütün yazılar hakem incelemesinden geçmektedir. Hakem, nitelenmenin içerikle uyumlu olup olmadığını saptar. Bununla beraber nihai nitelendirme editörlere aittir.
5. Yazıların kouhfd@kocaeli.edu.tr adresine gönderilmesi gerekmektedir.
6. Her çalışmada özet, giriş, ana metin, sonuç ve kaynakça başlıklarına yer verilmelidir.
7. Kısaltma ile gösterilecek kelime veya kelime grupları metin içerisinde ilk kullanımda açık bir şekilde yazılmalı, kısaltmasına parantez içinde yer verilmelidir. Ayrıca kısaltma tablosu hazırlanmamalıdır.
8. Dergiye gönderilen yazının başlığı, en az 150 ve en çok 250 kelimeden oluşan özet ve beş anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır.
9. Yazılar, Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında .doc veya .docx uzantılı olarak gönderilmelidir.
10. Dipnotlar da dâhil olmak üzere bütün çalışmada yer alan kelime sayısı 5.000 ile 25.000 arasında olmalıdır. Kelime sayısı bu aralık dışında yer alan yazılar, hakem incelemesine alınmaksızın reddedilmektedir.
11. Çalışma, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak hazırlanmalıdır:
Kâğıt boyutu: A4, dikey
Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2,5 cm; Sağ: 2,5 cm
Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
Dipnot: Times New Roman, 10 punto, tek satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnottaki paragraflarda girintiye yer verilmemeli ve paragraftan önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

Çalışmanın Türkçe başlığının altında, İngilizce başlık bulunmalı; başlıklar metinde ortalanmalıdır. Başlıktan sonra sağa hizalı şekilde yazarın ad-soyad bilgilerine yer verilmeli; yazarın ad-soyad bilgilerine (*) şeklinde dipnot açılarak, dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum (üniversitesi ise fakülte ve anabilim dalı bilgileri), e-posta adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.

Özet, giriş, sonuç ve kaynakça başlıklarına numara verilmez. Bu başlıklar, iki yana yaslı biçimde kalın, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı, 1,25 cm içeriye girintili şekilde yazılmalıdır.

Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

Tüm başlıklar bold (koyu) karakterler ile yazılmalı ve Times New Roman yazı karakteriyle, 12 punto harf büyüklüğünde, 1,5 satır aralığında yazılmalıdır.

Metin içinde yapılan göndermeler her bir sayfanın altında "dipnot yöntemi" kullanılarak gösterilmelidir. Bkz. **Atıf Kuralları**

12. Çevirilerde, orijinal metnin de ek olarak tarafımıza gönderilmesi zorunludur. Yazarın, asıl metnin hak sahibinden ilgili mevzuata göre izin alması ve bunu ispatlaması gerekmektedir. Orijinal metne ve izne ilişkin bilgilere başlığın üzerine konulan yıldızlı dipnotta yer verilmelidir.
13. Etik kurul izni gerektiren çalışmalarda izne ilişkin bilgilere (kurul adı, tarih ve yayın numarası) yöntem bölümünde ve makalenin ilk/son sayfasında yer verilmesi gerekmektedir. İnsan ve hayvanlar üzerinde etik kurul kararı gerektiren klinik ve deneysel çalışmalar söz konusu ise etik kurul tarafından alınan onay belgelenmeli ve makalede beyan edilmelidir. Benzer şekilde veri toplamada kullanılan ölçekler için ölçek sahibinden alınan izin de belgelenmeli ve makalede belirtilmelidir.
14. Yazarlar, etik beyan formu ve telif formunu doldurup ıslak imza ile imzalayıp göndermekle yükümlüdür.

15. Yazarın gönderdiği metin, baskıya hazır metin olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle editör incelemesi ve hakem değerlendirilmesi sonrasında gereken şartları taşıyan metin yazara haber verilmeksizin doğrudan yayımlanabilmektedir.
16. Yazılar hakemlere gönderilmeden önce editör tarafından şekil açısından incelenmektedir. Bu kapsamda yazım yanlışlarının ve anlatım bozukluğunun fazla olması, yayın/etik ilkeleri ile derginin yayın kalitesi ve standartlarına aykırılığın bulunması ve telif haklarının ihlal edilmesi gibi hukuki ve cezai sorumluluğu gerektiren durumların mevcut olması durumunda yazardan gereken düzeltmelerin yapılması istenmektedir.
17. Editör tarafından yapılan şekil incelemesinde uygun bulunan yazılar editör tarafından intihal programına sokulmaktadır. İntihal ve etik dışı davranışlarının tespit edildiği yazılar kesin şekilde reddedilmektedir. Benzerlik oranının %20'den fazla olduğu durumlarda ise yazının içeriği editör tarafından titizlikle incelenmekte ve uygun görülmesi durumunda gereken düzeltmelerin yapılması amacıyla yazara gönderilmektedir.
18. Dergimizde çift kör hakemlik sistemi uygulanmaktadır. Yazılar hakemlere gönderilmeden önce yazarların bilgileri içerisinden çıkartılmaktadır. Hakemler ve yazarların kimlikleri birbirlerinden gizli tutulmakta ve bu bilgiler paylaşılmamaktadır. Editör, yazının içeriğine göre ilgili alanda çalışmaları bulunan iki hakem belirlemektedir. Metnin basılabilmesi için iki hakemden onay almak zorunludur. Hakemler kendilerine gelen yazıyı inceledikten sonra gerekçesini açıklamak kaydıyla kabul, düzeltme ve ret kararı verebilmektedir. Kabul kararı verilmesi durumunda yazı mevcut hâliyle yayımlanabilmektedir. Düzeltme kararı verilmesi durumunda ise hakemden gelen talepler doğrultusunda yazardan ilgili değişikliklerin yapılması beklenmektedir. Hakem raporu doğrultusunda yazar düzeltmeleri en kısa sürede tamamlamalıdır. Düzeltilen yazı yine aynı hakeme gönderilmektedir. Hakemlerden birinin kabul, diğerinin ret kararı vermesi durumunda editör çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilmektedir. Üçüncü hakemin de ret kararı vermesi durumunda yazı, yayımlanmamak üzere yazara iade edilmektedir.
19. Editör veya yayın kurulu üyeleri dergiye yazı gönderebilmektedir. Bu durumda yazının sahibi, yayım sürecine katılmamakta ve süreç, tarafsızlık ve derginin yayım ilkelerine uygun şekilde ilerlemektedir.
20. Yazar, en geç hakem süreci bitene kadar yazının yayımlanmasından vazgeçebilmektedir.
21. Yazarlara ve hakemlere herhangi bir ücret ödenmemektedir.

ATIF KURALLARI

Metin içinde yapılan göndermeler her bir sayfanın altında "dipnot yöntemi" kullanılarak gösterilmelidir.

a) Tek yazarlı kitap:

Bayram Keskin, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 44.

b) Çeviri kitap:

Anthony Giddens, Modernliğin Sonuçları, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25.

c) İki yazarlı kitap:

Herdem Belen / Mehmet Köksal, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları Şema Kitap, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 41.

d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:

Herdem Belen / Funda Çelebi / Hafize Kır / Mehmet Şengül / Sezer Çabri / Duygu Koçak Diker / Eylem Apaydın / Hilal Daver, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları Cilt 1: Miras Hukuku, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 6.

e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:

Övgü Sıla Kayam, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (erişim tarihi: 8.4.2023), s. 33.

f) Kurum Yayını:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Yargılama Düzeninde Kalite, İstanbul, 1998, s. 58.

g) Makaleler:

• *Dergide yer alan makale:*

Varol Karaaslan, ‘Anayasa Mahkemesinin Harçlar Kanunu 28 ve 32 Maddeleri Hakkındaki Kararı ve Harçlar Kanununda Yapılan Değişiklik Sonucu Ortaya Çıkan Yeni Hukuki Durum’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2011, ss. 141-152, s. 150.

• *Armağanda yer alan makale:*

Hakan Çebi, ‘Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt’, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, ss. 111-138, s. 121.

h) Derleme:

Yusuf Çalışkan, “Dispute Settlement in International Investment Law”, Yusuf Aksar (der.), Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms, Martinus Nijhoff, Lieden, 2011, s. 123.

ı) Aynı kaynağa tekrar atıf vermek için:

Yazarın Soyadı / Kurum Adı, aynı yazara ait birden fazla esere atıf varsa eserin kısaltılmış adı, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

Belen / Köksal, s. 41.

Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya, s. 141.

Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 200.

TÜSİAD, s. 56.

KAYNAKÇA**a) Tek yazarlı kitap:**

KESKİN, Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

b) Çeviri kitap:

GIDDENS, Anthony, Modernliğin Sonuçları, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrintı Yayınları, İstanbul, 1998.

c) İki yazarlı kitap:

DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2022.

d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:

BELEN, Herdem / ÇELEBİ, Funda / KIR, Hafize / ŞENGÜL, Mehmet / ÇABRİ, Sezer / KOÇAK DİKER, Duygu / APAYDIN, Eylem / DAVER, Hilal, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları Cilt 1: Miras Hukuku, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:

KAYAM, Övgü Sıla, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (erişim tarihi: 8.4.2023).

f) Makaleler:

• *Dergide yer alan makale:*

KARAASLAN, Varol, ‘Anayasa Mahkemesinin Harçlar Kanunu 28 ve 32 Maddeleri Hakkındaki Kararı ve Harçlar Kanununda Yapılan Değişiklik Sonucu Ortaya Çıkan Yeni Hukuki Durum’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2011, ss. 141-152.

• *Armağanda yer alan makale:*

ÖZEN, Burak, ‘Yirmi Yıl Önce Ölmüş Bir Kişi Adına Tapuda Kayıtlı Olan Taşınmazın Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Kazanılamaması’, Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 932-954.

g) Derleme:

ÇALIŞKAN, Yusuf, “Dispute Settlement in International Investment Law”, Yusuf Aksar (der.), Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms, Martinus Nijhoff, Lieden, 2011.

İÇİNDEKİLER

Künye.....	ii
İçindekiler	xi

KAMU HUKUKU

Normatif Hukuki Pozitivizm ya da Hukuki Pozitivizmin Kıymeti

Normative Legal Positivism or the Value of Legal Positivism

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin GÜNAL	3
------------------------------------	---

ÖZEL HUKUK

Tasfiye Hâlindeki Anonim Şirketin Bölünmeye Katılması

Participation of a Joint Stock Company in Liquidation in Demerger

Arş. Gör. Atahan GÜNCAN	51
-------------------------------	----

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Esaslı İhlalin Kistasları

*The Criteria of Fundamental Breach Under the United Nations Convention on Contracts for
International Sale of Goods*

Hilal KURUBAŞ	81
---------------------	----

Limited Ortaklıkta Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri

Transfer of Registered Shares in Limited Partnership

Recep ORHAN	107
-------------------	-----

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeden Dönme

*Cancellation of Contract and Legal Consequences in Case of Contractor's Default in
Construction Contracts in Return for Land Share*

Gürkan UYSAL	133
--------------------	-----

ÇEVİRİ

“Küreselleşme” ve “İlkel Birikim”in “Sürekli” Süreci: Çok Taraflı Yatırım Anlaşması-Mai Örneği

*“Globalization” and the “Permanent” Process of “Primitive Accumulation”:
The Example of the Mai, The Multilateral Agreement on Investment*

Prof. Dr. Claudia von WERLHOF

Çev.: Arş. Gör. Rıdvan TÜRK	165
-----------------------------------	-----

KAMU HUKUKU

Normatif Hukuki Pozitivizm ya da Hukuki Pozitivizmin Kıymeti^(*)

Normative Legal Positivism or the Value of Legal Positivism

Dr. Öğr. Üyesi **Hüseyin GÜNAL**^(**)

Öz:

Bu makalenin amacı hukuki pozitivizm geleneği içerisinde yer alan normatif pozitivizmin genel ilkelerini açıklamaktır. Normatif pozitivizmin savunucuları öncelikle hukuki pozitivizm öğretisi içerisinde baskın olan hukukbilim yapma anlayışını önemli bir sorun olarak ortaya koyarlar. Metodolojik pozitivizm olarak nitelendirilen bu anlayışa göre, hukukbilimle ahlaki muhakeme arasında bir bağlantı yoktur. Hukukbilim yapma öncelikle betimsel ve ahlaki olarak nötr bir faaliyettir. Kavramsal pozitivizm olarak adlandırabileceğimiz bu anlayış, normatif pozitivistlere göre hukuki pozitivist gelenekten bir kopma oluşturur. Normatif pozitivistlerin kendi öncülleri olarak gördüğü ilk hukuki pozitivistler, kavramsal pozitivistlerin aksine hukuki pozitivizmi kendi radikal ajandalarının bir parçası olarak görmüşlerdir. Thomas Hobbes ve Jeremy Bentham farklı amaçlarla da olsa olan hukukla olması gereken hukukun birbirinden ayrılmasını ve hukukun vatandaşlar için belirli ve ulaşılabilir olmasını savunurken, hukukçuların toplumun geri kalanı üzerinde hegemonya oluşturmasını eleştirirler. Hukuki pozitivizmin entelektüel dip akıntısını yeniden üste taşıdıklarını belirten çağdaş normatif pozitivistler, hukuki pozitivizm içerisindeki yumuşak pozitivizm-sert pozitivizm ayrımını temel alarak, sert pozitivizmi betimsel olarak değil kurallandırıcı-buyurucu bir program olarak benimserler. Çağdaş normatif pozitivistler hukuki pozitivizmi günümüzün hukuki ahlaki politik sorunları karşısında, bu sorunlara yanıt verebilecek değerli, kıymetli, kullanışlı bir öğreti olarak benimserler.

Anahtar Kelimeler:

Normatif Pozitivizm, Etik Pozitivizm, Jeremy Bentham, Tom Campbell, Jeremy Waldron.

Abstract:

The aim of this article is to explain the basic tenets of normative positivism within the tradition of legal positivism. Advocates of normative positivism initially raise the predominant conception of jurisprudence within the doctrine of legal positivism as an important problem. According to this understanding which is characterized as methodological positivism, there is no connection between jurisprudence and moral reasoning. Jurisprudence is primarily a descriptive and morally neutral activity. This approach, which we can call conceptual positivism, constitutes a break with the core legal positivist tradition according to

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 09.11.2023 - Makalenin kabul tarihi: 14.11.2023.

^(**) Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye, E-posta: huseyin.gunal@altinbas.edu.tr, Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-3671-4622>.

normative positivists. Unlike the conceptual positivists, the early legal positivists, whom the normative positivists saw as their forerunners, regarded legal positivism as part of their radical agenda. While Thomas Hobbes and Jeremy Bentham advocated, albeit for different purposes, the separation of the law as it is from the law as it ought to be, and that the law should be determinate and accessible to citizens, they criticized the hegemony of the lawyers over the rest of society. Contemporary normative positivists, who state that they carry the intellectual undercurrent of legal positivism back to the top, relying on the soft positivism-hard positivism distinction within legal positivism and adopted hard positivism not descriptively but as a prescriptive-normative program. Contemporary normative positivists embrace legal positivism as a valuable and useful doctrine that can respond to today's legal, moral and political problems.

Keywords:

Normative Positivism, Ethical Positivism, Jeremy Bentham, Tom Campbell, Jeremy Waldron.

GİRİŞ

Hukukun doğasının açıklanmasıyla ilgili görüşler arasında günümüzde en geçerli olanlardan biri hukuki pozitivistizmdir. Hukuki pozitivistizmin uzun süredir mevcut olan egemenliği sık sık karşıtları tarafından sorgulansa bile, bu sorgulamaların hukuki pozitivistizmi tahtından etmek konusunda başarıya ulaştığını öne süremeyiz. Hukuki pozitivistler genellikle karşıtlarının argümanlarına yanıt vererek, diyalektik bir süreç sonunda kendi pozisyonlarını tahkim etmekte oldukça mahirler. Hukuki pozitivistizm tüm bu baskın karakterine rağmen, hukukbilim camiasında halen daha önyargılarla ele alınmaktadır. Bu önerme sadece ülkemizde bulunan az sayıdaki hukuk felsefesiyle ilgilenenler açısından değil hukukbiliminin ve dolayısıyla hukuki pozitivistizmin kalbinin attığı Anglo-Sakson dünyası için de geçerlidir¹. Hukuki pozitivistizme karşı önyargıların kökeni gerçekten uzun ve derin bir entelektüel soy bilimi araştırmasını gerektiriyor ve makalemizin odak noktasını bu konu oluşturmuyor fakat tarihin bize öğretti önemli bir ders var; önyargıların kökeninin büyük oranda eksik bilgidir yahut bilgisizlikten kaynaklandığı.

¹ Schauer, hukuki pozitivistizmin aslında hukuk ve ahlak arasında yaptığı ayrımın ahlaki olarak iyi bir şey olmasına karşın, muarızları tarafından çarpıtılarak diğer hukuk teorilerine kıyasla parya muamelesi görmesinin sağlandığını belirtir. Frederick Schauer, "Positivism as Pariah", Robert P. George (der.), *Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1999, s. 31-55. Gardner, hukuki pozitivistizmle ilgili yanlış anlamaları ele aldığı makalesine oldukça sert bir soruyla başlar: "Herhangi bir düşünce geleneğinin mensuplarının gerçek felsefi görüşleri, hukuki pozitivistler kadar kapsamlı bir şekilde hırpalanmış, çarpıtılmış, yanlış değerlendirilmiş, kabaca psikanalize tabi tutulmuş ve kötü niyetli dedikodu ve kulaktan dolma bilgilerle saçma bir şekilde yeniden icat edilmiş midir? Felsefe tarihinde başka herhangi bir tez, hukuki pozitivistizm kadar yaygın ve bu kadar aşağılayıcı bir şekilde yanlış ifade edilmiş, yanlış yorumlanmış, yanlış uygulanmış ve istismar edilmiş midir?" John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 22-23. Hart, 1958 yılında yazdığı makalede hukuki pozitivistizmle ilgili önyargılara değinir: "Esasen aşağılayıcı bir isim olmayan 'Hukuki Pozitivistizm', entelektüel savaşlarda silah olarak kullanılan pek çok kavram gibi, karmaşık, farklı günahlar yığınının yerine geçiyor". H.L.A. Hart, "Pozitivistizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması", (çev. E. Uzun), Sercan Gürler (der.), H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, Tekin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 103.

Hukuki pozitivizmle ilgili önyargıları dağıtmanın en kestirme yolu tek bir hukuki pozitivizmin olmadığını belirtmesidir. Tıpkı hukuki pozitivizmin karşıtı olarak konumlanan doğal hukukçu öğretinin birbirinden farklı hatta birbirine karşıt bir sürü pozisyonu kendi içinde barındırması gibi hukuki pozitivizm de kendi içinde birbirinden farklı ve birbirine karşıt bir sürü pozisyonu barındırır. Hukuki pozitivizmin, hukukun doğasına ilişkin açıklamalarını sadece kavramsal bir mesele olarak görmekle yetinmeyen, hukuki pozitivizmin gerçekleştirilmesi gereken bir ideal olduğunu savunan normatif pozitivistlerin önemli temsilcileri arasında, Tom Campbell, Jeremy Waldron, Frederick Schauer, Neil MacCormick, Gerald Postema, Jeffrey Goldsworthy sayılabilir. Bu düşünürler arasında belki sıkı bir fikri birlik olduğu öne sürülemez fakat belirli ilkeler temelinde benzer görüşleri savundukları söylenebiler. Bunların içerisinde normatif pozitivizmi tutarlı, anlaşılabilir ve ayrı bir teori olarak sunmaya çalışanlar Tom Campbell ve Jeremy Waldron'dur. Dolayısıyla bu makalede öne sürülen argümanlarda, daha çok bu iki düşünürün fikirleri merkeze alınacaktır. Normatif pozitivizmin önemli unsurlarının anlatılacağı bu makale üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, hukukbilimi içerisindeki metodolojik tartışmalara da değinilerek normatif pozitivizmin, çağdaş hukuki pozitivizm tartışmaları içerisinde nerede konumlandığı anlatılacaktır. Söz konusu tanımlama yapıldıktan sonra, ikinci bölümde normatif pozitivizmin, hukuki pozitivizm tartışmaları içerisinde yeni ortaya çıkmış bir anlayış olmadığı, tarihsel süreç içerisinde üstü kapalı kalmış fakat önemli bir geleneğin devamı olduğu öne sürülecektir. Tarihsel olarak hukuki pozitivizm geleneği içerisindeki yeri belirlendikten sonra ise hukuki pozitivizmi faydalı bir araç olarak gören çağdaş normatif pozitivistlerden Tom Campbell ve Jeremy Waldron'un temel iddiaları ve öne sürdükleri argümanları nasıl gerekçelendirdikleri özet şeklinde sunulacaktır.

Metodolojik olarak normatif pozitivizmin hukukbilimi içerisindeki yerini haritalandırmadan önce, bir terim olarak normatif pozitivizm tabirinin üstünde durulması ve önemli bir kayıt düşülmesi gerekir. Bu makalenin açıklama iddiasında olduğu "normatif pozitivizm" olarak isimlendirilen ekol, hukuki pozitivizm içerisinde var olan ve hukukun doğasının normlarla temellendiğini belirten anlayıştan farklıdır². Aşına olanların bildiği gibi John Austin'in hukukbiliminin bilimsel anahtarını içerdiğini söylediği hukuka dair tanımı: Toplumun geri kalanının alışkanlıktan hareketle itaat ettiği, üstün bir egemenin, yaptırımla desteklenmiş buyruklardır. Austin'in hukukla ilgili tanımında, hukuki söylem içerisinde önemli bir yeri olan hukukun normatif yönüne dair açıklamalar eksiktir. Örneğin Austin'de hukukun otoritesi, hukuki yükümlü-

² Türkçe literatürde bu anlayış, John Austin'in "İradeci Pozitivizminin" aksine "Normcu Pozitivizm" olarak adlandırılmaktadır. "Normatif hukuki pozitivizm" ise, söz konusu iki hukuki pozitivist açıklamadan da farklıdır.

lük, hukuki ödevlerin doğasıyla ilişkili olması gereken açıklamaların tamamı dışsal bir bakış açısıyla ele alınmış, davranışsalçı açıklamalardır. Roger Shiner'in basit pozitivizm olarak adlandırdığı bu bakış açısı hukuku tamamen kaba toplumsal olgulara indirger³. Oysa çağdaş pozitivistlerin çok azı günümüzde hukukun doğasının açıklanmasına ilişkin bu basit anlayışı kabul eder. Bugün bir klasik haline gelmiş *The Concept of Law* kitabının başında Herbert Hart, Austin'in hukukun doğasına dair öne sürdüğü tezlere tamı tamına bu nedenle yani hukukun pratik yanını ve hukukla ilişkili aktörlerin perspektifini değerlendirmekten uzak olduğu için karşı çıkar⁴. Hukuk sistemlerinin zorunlu olarak birincil ve ikincil kuralların birleşiminden oluştuğunu belirten Hart, hukukun normatifiğini resmi görevlilerin toplumsal pratiği olan tanıma kuralından hareketle açıklar⁵. Aynı şekilde, Hans Kelsen saf hukuk kuramında, hukukun bütün toplumsal olgulardan bağımsız olarak normatif bir sistem olmasına vurgu yapar⁶. Çağdaş hukuki pozitivistlerin artık neredeyse tamamı bu iki düşünürün ileri sürdüğü gibi, hukukun normlarla temellenen, pratik bir faaliyet olduğunu kabul etmektedir. Fakat hukukun normlarla temellendiğini kabul ederken, Hart ve Kelsen hukukun doğasıyla ilişkili bu açıklamalarının normatif olduğunu yani politik veya etik bir değer taşıdığını düşünmezler. Oysa bizim burada ele alacağımız normatif pozitivistler, hukukun pozitivist açıklamasının normatif olarak iyi, değerli bir şey olduğunu savunurlar.

Hukukun normlardan oluştuğunu belirten anlayışın ve normatif pozitivizmin aynı şekilde isimlendirilmesi dilsel bir sorun ortaya çıkardığı için normatif pozitivizmin temsilcilerinden Tom Campbell normatif pozitivizm terimi yerine etik pozitivizm terimini kullanır⁷. Campbell, ahlaki yerine etik tabirini kullanmasının nedenini, etik pozitivizm teriminin, kurumsallaşmış uygulamaların tasvirini ve kurumsal roller üstlenenlerin davranış biçimlerini etkileyen

³ Roger Shiner, *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought*, Clarendon Press, Oxford, 2011, s. 19-39. Shiner'e göre: "Basit pozitivizm, hukuk teorisyeninin tüm hukuka ve tüm hukuk sistemine dışsal bir bakış açısıyla yaklaşmasının sadece mümkün değil aynı zamanda gerekli olduğunu iddia eder". Shiner, s. 25.

⁴ Hart'ın Austin eleştirisi için bkz. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 18-78.

⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 100.

⁶ Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 10-15.

⁷ Tom Campbell, bilimsel yöntem olarak insan davranışlarını madden gözlemlenebilir şeylere indirgeyen empirik sosyal bilimsel yönetime karşı olarak Dilthey, Weber ve Schutz'un hermenötik yöntemini kullandıkları için övdüğü yeni pozitivistlerin, hukuku, empirik pozitivizmde olduğu gibi yaptırımların kestirimsel uygulanmasına yahut hukuki realizmde olduğu gibi mahkemelerin kararlarına yani tamamen maddi fenomenlere indirgemediklerini belirtir. Yeni pozitivistler arasında Hart'ı, Kelsen'i ve Neil MacCormick'in isimlerini zikreden Campbell, yeni pozitivizmin zaman zaman "normatif pozitivizm" olarak adlandırıldığını bu nedenle kendi savunduğu kuram için alternatif olarak bu tabiri kullanmadığını belirtir. Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge, New York, 2016, s. 79.

ikinci dereceden ahlaki sebepler sistemini daha iyi ifade etmesi olarak açıklar⁸. Ahlaki terimi, etik teriminin aksine bire bir toplumsal etkileşime vurgu yapmaktadır dolayısıyla “etik pozitivizm” tabiri, hukukun önemli toplumsal amaçlara hizmet eden kurumsallaşmış bir iş yapma biçimi olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret eder. Normatif pozitivizmin diğer çağdaş temsilcisi Jeremy Waldron ise etik tabirinin bu bağlamda kurumların normatif standartlarla değerlendirilmesinden çok kişisel davranışların değerlendirilmesine atıf yaptığını belirterek Campbell’in isimlendirmesine katılmaz ve normatif pozitivizm tabirini kayıt koyarak kullanmaya devam eder⁹. Bu makalenin devamında farklı bir kayıt koyulmadığı takdirde “normatif pozitivizm” kavramı hukuki pozitivizmin normatif değerini temel alan kuram olarak kullanılacaktır¹⁰.

I. NORMATİF POZİTİVİZMİN KONUMLANDIRILMASI

A. Farklı Hukuki Pozitivizmler

Normatif pozitivistlerin hukukla ilgili görüşlerini nasıl biçimlendirdiklerini anlamak için söz konusu öğretinin öncelikle hukuki pozitivizm tartışmaları içerisindeki yerini belirlemek gerekir. Bunun için hukuk felsefesi içerisinde yakın zamanda önemli bir yer edinen hukuk felsefesinin nasıl yapılması gerektiğini açıklayan metodolojik tartışmalara değinilmelidir. Hukuki pozitivizm, öncelikle ele alındığı şekliyle, hukukun ne olduğu sorusunu en doğru

⁸ Campbell, The Legal Theory of, s. 3.

⁹ Jeremy Waldron, “Normative (or Ethical) Positivism”, Jules Coleman (der.), Hart’s Postscript: Essays on the Preemptory to the Concept of Law, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 412.

¹⁰ Literatürde “normatif pozitivizm” yerine “etik pozitivizmden” daha farklı tabirler de kullanılmaktadır. Bunların en popülerleri arasında “politik pozitivizm” ve “ideolojik pozitivizm” kullanımlarını sayabiliriz. Politik pozitivizm için bkz: Richard Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron’s Contribution to Political Positivism’, Oxford Journal of Legal Studies, Cilt: 9, Sayı: 4, Yıl: 2010, ss. 749-773. Ideolojik Pozitivizm tabiri, İtalyan hukukçu ve politik teorisyen Norberto Bobbio tarafından pozitif hukuka, pozitif hukuk olduğu için itaat edilmesi gerekliliğiyle ilgili bir ideoloji olarak tanımlanır. Pierluigi Chiassoni, “From Savigny to Linguistic Analysis: Legal Positivism Through Bobbio’s Eyes”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 330-331. Çağdaş normatif pozitivistlerin çoğunluğu Avustralya ve Yeni Zelanda kökenli oldukları için David Dyzenhaus tarafından bunlara “antipodean” pozitivistler ismi verilir. Antipodean terimi İngilizce’de Avustralya ve Yeni Zelanda için kullanılır. David Dyzenhaus, ‘The Justice of the Common Law: Judges, Democracy and the Limits of the Rule of Law’, yayınlanmamış ders, Melbourne, 8 November 2000, s. 4. Hukuki pozitivizmin öncelikle hukukun doğasına dair bir teori olduğunu savunan John Gardner ise normatif pozitivistleri “positivity-welcomers” olarak niteler. Gardner hukuki pozitivizmi ahlaki, politik bir amaç için araçsallaştırdıkları için normatif pozitivistlerin kavramsal pozitivistlere oranla hukukçular tarafından ehven-i şer olarak görüldüklerini belirtir. İngilizcedeki “welcomers” ifadesi sıcak, hoş karşılananlar olarak çevrilebileceği gibi bir yere yeni gelenler için de kullanılır. Gardner, eğer bu anlamıyla normatif pozitivistleri, asıl hukuki pozitivistler olarak gördüğü kavramsal pozitivistlere geçiş için bir ara form olarak görüyorsa normatif pozitivistler bu iddiayı rahatlıkla yanıtlayabilirler çünkü ileride ayrı bir bölümde değerlendireceğimiz gibi hukuki pozitivizmin ataları normatif pozitivizmi benimsemişlerdir. Gardner, s. 26.

şekilde açıklama iddiasında bulunan bir teoridir. Bu anlamda hukuki pozitivizm, hukuku ahlaki ve toplumsal olgulardan ibaret sayan doğal hukukçu öğretisi yahut hukuku sadece yargılama safhasına indirgenmiş tamamen empirik bir faaliyet olarak gören hukuki realizm ekolünde olduğu gibi birinci derece bir teoridir. Hukuk felsefesi içerisindeki ana tartışma tahmin edileceği gibi öncelikle birinci derece teoriler arasındadır. Fakat hukukbiliminin araştırma programı sadece bundan ibaret değildir. Özellikle yakın zamanda analitik gelenekten gelen hukukbilimciler, bir araştırma şekli olarak hukuk felsefesinin kendisini sorgulamaya başlamışlardır. Bu yeni sorgulama alanı metodolojik hukukbilim olarak adlandırılır. Metodolojik hukukbilimin penceresinden bakıldığında, hukuki pozitivizm hukukun doğasının ne olduğuyla ilgili birinci derece bir teori olmaktan çıkıp ikinci derece bir teori yahut başka bir nitelendirmeyle meta teori haline gelir¹¹. Tıpkı ahlak ve meta ahlak ikilisinde olduğu gibi hukukbilimine nasıl yaklaşacağımıza dair yargılar hukukun doğasının açıklanması sorusuna vereceğimiz yanıtlarla yakından bağlantılıdır.

Hukuk felsefesi içerisindeki metodolojik kamplaşmaya bakıldığında kabaca iki pozisyon olduğunu görürüz. Bunların ilki, hukukla alakalı doğru bir teorisinin ahlaki, politik yahut işlevsel değerlendirmeden bağımsız bir yaklaşımla kurulamayacağını belirten anlayışları kabul eden normatif hukukbilimcilerdir¹². İkinci grup ise hukukun ne olduğuyla ilgili doğru bir teori kurmak için ahlaki, politik, işlevsel bir değerlendirme yapmamıza gerek olmadığını belirten betimsel hukukbilimcilerdir¹³. Betimsel hukukbilimciler, metodolojik pozitivistler olarak da adlandırılır. Hukukun ne olduğuna dair tartışmada yaşanan ayrışmanın burada büyük oranda korunduğu yani anti-pozitivistlerin

¹¹ Genel hukukbilimin metodolojisine odaklanan çalışmalar içinde en derli toplu olanı ve bütün bir kitabı bu konuya ayıran eser Julie Dickson'ın kitabıdır. Dickson, Joseph Raz'ın başarılı bir hukukbilim yapmak için benimsediği iki kriteri yani, hukukbiliminin öncelikle hukukla ilgili zorunlu doğru önermelerden oluşması ve hukukun doğasını yeterli bir şekilde açıklama gerekliliklerini temel alarak, hukuk felsefesinin John Finnis, Ronald Dworkin ve H.L.A. Hart gibi önemli aktörleriyle hesaplaşır. Dickson'ın kendi öne sürdüğü argümanlarına göre hukukbilimi yapma faaliyeti değerlendirmeden bağımsız değildir fakat bu değerlendirme dolaylı bir değerlendirmedir yani ahlaki ve politik değerlendirmeyi içine almaz. Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2001. Hukukbilimi yapmanın dolaylı bir değerlendirme yapmayı gerektirdiği fakat ahlaki ve politik bir değerlendirmeyi içermediğine katlanı düşünürler için bkz: Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, New York, 2001, s. 177-217. Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2011, s. 109-135.

¹² Normatif metodolojiyi benimseyenler arasında en önemlileri John Finnis ve Ronald Dworkin'dir. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, s. 3-22. Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümlerliği*, (çev. E. Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2018, s. 72-152.

¹³ Betimsel hukukbilimciler arasında pozisyonu en tartışmalı olan Herbert Hart'tır. Hart'ın metodolojik pozisyonu zaman içerisinde yazdıkları açısından değerlendirildiğinde tutarsız olarak görülebilirse de nihayetinde akademik hayatının sonunda *The Concept of Law* kitabına yazdığı son ek kısmında açıkça betimsel metodolojiyi benimsemiştir. Hart, *The Concept of Law*, s. 240. Bu pozisyonu diğer benimseyenler için bkz. Coleman, *The Practice of Principle*, s. 177-217, Marmor, *Philosophy of Law*, s. 109-135, Gardner, s. 26-29. Dickson, s. 133-144.

ilk öğretiyi benimsediklerini bunun karşısında ise pozitivistlerin hukuk felsefesini kendi içinde özerk, bilimsel bir disiplin olarak gördükleri için ikinci anlayışı kabul ettikleri hatta bunun bir zorunluluk olduğu düşünülebilir. İlk bakışta doğru gibi görünen bu çıkarımın yanlış olduğu öne sürülmelidir. Çünkü kaideyi bozan istisnalar mevcuttur. Örneğin Michael Moore doğal hukukçu olmasına rağmen hukuk felsefesinin betimsel bir araştırma programını gerektirdiğini belirtir¹⁴. Moore, böylelikle hukukun doğasına dair görüşlerinde Dworkin ve Finnis'in anti pozitivist kampına dahil edilebilirken hukuk felsefesinin betimsel, bilimsel bir faaliyet olduğunu kabul eder. Kaideyi bozan istisnalara diğer bir örnek ise normatif pozitivizmi savunanlardır. Örneğin Jeremy Waldon, bir yandan hukuk felsefesinin normatif bir faaliyet olduğunu kabul ederken hukukun doğasına dair yaklaşımı tıpkı Herbert Hart, Joseph Raz ve Jules Coleman gibi pozitivisttir yani hukukun toplumsal bir olgu olduğunu kabul eder¹⁵.

O halde hukuki pozitivizme dair ayrımı öncelikle birinci derece teorileri, ikinci derece teorilerden ayırarak yapabiliriz. Böyle bakıldığında hukuki pozitivizm bu makalenin anlam haritası içerisinde, birinci derece bir teori olarak maddi pozitivizm ve ikinci derece bir teori olarak normatif pozitivizm ve metodolojik pozitivizm¹⁶ olarak ayrılmalıdır. Maddi hukuki pozitivizm hukuk kavramı ve hukukun doğasıyla yahut her ikisiyle ilgili analitik bir teoriyken, normatif pozitivizm maddi hukuki pozitivizmin ilkelerinin kabul edilmesi için ahlaki ya da politik nedenler olduğunu ileri sürer¹⁷. Metodolojik pozitivistler, hukuk teorisinin betimsel, yani, ahlaki, politik değerlendirmeden bağımsız bir faaliyet olduğunu vurgularken yine çoğunluğu hukukun doğasına dair görüşlerinde maddi pozitivizmi benimserler¹⁸. Çağımızda bu pozisyonu inşa

¹⁴ Michael S. Moore, "Law as Functional Kind", Robert P. George (der.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1994, s. 188-245.

¹⁵ Waldron, "Normative", s. 411-433

¹⁶ "Metodolojik hukuki pozitivizm" kavramını ilk kullanan düşünür Stephen Perry'dir. Metodolojik pozitivizm kavramı hukuk teorisine ilgili bir kavram olduğundan literatürde yerine kullanılan "betimsel hukukbilim" yahut "betimsel hukuk teorisi" kavramlarıyla aynı anlama gelir fakat "betimsel pozitivizm" hukuk teorisine ilgili değil hukukun doğasına ne olduğuyla ilgili bir kavramdır, bu iki kavramın birbiriyle karışma ihtimali olduğu için metodolojik pozitivizm kavramının kullanımı önemlidir. Perry örneğin hukukun doğasıyla ilgili pozitivist teorileri tanımlamak için "maddi hukuki pozitivizm" tabirini kullanır böylelikle birinci dereceden sınıflandırmayla ikinci dereceden sınıflandırmayı birbirinden ayırır., Stephen Perry, 'Hart's Methodological Positivism', *Legal Theory*, Cilt: 4, Sayı: 4, Yıl: 1998, ss. 427-467, s. 427.

¹⁷ Torben Spaak / Patricia Mindus, "Introduction", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 12.

¹⁸ Spaak / Mindus, metodolojik pozitivistlerin hukukla değil hukuk bilimiyle ilgilendiklerini yani hukuk biliminin doğru anlaşıldığında değerler bakımından tarafsız olduğunu savunduklarını belirtirler. Bu cümlede iki tane hata olduğunu düşünüyorum öncelikle böyle okunduğunda bu ifadede sanki metodolojik pozitivistlerin sadece hukuk biliminin yapıma şekliyle ilgilendikleri anlaşılabilir. Oysa bu iddia açıkça hatalıdır çünkü yukarıda belirtildiği gibi örneğin Hart hem metodolojik pozitivisttir hem de hukukun doğasıyla ilgili açık-

eden ve savunan hukuk teorisi aktörlerinin önde gelen ismi Herbert Hart'tır. Hart, *The Concept of Law* kitabına nerdeyse 30 yıl sonra yazdığı ekte kendi anlayışını Ronald Dworkin'in yaklaşımından ayırmak için açıkça hukukbilimine yaklaşımının betimsel yani aklaki olarak nötr ve herhangi bir amaçla gerekçelendirmeden bağımsız olduğunu belirtir¹⁹. Anlaşılabacağı gibi, Hart'ın hukukbilimiyle ilgili görüşleri, hem maddi hem metodolojik olarak pozitivisttir. Hukukbiliminde metodolojik tartışmaların yoğunlaşması Hart'ın kitabına yazdığı ek sonrası artmıştır. Normatif pozitivistlerin kendilerini metodolojik pozitivistlerden hangi gerekçelerle ayırdıklarına gelmeden önce maddi hukuki pozitivistizmin farklı anlayışları ortaya konulmalıdır.

Hukuki pozitivistler kendi içlerinde farklılaşsalar da hepsinin ortak olarak savunduğu tez hukukun nihai olarak toplumsal bir olgu olduğu tezidir²⁰. Toplumsal olgular insanların toplumsal etkileşimlerdeki davranış, kanaat ve tavırlarıyla ilgili olgulardır²¹. Pozitivistler hukukun nihai olarak toplumsal olmasında anlaşmalarına karşın, bu tekdüzeliğin abartılmaması gerekir. Bu anlamda pozitivistler arasında belirleyici olan ayırım, hukuk nihai olarak toplumsal olsa da acaba toplumsal bir pratikten kaynaklanan hukukun geçerliliğinin ahlaki muhakemeye izin verip vermediği tartışmasıdır. Daha basit bir ifadeyle, Hart'ın ortaya koyduğu biçimiyle, bir toplumda hukukun geçerliliğini sağlayan şey, resmi görevlilerin pratiği olarak kabul edilen tanıma kuralıysa, tanıma kuralını ortaya çıkaran toplumsal pratik, ahlaki bir ilke veya kuralı hukuki geçerlilik için temel alabilir mi tartışmasıdır. Bu tartışma, ileride göreceğimiz gibi normatif pozitivistlerin iddialarını anlamak için önemlidir.

Hukuki pozitivistler bu tartışmada ikiye ayrılırlar. Bir kısmı, belirli bir hukuk çevresinde eğer resmi görevlilerin tanıma kuralını pratik etme şekilleri ahlaki normları içeriyorsa o hukuk çevresine has olarak yani olumsal olarak

lamaları değerlendirildiğinde maddi pozitivisttir. İkinci hata ise metodolojik pozitivistlerin, hukuk biliminin değerler bakımından tarafsız, nötr olduğunu öne sürdüklerinin söylenmesidir. Toplumla ilişkili bütün teori inşa faaliyetlerinde olduğu gibi hukuk teorisi de hukukun zorunlu ve yeterli şartlarını ararken önündeki unsurlar bakımından bir değerlendirme yapar. Örneğin bir masanın masa olarak hukukun zorunlu unsurları içerisinde yer almadığı açıktır çoğu teorisyen bunu dikkate bile almaz fakat bu dikkate alma ya da almama faaliyetinin kendisi bir değerlendirme faaliyetidir. Sanırım burada karıştırılan ahlaki, politik değerlendirmenin kendi başına bütün değerlendirme faaliyetlerini kapsadığına dair yanlış görüştür. Spaak / Mindus, s. 13.

¹⁹ Hart, *The Concept of Law* s. 240.

²⁰ Raz'a göre, en genel terimlerle ifade edildiğinde hukuki pozitivistizmin toplumsal tezi, neyin hukuk ve neyin hukuk olmadığını nihayetinde toplumsal bir olgu olduğudur. Raz'a göre bununla bağlantılı olarak pozitivist ahlaki tez ise, hukukun ahlaki değerinin, hukukun içeriğine ve uygulandığı toplumun koşullarına bağlı olan olumsal bir mesele olmasıdır. Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 37. Shapiro, hukuki pozitivistlerin, bütün hukuki olguların nihai olarak sadece toplumsal olgular tarafından belirlendiği görüşünü öne sürdüklerini belirtir. Scott J Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, s. 27.

²¹ Mark Murphy, *Philosophy of Law*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2007, s. 30.

tanıma kuralının ahlaki içeriğe ve ahlaki muhakemeye izin verdiğini kabul ederler. Bu anlayışı savunanlar hukukbilim literatüründe “yumuşak” yahut “kapsayıcı” pozitivistler olarak adlandırılır²². Pozitivistlerin diğer bir kısmı ise örneğin Joseph Raz’ın yaptığı gibi hukukun zorunlu olarak otorite sahibi olma iddiasına ters düştüğü için yahut başka argümanlarla tanıma kuralının ahlaki içeriğe ve muhakemeye izin vermediğini belirtirler. Bunlara ise literatürde “sert” veya “dışlayıcı” pozitivistler ismi verilir²³.

Hukuki pozitivizmi anlamak için diğer önemli nokta normatif bir sistem olarak hukukun diğer normatif kurallarla özellikle de ahlakla arasındaki ilişkinin belirlenmesidir. Hukuki pozitivistler, John Austin’in “hukuk bir şeydir; onun değerli olup olmadığı başka bir şeydir” mottosunu ortaya koymasından beri hukukla ahlak arasındaki ilişkiye odaklanırlar. Literatürde “ayırım tezi” olarak adlandırılan anlayışa göre hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ yoktur. Ayırım tezinin anlamı hukuki pozitivistler ve karşıtları tarafından uzun süredir irdelenmektedir. İlk bakışta, ayırım tezinin bütün pozitivistler tarafından kabul edildiği, hatta ayırım tezinin, hukuki pozitivizmin benimsediği toplumsal tezin zorunlu uzantısı olduğu düşünülebilir. Fakat ayırım tezini en azından yukarıda belirlendiği şekilde yani hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağ olmaması anlamında kabul etmeyen hukuki pozitivistler mevcuttur. Joseph Raz, Andrei Marmor, Leslie Green, John Gardner, Jules Coleman gibi pozitivistler hukukla ahlak arasında zorunlu bağlar olduğunu belirterek yukarıda belirtilen şekliyle bu tezi kabul etmezler²⁴. Bu düşüncülerin ortak önerisi, ayırım tezinin manasının sınırlanması ve yenilenmesi şeklindedir. Örneğin John Gardner yakın zamanda çok etkili olan “*Legal Positivism: 5 ½ Myths*” başlıklı makalesinde hukukla ahlak arasındaki ayrımı hukuki geçerlilik temelinde kurar²⁵.

²² Kapsayıcı pozitivizmi savunan düşünürler ve argümanları için bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 200-212. Coleman, *The Practice of Principle*, s. 103-119. Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994. Kenneth Einar Himma, *Morality and the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 61-89.

²³ Sert pozitivistleri savunan düşünürler arasında Joseph Raz, Andrei Marmor, Brian Leiter ve Scott Shapiro sayılabilir. Sert pozitivistlerin bu pozisyonu ayrı ayrı benimsemek için argümanlarının titizlikle açıklandığı eser için bkz. Engin Arıkan, *Sert Pozitivizm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

²⁴ Mindus / Spaak, “Introduction”, s. 9.

²⁵ Gardner’a göre hukukla ahlak arasında zorunlu bir bağın olmadığı şekliyle anlaşıldığında ayırım tezi absürttür ve önde gelen hiçbir hukuk filozofu bu şekliyle tezi kabul edemez. Hukukla ahlak arasında bir sürü zorunlu ilişki bulunmaktadır en basitinden hem hukuk hem ahlak bazı geçerli normları içermek bakımından zorunlu olarak benzerdir. Bu önemsiz örneğin yanında Gardner, hukukla ahlak arasında başka birçok zorunlu bağlar mevcut olduğunu ve hukuki pozitivistlerin bunları vurgulamak için büyük bir çaba sarf ettiklerini belirtir. Gardner’e göre, pozitivist gelenek içerisindeki düşünürlerden, Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz ve Coleman’ın hepsi hukukun doğasının farklı yönlerini açıklarken hukuk ve ahlak arasındaki önemli zorunlu bağların bir kısmına vurgu yaparlar. Gardner, s. 48. Waluchow, ayırım tezinin, eğer pozitivistlerin ahlakın hukuk üstünde hiçbir etkisinin olmadığını kabul ettikleri çıkarımıyla okunursa çok yanlış olacağını, ayırım tezinin çok özel ve sınırlı bir anlamı olduğunu belirtir. Waluchow’a göre ayırım tezini öne

Gardner’ın formüle ettiği şekliyle “herhangi bir hukuk sisteminde verili bir normun hukuki olarak geçerli olup olmadığını yahut verili bir normun hukuk sisteminin bir parçası olup olmadığını gösteren şey o normun değerine değil kaynaklarına bağlıdır”. Gardner’ın tanımlamasıyla hukukla ahlak arasındaki ilişki değerlendirilirken temel alınması gerekenin, hukuki geçerlilik yani hukukilik problemi olduğu vurgulanır²⁶.

Ayırım tezinin hukukla ahlak arasında zorunlu bir bağ yoktur anlamına gelmediği, buradaki ayırımın ahlakın metafiziği ile hukukun metafiziği arasındaki bir fark olduğu, onun da hukukilikle yani hukuki geçerlilikle ilgili olduğu, artık hukuki pozitivistlerin hepsi tarafından kabul edilmektedir²⁷. Buradan şu sonuca varılabilir, hukuk felsefesi geleneği açısından iki tane ayırım tezi vardır, bunların ilki, artık hukuki pozitivistler tarafından kabul edilmeyen fakat anti-pozitivistlerin sıklıkla cephanelerini boşaltmak için başvurdukları korkuluk adam haline gelen, hukukla ahlak arasında zorunlu bağ olmadığı anlamındaki ayırım tezidir, ikincisi ise farklı versiyonları mevcut olsa da hukuki pozitivistlerin kabul ettikleri ayırım tezidir.

Ayırım tezinden başka, elimizde hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiyle alakalı bir tez daha vardır: “Ayrılabilirlik tezi”. Ayrılabilirlik tezi, kapsayıcı ya da yumuşak pozitivistlerin kendilerini sert pozitivistlerden ayırmak için, kullandıkları tezdır. Kapsayıcı pozitivistler, Ronald Dworkin’in Hart’a yönelttiği eleştirilerinde, iki önemli farklı tezi birbirine karıştırdığını, böylelikle de kendince gerçek pozitivistin ancak sert pozitivist olabileceği sonucuna ulaştığını öne

sürerken pozitivistler temel bir noktayı vurgularlar: Hukukun kendisi yahut hukukilik, bir hukuk sisteminin yahut o hukuk sisteminin yasalarının ahlaki bir değere sahip olmasını garanti altına almaz. Will J. Waluchow, “The Origins of Inclusive Legal Positivism”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 489. Waluchow yumuşak pozitivist, Gardner ise sert pozitivist savunmasına karşın ayırım tezinin sınırlanması gerektiği konusunda aynı fikirde oldukları rahatlıkla söylenebilir.

²⁶ Ayırım tezi bu şekilde yeniden nitelendirildiğinde pozitivist geleneğin içerisindeki yumuşak ve sert pozitivist ayrımı Gardner tarafından buna göre değerlendirilir. Böylelikle, yumuşak hukuki pozitivistler, bazı hukuk sistemlerinin normların değerlerine göre hukuki olarak geçerli olabilmesine izin verdiğini fakat bu iznin ancak hukuki olarak geçerli diğer normlar, hukuki geçerlilikle ilgili olarak bu değerleri (örneğin makul olması gibi) seçerse mümkün olduğunu savunurlar. Sert pozitivistler ise bu argümanı reddederler. Onlara göre, sadece ve yalnızca makul yasaların geçerli olacağını beyan eden bir yasa, görünüşe rağmen, başka hiçbir normu hukuki olarak geçerli kılmaz. Aksine, bu tarz ahlaki normları makul olarak sınıflandırarak onaylama görevini bir yetkililiye (örneğin yargıçlara) verir. Bu sert pozitivist bakış açısından değer yüklü olan yasaların geçerliliği onların değerli olmalarına değil bir resmi görevlinin onları değerli olarak sınıflandırmasına yani kaynaklarına bağlıdır. Gardner, s. 21-22.

²⁷ Doğal hukukçular için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Örneğin Alexy hukuki pozitivistizmle ilgili yukarıda geçen tezlerden toplumsal tezi, hukuki pozitivistizmle ayırt eden bir tez olarak ele almaz. Ona göre toplumsal tez doğal hukukçular tarafından da kabul edilen ilginç yönü olmayan bir tezdır. Alexy hukuki pozitivistizmin asıl ayırt edici vasfının ayırım tezinde ortaya çıktığını söyler. Fakat Alexy’nin kendi anlayışına temel aldığı ayırım, hukukla ahlak arasında zorunlu bir bağlantının olmadığıdır. Robert Alexy, The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism, (çev. B. L. Paulson / S. L. Paulson), Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 3, 20-23.

sürerler²⁸. Buna göre, ayırım tezi: Kavramsal bir zorunluluk meselesi olarak, bir normun hukuki geçerliliğinin asla onun ahlaki normlarla olan tutarlılığına dayanmadığıdır. Ayrılabilirlik tezi ise: Bir normun hukuki geçerliliğinin ahlaki normlarla olan tutarlılığına dayandırılabilirliğinin kavramsal olarak mümkün fakat hiçbir şekilde zorunlu olmadığıdır²⁹. Ayrılabilirlik tezine göre hukukilik ve ahlak sadece ayrılabilir, yani birbirinden ayrılma kapasitesi mevcuttur fakat böyle olması zorunlu değildir. Kısacası yumuşak pozitivistler ayırım tezini reddederlerken, ayrılabilirlik tezini bütünüyle kabul ederler³⁰. Tüm bunlardan sonra şimdi artık normatif pozitivistlerin tüm bu hukuki pozitivist tezler açısından nasıl bir anlayışa sahip olduklarını sorgulamaya başlayabiliriz³¹.

B. Normatif Pozitivizmin Farklı Hukuki Pozitivizmler İçerisindeki Yeri

Normatif pozitivistler öncelikle ikinci derece bir teori olarak hukuki pozitivizm içerisindeki baskın anlayışa yani metodolojik pozitivizme itiraz ederler. Yukarıda kısaca değindiğimiz bu baskın anlayışa göre hukukbilimi içerisinde, bir teori ortaya koymak için ahlaki ve politik bir değerlendirme yapmaya ihtiyaç yoktur. Hukuk kavramının açıklanması, tıpkı bilgi kavramının açıklanmasına benzer, kimse bilginin açıklanmasının ahlaki bir argüman öne sürmeyi gerektirdiğini yahut bilginin ahlaki olarak gerekçelendirilmesi gerektiğini söylemez. Aynı şekilde metodolojik pozitivistler, kendine has toplumsal bir organizasyon olarak hukukun ahlaki olarak nötr, kavramsal bir açıklanmasını sunduklarını öne sürerler. Bu şekilde sunulan bir açıklama hukukun özelliklerinin iyi yahut kötü olduğunu belirtmez ve belirtmek zorunda değildir. Hukuka, ne zaman ve niçin itaat edilmesi gerektiğini ortaya sermez. Hukuk kuramı bu ikincil soruların cevaplandırılması için vazgeçilmez bir öncüdür, fakat kendisi bu soruları yanıtlayamaz. Böylelikle metodolojik pozitivizm olarak adlandırılan görüş, hukukbilimin, ahlak felsefesinden ve politika felsefesinden özerk bir disiplin olduğunu savunur. Metodolojik pozitivistlere göre hukukun doğası analitik bir şekilde zorunlu ve gerekli şartların ortaya konulmasıyla belirlenir. Metodolojik pozitivistlerin bakış açısından hem hukukbiliminin hem de hukukun kendisinin ahlakla arasında zorunlu bir bağlantı yoktur.

²⁸ Waluchow, "The Origins of ...", s. 494.

²⁹ Waluchow, "The Origins of ...", s. 495.

³⁰ Waluchow, "The Origins of ...", s. 495.

³¹ Hukuki pozitivizmin benimsediği iki tezden daha bahsedilebilir, bunlar, toplumsal etkililik tezi, yani hukukun geçerliliğinin (bir sisteme mensup olmak anlamında) o hukuk sistemine mensup olan yurttaşların en azından büyük kısmının hukuka riayet etmelerini ve resmi görevlilerin de hukuku uygulamalarına bağlı olmasıdır. Hukuki pozitivistlerin mühim düşünürlerinden ikisi Hans Kelsen ve H.L.A. Hart bu tezi kabul ederler. Sonuncu hukuki pozitivist tez ise semantik tezdır. Semantik teze göre hak, yükümlülük, geçerlilik, ödev, otorite gibi kelimelerin hukuki kullanımı, ahlaki kullanımlarından farklıdır. Yine Hart ve Kelsen'in semantik tezi benimsediği söylenebilir. Spaak / Mindus, s. 11.

Normatif pozitivistler, metodolojik pozitivizme karşı çıktıkları oranda anti-pozitivist geleneğin hukukbilimiyle ilişkili değerlendirmesine yaklaşırlar. Konunun daha iyi anlaşılması açısından kısaca iki düşünürün bu konudaki bakışını ortaya koymak istiyorum. John Finnis'in ve Ronald Dworkin'in hukukbilimine yaklaşımları metodolojik pozitivistlerin görüşlerini olumsuzlar. Onlara göre hukukun ne olduğunun açıklanması onun ahlaki-politik değerinin açıklanmasından bağımsız olamaz.

Finnis'e göre hukukun açıklanması çabası doğan makul bir hukuk teorisi normatif olarak durağan olamaz³². Hukuk insan eylemleriyle ilgili olduğundan yani insanların seçimlerinin sonuçlarından ortaya çıktığından makul bir hukuk teorisi ve onun zorunlu özellikleri hukuk yapmanın ve onu sürdürmenin sebeplerini gösterecek şekilde inşa edilmelidir³³. Finnis, buradan hareket ederek öncelikle Hart'ın hukuk sistemiyle ilgili merkezi vaka anlayışını ve içsel bakış açısı anlayışını temel alır. Hatırlanacağı gibi Hart'ın ortaya koyduğu içsel bakış açısı anlayışı, hukukun açıklanması için sadece dışsal aktörlerin bakış açısına değil bizatihi hukuki aktörlerin içsel bakış açısına referansta bulunmayı gerektirir³⁴. Yani hukukun ne olduğunun bilinmesi için John Austin'in anlayışında olduğu gibi hukuk aktörlerinin davranışlarındaki dışsal düzenlilikler seviyesinde kalmayıp hukuki kuralları kendi eylemleri için standart olarak belirleyenlerin pratik bakış açılarına atıf yapılması gerekir. Yalnız Hart'ın öne sürdüğü anlayışa göre hukuka dair içsel bakış açısını benimseyenler bunu ahlaki sebeplerle yapmak zorunda değildirler. Hart bir hukuk sisteminin geçerli olması için olmazsa olmaz gördüğü resmi görevlilerin o hukuk sistemini içsel bakış açısıyla benimsemelerini, uzun dönem çıkar hesaplarına, çok da üstünde düşünülmemiş öylece tevarüs edilmesine veya geleneksel bir tavra ya da sadece diğer herkesin öyle yaptığı için öyle yapma isteğine dayandırır³⁵. Finnis, tam da Hart'ın içsel bakış açısıyla ilgili bu anlayışına itiraz eder. Finnis'e göre içsel bakış açısını ahlaki olmayan sebeplerle kabul edenlerin perspektifi merkezi içsel bakış açısı perspektifi olamaz. Finnis bunları açıkça, hukuku var eden pratik bakış açısının olması gereken halinin sapkın veya seyreltilmiş versiyonları olarak görür³⁶. Finnis'in öne sürdüğüne göre, hukuka bakışta merkezi bir vakayı ele aldığımız gibi içsel bakış açısında da merkezi bir anlayışı benimsememiz gerekir ve içsel bakış açısının bu olması gereken anlayışı kariyeristlerin, konformistlerin veya gelenek-

³² John Finnis, 'Law and What I Truly Should Decide', *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48, Sayı: 1, Yıl: 2003, ss. 107-129, s. 119.

³³ Finnis, 'Law and What ...', s. 129.

³⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 81.

³⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 203.

³⁶ Finnis, *Natural Law*, s. 14.

seleçilerin anlayışı olamaz³⁷. Merkezi katılımcı içsel bakış açısı, Finnis'e göre, hukuk sisteminin ayrıksı toplumsal bir yapı olarak kurulmaya, sürdürülmeye değer olduğunu kabul eden tam da bu nedenle hukuka itaat etmenin ahlaki bir yükümlülük olduğunu vurgulayan bakış açısıdır. Eğer resmi görevliler hukukla ilgili bu perspektife sahip değillerse, hukuk sistemi istikrarsız hale gelir³⁸. Demek ki hukuk teorisinin vazifesi, hukuk sistemine ahlaki olarak bağlı bakış açısını ortaya koymaktır. Böyle ortaya konulduğunda Finnis'in bakış açısı metodolojik pozitivistlerin tam zıddıdır. Hukukun doğasını gerçek anlamıyla ortaya koyabilmek için hukukun ahlaki anlamının ve amacının bilinmesi gerekir. Finnis'e göre bu sorunun yanıtı öncelikle her insan için nesnel olarak gördüğü kendiliğinden aşikâr insani temel iyiliklerin belirlenmesinde yatar. Temel insani iyilikler şöyle sıralanır: Yaşam, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyalleşme, din (anlam arayışı anlamında) ve pratik makuliyet³⁹. Finnis, kişinin kendi iyiliğini aramasıyla, başkalarının iyiliğini araması arasına keskin bir sınır çizilemeyeceğini kabul eder. Örneğin sosyalleşme kişinin kendini geliştirmesinin bir parçasıdır fakat sosyalleşme arayışı aynı zamanda bizi politik cemaatin ortak iyisiyle ilgilenmeye yöneltir. Ortak iyi kavramı, Finnis'in kendi hukuk teorisini inşa etmesini sağlar. Ortak iyinin sağlanması için insan davranışlarının koordine edildiği stabil ve düzenli bir toplumda yaşamamız gerekir. İnsanlar akıl sahibi mahluklar olmalarına karşın ortak iyiye ulaşmak için hangi yolun izlenmesinin en iyi olacağı konusunda anlaşmazlığa düşebilirler. Hukukun amacı Finnis'e göre hangi eylemi gerçekleştirmemiz gerektiğini yetkeyle düzenleyerek bu sorunu çözmektir. Hukukun otoritesi temel iyilerin güvence altına alınmasını ve ortak iyinin izlenmesini için ortaya çıkan koordinasyon sorunlarının çözümünün tek yoludur. Bu ahlaki olarak değerli amaç hukuka içkindir⁴⁰.

Metodolojik hukukbilimle ilgili görüşlerine değineceğimiz diğer düşünür Ronald Dworkin'dir. Dworkin, öncelikle hukuku anlamak için onu inşai olarak yorumlamamız gerektiğini belirtir. İnşai yorum Dworkin'e göre, "bir nesne veya pratiği dahil olduğu kabul edilen form yahut türün mümkün en iyi örneği kılabilmek için, ona bir amaç yükleme meselesidir⁴¹." Anlaşılabacağı gibi Dworkin hukukun yorumsal bir kavram olduğunu kabul eder. Peki, hukuku mümkün en iyi halde göstermemizi gerektiren form yahut tür nedir? Bu tür yahut form Dworkin'in hukukun anlamını ya da hukukun amacını belirlemesinde ortaya çıkar. Dworkin bunu şöyle ifade eder:

³⁷ John Finnis, "Grounds of Law and Legal Theory: A Response", *Legal Theory*, Cilt: 13, Sayı: 3-4, Yıl: 2007, ss. 315-344, s. 315, 336.

³⁸ Finnis, *Natural Law*, s. 14.

³⁹ Finnis, *Natural Law*, s. 86-90.

⁴⁰ Finnis, *Natural Law*, s. 276-277.

⁴¹ Dworkin, *Hukukun Hükümleri*, s. 80.

“Hukuk hakkındaki tartışmalarımız genellikle hukuk pratiğinin en soyut temel amacının, yönetimin iktidarına şu şekilde rehberlik ettiğini ve sınırlandırdığını varsayar: Hukuk, gücün, dikkate alınan hedefler için ne kadar kullanışlı olursa olsun, bu amaçlar ne kadar faydalı veya asil olursa olsun, kolektif gücün ne zaman haklı olduğu hakkındaki eski siyasi kararlardan kaynaklanan bireysel haklar ve yükümlülükler ruhsat vermedikçe veya gerektirmedikçe kullanılmaması veya geri çekilmesi gerektiğinde ısrar eder⁴².”

Dworkin’in yukarıdaki ifadelerinden anlaşıldığına göre, onun için hukukun anlamı veya işlevi yöneticilerin elinde tuttuğu kolektif gücün kontrol edilmesi ve gerekçelendirilmesidir. Hukuku inşai olarak yorumladığımızda onu kolektif gücün kullanılmasını gerekçelendiren en iyi haliyle yorumlarız. Böylelikle Dworkin’e göre, bir hukuk teorisinin hukuku anlamak için dolaysız ve ahlaki değerlendirmede bulunması zorunludur. Hukukun işlevi kolektif gücün gerekçelendirilmesi olduğuna göre başarılı bir hukukbilim teorisinin hukuku ahlaki olarak gerekçelendirilmiş bir şey olarak görmesi gerekir. Bu anlayışa göre belirli bir hukuk çevresinde kolektif gücü gerekçelendiren şeyin ne olduğunu sormadan hukukun ne olduğunu anlamamız mümkün değildir. Hukukun doğasının ne olduğuna dair öne sürülen argümanlar asla hukukun ahlaki olarak gerekçelendirilmesinden ve işlevinden bağımsız olamaz.

Yukarıda sunduğumuz çerçeve içerisinde değerlendirildiğinde normatif pozitivistlerin iddiası şudur: Hukukun ne olduğuna dair bir teori, sadece betimsel ve değerden bağımsız olarak tasarlanamaz. Bir sistem olarak hukuk insanların yaptığı ve insanların yaşamlarına her noktada müdahil olan bir kurdur. Dolayısıyla hukuk teorisi inşa etme faaliyeti, hukuku gerekçelendiren işlevlerden ya da hukukun meydana getirdiği fayda veya zarardan bağımsız olamaz. Hukuk teorisini inşa edenler insanlar olduğuna göre ve insanlar bizatihi hukukun işlevleriyle, sonuçlarıyla her an muhatap olduklarına göre, teorisyenler kendilerini söz konusu pratiğin içine koymadıkça hukuku tam olarak anlayamazlar.

Normatif pozitivistler iddialarını inşa ederken öncelikle hukuki pozitivismin kendi içerisindeki yumuşak pozitivism ve sert pozitivism arasındaki ayrımı temel alırlar. Waldron, normatif pozitivism, Jules Coleman’ın ortaya koyduğu “negatif pozitivismi⁴³” kabul ettiğini fakat asıl benimsediği anlayışın

⁴² Dworkin, Hukukun Hükümleri, s. 127.

⁴³ Coleman, bir hukuk çevresinde tanıma kuralının ahlaki muhakemeye izin verebileceğini belirtir ve artık günümüzde kapsayıcı yahut yumuşak pozitivism olarak tanınan anlayışı negatif pozitivism olarak tanımlar. Jules Coleman, ‘Negative and Positive Positivism’, The Journal of Legal Studies, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 1982, ss. 139-164, s. 143.

sert pozitivizm olduğunu belirtir⁴⁴. Yani Waldron'un iddiası, tanıma kuralının içeriğinde hiçbir ahlaki muhakemeye izin vermediğine dair sert pozitivistlerin benimsediği fakat bunu hukukun ne olduğu sorusuna verilen analitik, kavramsal bir yanıt olarak gören anlayışın, olması gereken, doğru anlayış olduğunu öne sürer⁴⁵. Böylelikle hukuk ve ahlak arasında kavramsal bir bağlantının olmaması, Waldron'a göre iyi, değerli, olması ve sürdürülmesi gereken normatif bir tanımlamadır. Benzer bir tanımlı normatif pozitivizm ekolünün diğer çağdaş temsilcisi Tom Campbell'ın yaptığını görürüz. Campbell, etik pozitivizmin doğasının anlaşılması için hukuk ve ahlak arasındaki karmaşık ilişkilerin analiz edilmesi ve keşfedilmesi gerektiğini belirtir. Buradan hareketle hukuk ve ahlak arasındaki empirik, kavramsal ve buyurucu ilişkileri ayırt eder⁴⁶.

Campbell'e göre etik pozitivizm, bir hukuk sisteminin tanıma kuralının, kavramsal olarak ahlaki içerebileceği veya içermeyebileceği anlamında yumuşak pozitivizmi öncül olarak varsayar. Fakat bu iddia etik pozitivizmin öne sürdüğü asıl teze göre ikincil öneme sahiptir⁴⁷. Etik pozitivizmin asli iddiası bir hukuk sisteminin, hukukun yetkin kaynakları arasında ahlak kriterlerini içermemesi gerekliliğidir. Etik pozitivizmin bu tezi, sert pozitivizmin analitik yahut betimsel değil buyurucu, kurallandırıcı şeklidir⁴⁸. Başka bir yerde, Campbell bu anlayışı “buyurucu ayırım tezi” ya da “buyurucu sert pozitivizm”

⁴⁴ Waldron, “Normative”, s. 414.

⁴⁵ Sert pozitivizmi analitik, betimsel bir teori olarak gören sert pozitivistler bu iddiaya tahmin edilebileceği gibi şiddetle karşı çıkarlar. Örneğin Andrei Marmor, hukuki pozitivizmin, özgür ve demokratik bir toplumda gerçekleşmesi gerekliliğinin öne sürülmesini yadsımaz. Marmor, *Philosophy of Law*, s. 111. Fakat normatif pozitivistlerin bu iddiasının daha ileriye giderek hukukun ahlaki olarak gerekçelendirilmiş meşru bir kurum olması gerektiğine dair argümanlarını kabul etmez. Bu pozisyon Marmor tarafından, “maddi normatif pozitivizm” olarak adlandırılır. Marmor, Ronald Dworkin'in hukuki pozitivizmi, konvansiyonalizm olarak yorumlamasını maddi normatif pozitivizm içerisinde ele alır. Marmor, *Philosophy of Law*, s. 120-123. Eğer, hukukun doğasının ne olduğunu açıklama faaliyetini, normatif bir faaliyet olarak görürsek, etik pozitivizm hukukun doğasıyla ilgili bir teori değil, en fazla politik bir teoridir. Marmor, *Philosophy of Law*, s. 115. Hukuki pozitivizm Marmor'a göre hukukun doğasıyla ilgili bir teori olması itibarıyla temelde betimsel ve ahlaki olarak nötrdür. Marmor aynı şekilde hukukun fonksiyonunu önceleyip oradan hareketle hukukun ne olduğunu anlamaya çalışanları da kendi bakış açısından eleştirir. İster yumuşak pozitivizmi benimsesin, isterse sert pozitivizmi benimsesin metodolojik pozitivistlerin argümanları aynıdır, hukukun doğasına dair bir teori öncelikle ahlaki, politik veya işlevsel gerekçelendirmeden bağımsız olarak, hukukun ne olduğunu ortaya koymalıdır, hukukun kavramsal olarak ne olduğu ortaya konulduktan sonra ancak istediğimiz gibi ahlaki, politik, işlevsel bir değerlendirme yapabiliriz.

⁴⁶ Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, *King's College Law Journal*, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 1998-1999, ss. 63-87, s. 68.

⁴⁷ Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 68.

⁴⁸ İngilizcede “descriptive” ve “prescriptive” terimlerinin zıt anlamlı ve birbirine karşıt olarak kullanıldıkları bilinir. “Descriptive” teriminin Türkçe karşılığı “betimsel” terimiymişken, “prescriptive” terimini tek başına bir kelimeyle karşılamak zordur. Buyurucu, kurallandırıcı, reçetelendirici anlamına gelen bu kelimeyi, ben, buyurucu veya kurallandırıcı kelimelerini bazen ayrı bazen birlikte kullanarak, betimsel olanın karşıtı anlamını vermeye çalıştım. Campbell'in etik pozitivizmi açıklamak için kullandığı tabirin İngilizcesi “prescriptive hard positivism”dir. Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 68.

olarak adlandırır. Bu anlayışa göre, hukukun belirlenmesi ve uygulanması mümkün olduğu kadar ahlaki yargılardan ayrı tutulmalıdır⁴⁹.

Hukuk ve ahlak arasında empirik olarak bakıldığında birçok bağ olduğu ve pozitivistlerin bunu yadsımadığını belirten Campbell, hukuk ve ahlakın kavramsal analiziyle, ikisi arasındaki olgusal bağlarla ilişkili empirik iddiaların birbirine karıştırılmaması gerektiğini iddia eder. Yani kavramsal bir tez olarak “ayrılabilirlik tezi”, eğer hukukla ahlakın birbirinden empirik olarak ayrı olması anlamında kabul ediyorsak “ayrım tezi” değildir. Böylelikle, hukuk ve ahlakın mevcut ayrılığı hakkında, sıradan hukukun içeriğine ve tanıma kuralına ya da hukuk ve ahlakın sosyal işlevlerine ilişkin empirik iddialarda bulunmak, etik pozitivistizmin bir parçası değildir. Fakat, bunun dışında, pratikte hukuki kuralların uygulanmasıyla görevli olanların, ahlaki ve hukuki faaliyetleri arasında, bir dereceye kadar ayrım elde edilmesi mümkündür⁵⁰.

Normatif pozitivistizmin kurallandırıcı bir sert pozitivistizmi benimsemesi akla hukuki pozitivistizmle ilişkisi sıklıkla bir sorun haline gelen mantıksal pozitivistizmi getirir. Mantıksal pozitivistizm bilindiği gibi yirminci yüzyılın başında oldukça etkili olmuş fakat sonraları etkisini yitirmiş analitik felsefe içerisinde önemli bir ekoldür. Mantıksal pozitivistler çok kabaca ele alırsak David Hume, John Stuart Mill, Auguste Comte, Ernst Mach, Albert Einstein gibi düşünürlerin bilgimizin kaynağını sadece duyularımızla edindiklerimizden ibaret olduğu görüşünü benimseyen fakat bununla kalmayıp aynı zamanda yine on dokuzuncu yüzyıl ve yirminci yüzyılın başında özellikle matematiğin mantığa indirgenebileceğini savunan düşünürlerin mantık ile ilgili görüşlerini kendilerine rehber edinen düşünürlerden oluşur⁵¹. Mantıksal pozitivistlere göre bütün anlamlı önermeler anlamından dolayı doğru olan veya empirik olarak doğrulanabilen önermelere indirgenir. Böylelikle doğrulanması ya da yanlışlanması mümkün olmayan metafizik ifadeler anlamsız ifadelerdir⁵². Ahlaki önermeler burada ifade edilen ikinci türde yani metafizik önermeler içerisine girer. Dolayısıyla ahlaki önermeler mantıksal pozitivistler tarafından çoğunlukla duyguların başka bir kılık içerisinde ifade edilmesine benzetilir. Hukuki pozitivistizmle ilgili pejoratif, karikatürize açıklamaların kökeni, hukuki pozitivistizmin temsilcilerinin bir kısmı tarafından, hukuki pozitivistizmin mantıksal pozitivistizmle karıştırılmasına bağlanır⁵³.

⁴⁹ Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 3.

⁵⁰ Campbell, ‘*The Point of Legal Positivism*’, s. 69.

⁵¹ Hans-Johann Glock, *Analitik Felsefe Nedir?*, (çev. O. B. Kaplan), Albaraka Yayınları, İstanbul, 2021, s. 74. Mantıksal pozitivistlerin, empirizm ve mantıkçılık çerçevesinde ulaştıkları sentez için bkz. David Edmonds, *The Murder of Professor Schlick: The Rise and Fall of the Vienna Circle*, Princeton University Press, Princeton, 2020, s. 22-35.

⁵² Glock, s. 75.

⁵³ Schauer, “*Positivism as Pariah*”, s. 48-49, Coleman, ‘*Negative and Positive Positivism*’, s. 145-148.

Buradan hareketle bakıldığında, normatif pozitivizm hukukla ahlakın ayrılmasını zorunlu kıldığı için, bu anlayışın bütün hukuki önermeleri olgulara indirgediği, ahlaki kanaatlerinin de ancak öznel olabileceği düşünülebilir. Eğer ahlaka dair kanaatlerimiz sadece öznel ise normatif pozitivizmin iddialarını doğrulaması mümkün değildir⁵⁴. Oysa Campbell'in belirttiği gibi öznel ahlak teorileri hukuki pozitivizmin belirleyici niteliği değildir. Sadece, Jeremy Bentham ve John Austin'in nesnel faydacı ahlak teorilerini örnek vermek bu anlamda yeterli olacaktır⁵⁵. Ayrıca ahlak felsefesinde realist olmayan teorileri benimseyenlerin de ahlaki ciddiye almadıkları söylenemez. Hart ve Kelsen'in ahlak anlayışlarının, ahlaki realizme karşı olduğunu rahatlıkla söyleyebilmemize rağmen, her ikisi de kendi önlerine gelen, hukuk sisteminin daha adaletli çalışmasıyla ilgili sorunlara duyarsız kalmamışlardır⁵⁶.

Böylelikle, hukuki pozitivizmin mantıksal pozitivistlerin ahlakla ilgili öne sürdükleri argümanları olduğu gibi kabul etmediği açıktır, fakat mantıksal pozitivizmin ikinci önemli iddiasını oluşturan bilimsel pozitivizmle bağının, eğer hukuki pozitivizm etik, politik bir teori olarak inşa edilecekse, üstesinden gelmek daha zordur. Bentham ve Austin'in kendi çağlarındaki pozitivist argümanlardan oldukça etkilendikleri bilinmektedir, yine Hart, kendi hukuk kavramını açıklamak için hermenötik bir yaklaşımı benimsese dahi, nihayetinde hukukbiliminin betimsel ve ahlaki olarak nötr olduğunu söyler. Kantçı aşkınsal idealizmi kendi saf hukuk kuramı için temel alan Kelsen'in bu resmin kesin olmadığını ortaya çıkardığı söylenebilir fakat hukukiliğin hukuki pozitivistler tarafından çoğunlukla olgusal bir mesele olarak görüldüğü gerçektir⁵⁷. Campbell, etik pozitivizmin hukuki pozitivizm okumasının tümünden kapsayıcı olmadığını belirtir. Mevcut pozitivist teorilerin amaçları farklıdır. Hukuki pozitivistler bireysel olarak analizle, betimlemeyle, hukukun olması gereken şekliyle az veya çok ilgilenebilirler. Etik pozitivistlerin iddiası, hukukun olması gereken, buyurucu kaygılarının pozitivist teorinin çekirdek halinden ayrılmayacağıdır. Etik pozitivizm hukuki pozitivizmin diğer karakteristik özellikleriyle uyumludur ve anayasal ve politik felsefenin mevcut tartışmalarında, hukuki pozitivist geleneğin potansiyel çözüm önerilerini sunar⁵⁸.

⁵⁴ "Eğer hukuki pozitivizm mantıksal pozitivizmin uygulanması olarak yorumlanırsa, o zaman onu öncelikle etik bir teori olarak görmek zorlaşır, bu durumda, hukuki pozitivizmin, ahlaki hukuktan çıkarak, hukuku sadece öznellik alanından kurtaran bir empirik indirgeme biçimi olarak görüldüğünü anlamak kolaylaşır". Campbell, 'The Point of', s. 71.

⁵⁵ Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 71.

⁵⁶ Hart'ın eşcinsel ilişkiyi yasaklayan kanunların kaldırılması için Lord Devlin'le polemığe girdiği, Kelsen'in ise liberal Avusturya Anayasasını yaptığı bilinmektedir.

⁵⁷ Andrei Marmor, "The Separation Thesis in Context", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 476-478.

⁵⁸ Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 73.

Normatif pozitivizmle ilgili diğer bir tartışma, bu ekolün tezlerinin bir tür yumuşak doğal hukukçu anlayışa yol açacağı iddiasıdır. Hukuki pozitivizmin ayırt edici vasfı, hukuku bilimsel ve değerden bağımsız özerk bir disiplin olarak incelemek olduğuna göre, hukuki pozitivizmi değerli bir metot olarak sunmak, onu karşıtı olduğu doğal hukukçu anlayışa eklememez mi? Özellikle hukukun ahlaki bir olgu olmasının yanında toplumsal bir olgu olduğunu da kabul eden modern doğal hukuk yaklaşımıyla, normatif pozitivizmin argümanları benzeşmez mi? Waldron, yukarıda belirtilen eleştiri geçerli dahi olsa bunun normatif pozitivizmin eksi hanesine yazılamayacağını belirtir. Waldron, klişe haline gelen doğal hukuk - pozitivizm karşıtlığının ortadan kalkmasıyla sonuçlanacaksa, bunun normatif pozitivizmi kabul etmenin ilginç bir sonucu olacağını öne sürer⁵⁹. Fakat Waldron'a göre arada yine de önemli bir fark vardır ve bu farkın belirtilmesi önem arz eder. Ona göre, normatif pozitivizmin kendisini özel bir meta-etik projeye bağlamasına gerek yoktur. Normatif pozitivizmin öne sürdüğü argümanları benimsese dahi doğal hukukçu kavrayış bu anlamda ondan ayrılmaktadır. Doğal hukukçu hukukbilim genellikle özgün bir meta-etik anlayışı kabul eder ve yine çoğunlukla rasyonalist bir ahlak anlayışını benimser⁶⁰.

Aynı soruyla ilgili Campbell'in yanıtları onun etik pozitivizm projesini daha iyi anlamamızı sağlar. Campbell, hukuki pozitivizmin kurucu babalarının kaçındığı ahlaki yargıların, hukukun içeriğiyle ilgili olduğunu, fakat aynı kişilerin, hukuku bilimsel bir disiplin olarak kabul etmelerinin, ahlaki sebeplerden bağımsız olmadığını öne sürer⁶¹. Yani kendisi ahlaki olmayan bir disiplinle ilgilenmeniz için ahlaki nedenlere sahip olabilirsiniz. Örneğin, Hobbes, Bentham ve Austin, olan hukukla olması gereken hukuku birbirinden ayırt ederken açıkça kafalarındaki belirgin ahlaki, politik bir ajandanın neticesinde bunu yapmışlardır. Dolayısıyla, klasik pozitivistlerin bilimsel unsurları kullanmasını, hukuk sisteminin mevcut haline işaret etmekten çok, hukuk sisteminin değerden bağımsız kurulma imkanını vurgulama olarak anlayabiliriz⁶². Etik pozitivizm, hukukun, hukuk olması için içeriğinde ya da biçiminde, doğal hukukçuların iddia ettiği gibi belirli ahlaki kriterleri yerine getirmesi gerektiğini öne sürmez. Etik pozitivizm açısından mevcut kötü yasalar hukuki geçerlilikleri olduğu gibi korurlar. Ayrıca, etik pozitivizm açısından, insanların belirlediklerinin haricinde, John Finnis'in hukuk teorisinde değindiği gibi hukukun nesnel bir amacı da yoktur.

⁵⁹ Waldron, "Normative", s. 418.

⁶⁰ Waldron, "Normative", s. 418.

⁶¹ Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 73.

⁶² Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 74.

Bu konuda son olarak değinilmesi gereken nokta, etik pozitivizmle Lon Fuller'in prosedürel doğal hukuk anlayışı arasında birden fazla benzerlik olduğudur. Lon Fuller, muhtemelen çağdaş normatif pozitivistlerin hukuk teorisi içerisinde edindikleri yeri görseydi onların tezlerini olumlayıp, büyük bir hevesle karşılardı. İnsanlar hukuk kurallarını rehber edindiklerine göre bu kuralların açık, geriye yürütülemez, uygulanabilir, sabit olması gerekir. Etik pozitivizmin benimsediği hukuk teorisi açısından hukukiliği sağlayan söz konusu usuller önem arz eder. Fakat etik pozitivizm, Fuller'in usuli teknikleriyle, hukukun ahlaki içeriği arasında kurduğu zorunlu bağlantıyı kabul etmez. Dolayısıyla etik pozitivizm, usuli doğal hukukçu anlayışın, hukukun iyi biçimiyle iyi içeriği arasında içsel ve zorunlu bir bağ olduğu varsayımını reddeder⁶³.

Campbell'in etik pozitivizminde tartışmalı olan bir nokta, onun metodolojik pozitivizme bakışıdır. Buradaki sorun, Campbell'in teori inşa etme faaliyetine bakışıyla ilgilidir. Acaba Campbell metodolojik pozitivistlerin hukukun doğasına bakışta takındıkları bilimsel, analitik tavrı kabul etmekte midir, yoksa hukukun normatif anlamının öncelikli olduğuna mı inanmaktadır. Campbell anlaşılan bu meseleyi büyütmekten yana değildir. Örneğin bir yerde, hukuki pozitivistlerin çoğunluğunun kendilerini bilimsel ve değerden bağımsız bir faaliyet yapıyor olarak gördüklerini belirttikten sonra, bu metodolojik pozitivist faaliyetin sonuçlarının hukuk ve ahlak arasındaki empirik bağları ortadan kaldırmadığını belirtir. Eğer böyle düşünürsek, bu argümanın hukuku gözlemleyen kişilerin bilimsel yöntemiyle, gözlemlenen kişilerin bilimsel (veya bilimsel olmayan) davranışlarını birbirine karıştırma hatasını yaptıklarını belirtir. Ona göre pozitivistlerin bazıları bu hatayı yaparak kendi bilimsel pozitivist bakışlarını hukuk sistemi içerisindeki resmi görevlilere isnat ederler. Etik pozitivist bu hatayı yapmamalıdır çünkü etik pozitivizmin asıl şikâyeti, zaten hukuk aktörlerinin birçoğunun hukuka karşı değerden bağımsız bir tavır geliştirmemeleridir⁶⁴. Başka bir yerde Campbell, “buyurucu ayırım tezinin” yani hukukla ahlakın uygulama sırasında birbirinden ayrı tutulması gerekliliğinin, kavramsal analizle kurulmadığını fakat kavramsal analizin sonucunda mümkün olduğunu belirtir⁶⁵.

Yukarıda yapılan alıntılardan anlaşıldığı kadarıyla diğer normatif pozitivistlerin aksine Campbell'in metodolojik pozitivizmle bir sorunu yoktur. Onun anlayışı, Coleman'ın öne sürdüğü gibi hukuki pozitivizmin kendi özüyle veya temeliyle ilgili bir iddia olmaktan ziyade hukuki pozitivizmle ilgili normatif bir

⁶³ Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 75.

⁶⁴ Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 69.

⁶⁵ Campbell, The Legal Theory of Ethical Positivism, s. 71.

tezdir⁶⁶. Yani, analitik hukuk felsefecisinin öncelikle işini yapıp normatif teorisyenin istediği şeyin mümkün olup olmadığını ortaya koyması gerekir⁶⁷. Normatif pozitivistlerin çoğunluğu buna katılmaz. Örneğin Waldron, hukukun bütünsel açıklamasıyla belirli bir yerde belirli bir konuyla ilgili tekil açıklamasını birbirinden ayırt eder ve betimsel hukuki pozitivizmin tikel hukuki geçerlilikle ilgili bir açıklama sunduğunu, oysa hukuka bir kurum olarak bütünsel şekilde bakıldığında, bu bakışın normatif bir açıklamadan bağımsız yapılamayacağını belirtir⁶⁸. Normatif pozitivistlerin iddiası, hukuk, hukukilik ve hukukun üstünlüğü ile ilişkili değerlere, böyle bir sistemin olağan işleyişinin, insanların hukukun ne olduğunu bulmak için ahlaki yargıda bulunmalarını gerektirmemesi halinde, en iyi şekilde ulaşılabileceğidir. Bu iddianın sınanması, metodolojik pozitivistlerin iddia ettiği gibi saf betimsel, kavramsal veya ahlaki-politik değerlendirmeden bağımsız bir ön araştırma safhasını gerektirmez⁶⁹.

Herbert Hart, *The Concept of Law* kitabının başında hukuk kavramının açığa kavuşturulması için sıradan eğitilmiş birinin hukukla ilgili görüşlerini kendisine temel olarak alır ve eğitilmiş sıradan herkesin hukukla ilgili sayabileceği beş özelliği ortaya koyar⁷⁰. Waldron, Hart'ın hukuk kavramının analizine temel aldığı sıradan eğitilmiş adamı ele alarak, metodolojik pozitivistlere karşı, normatif pozitivizmi temellendirmeye çalışır. Waldron, sıradan bir adamın hukuk eğitimini iki şekilde alabileceğini belirtir: Bunların ilki gözlemci olarak, ikincisi ise vatandaş olarak yani katılımcı olarak olabilir. Sıradan eğitilmiş adamın hukuk bilgisini Roma Katolik Kilisesi'nin bilgisiyle karşılaştırsak çoğu eğitilmiş kişinin Katolik Kilisesi'nin işlevlerini, doktrinlerini bildiğini, dışarıdan bakarak Katolik Kilise binalarını tanıdığını fark ederiz. Fakat Katolik Kilisesiyle ilgili bu sıradan bilgiler, eğer kişinin Katolik Kilisesiyle içsel bağlantısı yoksa eksik olacaktır. Katolik Kilise öğretisiyle içsel bağı olmayan birinin bilgisiyle, Katolik Kilisesinin ne olduğunu anlamaya çalışmak iyi bir başlangıç olmaz. İyi bir açıklama sunmak için kişinin kilise, ibadet etme, kutsal ekmek ayini gibi şeyleri daha derinden ve daha katılımcı bir tavırla kavraması gerekir.

Waldron, benzer bir muhakemenin hukuk için de geçerli olduğunu savunur⁷¹. Waldron, tahmin edileceği gibi hukukun gerçekten anlaşılması için

⁶⁶ Coleman, 'Negative and Positive Positivism', s. 147.

⁶⁷ Waldron kendisinin aksine Campbell'in analitik hukukbilimcilerin, normatif hukukbilimcilere yaptığı arabayı atn önüne koyma eleştirisini kabul ederek, onların anlayışına itiraz etmediğini belirtir. Waldron, "Normative", s. 414-415.

⁶⁸ Waldron, "Normative", s. 415-418.

⁶⁹ Waldron, "Normative", s. 421.

⁷⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 3.

⁷¹ Waldron, "Normative", s. 423.

Hart'ın "içsel bakış açısı" anlayışının tıpkı Finnis'in Hart eleştirisinde olduğu gibi genişletilmesi gerektiği savunmaktadır fakat ilginç bir şekilde Finnis'e hiç atıf yapmaz. Waldron'a göre, hukuki pozitivizm birden fazla farklı teorik anlayışı içerir. Hukuki pozitivistlerin bazıları toptan değil, perakende anlayışla hukuk ve ahlakın ayrılığıyla ilgilenirken, diğerleri ayrılabirlik tezinin ötesine geçip, hukukun kural benzeri nitelikleriyle ilgilenir, yine bir diğer kısmı hukukun ayırt edici bir kurum olmasıyla ilgilenirken, başkaları yargılama örneğinde olduğu gibi uzman hukuki rollerin etik otonomisiyle ilgilenir. Waldron yukarıda sıralanan maddi hukuki pozitivist ilgileri A Menüsü olarak adlandırır⁷². Hukuki pozitivistler hukukun olumlu değeri veya işleviyle ilgili burada gördüklerinden hareketle; barışla, belirlilikle, iktidarın kontrol edilmesiyle, politik yükümlülük veya politik meşruiyetle ya da toplumsal koordinasyonla ilgilenirler. Waldron bunları B Menüsü olarak adlandırır⁷³. Normatif pozitivistler A menüsünde sıralanan maddi pozitivizmle ilgili açıklamaların kendi içinde anlaşılabilir, saf bir analiz olarak ileri sürülemeyeceğini belirtirler. A menüsünün anlaşılması için A menüsünde sıralanan açıklamaların motivasyona ihtiyacı vardır. Dolayısıyla B menüsünden yapılacak bir seçimden hareketle, A menüsünden bir seçim yapmadığımız müddetçe hukukun pozitivist açıklamasını tam manasıyla anlayamayız⁷⁴.

Kendisini normatif pozitivist olarak tanımlayan Frederick Schauer de farklı çalışmalarında hukukbilimin normatif doğasından hareketle, hukuki pozitivizmi değerle bağlantılı olarak temellendirir. Schauer, metodolojik pozitivistlerin hukuk kavramının zorunlu ve gerekli şartlarını ortaya çıkarma projesine itiraz eder. Schauer'e göre hukuki pozitivizmin başta gelen temsilcileri olan Herbert Hart ve Joseph Raz'ın metodolojilerinde görülen zorunlulukçu anlayış hukukbiliminin farklı açıklamalarını öteler⁷⁵. Schauer, hukuki pozitivizmin parya muamelesi görmesini, hukuki pozitivistlerin mevcut hukukun ne olduğunu değerden bağımsız belirlemesiyle, mevcut hukuka olduğu gibi riayet edilmesi gerekliliğinin, birbirine karıştırılmasında görür⁷⁶. Gerçekten hukuki pozitivizmin bu karikatürize yani "yasa yasadır, o halde itaat etmelisin" şeklindeki açıklamasına nerdeyse bilinen hiçbir hukuki pozitivist katıl-

⁷² Waldron, "Normative", s. 432-433.

⁷³ Waldron, "Normative", s. 433.

⁷⁴ Waldron, "Normative", s. 433.

⁷⁵ Örneğin hukukun yaptırımla arasında zorunlu kavramsal bir ilişkinin olmadığı doğrudur fakat yaptırımlara nerdeyse hukukun yeryüzünde görüldüğü her yerde rastlanmaktadır. Schauer kendi argümanını güçlendirmek için uçma eyleminin kuş olmanın zorunlu unsuru olmadığını fakat uçmak eyleminin insanlar tarafından çoğunlukla kuşlara atfedilen bir nitelik olduğunu belirtir. Frederick Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, s. 37-42.

⁷⁶ Schauer, "Positivism as Pariah", s. 35.

mamasına karşın, bu anlayış halen daha dillendirilmektedir. Schauer, özellikle Robert Cover, Lon Fuller, Gustav Radbruch'un hukuki pozitivismi suçlamalarının bu yönde olduğunu dillendirir⁷⁷. Oysa, onun belirttiğine göre hukuki pozitivism, hukuki olarak hangi önermelerin geçerli olduğunu ortaya çıkararak, hukukun düşünülmeden benimsenmesini değil, aksine ahlaki olarak doğru değerlendirilmesinin önünü açar. Hukuki pozitivismin toplumsal teze bağlı olması sayesinde, hukukun belirlenimi ahlaki argümantasyona değil, toplumsal olgulara dayanır dolayısıyla bir şeyin hukuk olarak onaylanması ahlaki olarak tarafsız toplumsal bir olgudur⁷⁸. Böylelikle hukuk gibi toplumsal bir fenomenin hangi özelliklere sahip olduğunun belirlenmesi bir tercih meselesidir ve bu tercihin yapılmasında ahlaki faktörler büyük bir rol oynar⁷⁹. Hukuki pozitivismin hukukun doğasına dair bir teori olarak kabulü Schauer'e göre beraberinde getirdiği faydaya bağlıdır⁸⁰.

II. HUKUKİ POZİTİVİZMİN DİP AKINTISI: NORMATİF POZİTİVİZMİ TARİHSELLEŞTİRMEK

Herbert Hart, hukuki pozitivismi savunduğu 1958 tarihli makalesine, “konuyu bir düşüncenin tarihsel gelişiminin parçası olarak sunacağını⁸¹” belirterek başlar. Hart'a göre hukuki pozitivism fikri iki felsefi gelenekten doğar, bunların ilki faydacılıktır yani eylemlerin ahlaki olarak değerlendirilmesinin, onların, toplam mutluluğa katkısıyla ölçülmesidir. Jeremy Bentham ve John Austin, Hart'a göre faydacılığın en önemli temsilcileridir ve “onlar kendi faydacı temellerine dayanarak, hukukta ve devlet idaresinde liberalizmin tüm ilkelerini ısrarla savunmuştur⁸².” Bentham ve Austin, Hart'ın ifadesiyle

⁷⁷ Schauer, “Positivism as Pariah”, s. 35.

⁷⁸ Schauer, “Positivism as Pariah”, s. 38. Herbert Hart'ın Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın ayrılması makalesi, benzer bir görüşü dillendirmektedir. Hatta Hart'ın The Concept of Law kitabına yaptığı ekte açıkça benimsediğini belirttiği metodolojik pozitivismle bu makaledeki anlayışı arasında tutarsızlık olduğu belirtilebilir. H.L.A. Hart, “Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 132-139.

⁷⁹ Schauer, “Positivism as Pariah”, s. 34. Normatif Pozitivistler içerisinde yer alan Gerald Postema da hukukbilimin normatif değerlendirmeden bağımsız yapılamayacağını belirtir. Analitik hukukbiliminin kavramsal analiz anlayışını eleştiren Postema, hukuk teorisyenlerinin hukukun doğasıyla ilgili açıklamaları çerçevesinde hukuk pratiğine katılanların kanaatlerini ele almaları ve onları anlaşılır kılmaları gerektiğini belirtir. Gerald J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 326-327.

⁸⁰ Joseph Raz bu argümanın yanlış çıkarıma dayandığını belirtir. Ona göre hukukun toplumsal bir olgu olması hukukun doğasıyla ilgili bir araştırma değildir. Dolayısıyla toplumsal tezin hukukun tanımıyla onun değerlendirilmesini birbirinden açıkça ayırdığı, böylelikle ikisinin karıştırılmasını önlediği ve düşünme açıklığına hizmet ettiği doğrudur. Fakat toplumsal tezin benimsenmesinin getirdiği söylenen fayda, tezi desteklemeden önce onu mevcutmuş gibi varsaymaktadır. Hukuk toplumsal sınamayla belirlenecekse o halde toplumsal olguları açıkça değerlendirecek fikirlerden ayrılmadan hukuku belirlemeye çalışmak yanlıştır. Raz, The Authority of Law, s. 41-42.

⁸¹ Hart, “Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 102.

⁸² Hart, “Pozitivism ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 104.

“şehir yanarken kelime ayrımlarıyla oynayan ruhsuz araştırmacılar değildir. Daha iyi bir toplum ve daha iyi yasalar ortaya çıkarmak için tutkulu bir çaba ve büyük bir başarıyla çalışan bir hareketin öncü birlikleridir⁸³.” Hukuki pozitivizmin doğmasına neden olan diğer doktrin ise, “hukuki kavramların saf bir analitik incelemesinin, hukuk sözlüğünün anlamının araştırılmasının, hukukun doğasını anlamamız için tarihsel veya toplumsal çalışmalar kadar hayati” olmasıdır⁸⁴. Söz konusu iki fikir Hart’ın öne sürdüğü gibi, olan hukukla olması gereken hukuk arasındaki basit ama hayati olan ayrıma yol açmıştır⁸⁵.

Hart’a göre, hukuki pozitivizmin ortaya çıkmasına yol açan faydacılıkla, kavramsal analiz arasında bariz bir gerilim vardır ve 1958 tarihli manifesto niteliğindeki makalesinden 1961 tarihinde yayınlanan *The Concept of Law*’un yayınlanmasına kadar geçen sürede hukuki pozitivizmin faydacı bağlantısının Hart için büyük oranda ortadan kalktığı görülür. Hukukun doğasının ne olduğunun ortaya konması için artık kavramsal analiz yeterli olacaktır. Hart, faydacılığı adeta hukuki pozitivizmin sırtında kurtulunması gereken bir yük olarak görür. *The Concept of Law* kitabına yıllar sonra eklediği bölümde ise Hart artık karşımıza yukarıda belirttiğimiz gibi kesinkes metodolojik pozitivizmin temsilcisi olarak çıkar. Çağdaş hukuki pozitivistlerin çoğunluğu bundan sonra, metodolojik pozitivizmi benimserler yani Hart hukuki pozitivizm içerisinde büyük bir kırılmaya yol açar. Klasik hukuki pozitivistlerin hukuki pozitivizmin esasını oluşturan ayırım tezini benimsemeleri ahlaki, politik bir değerlendirmenin sonucu gerçekleşirken, bu anlayış analitik hukuki pozitivizmin çağdaş anlayışında ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla normatif pozitivistler aslında metodolojik pozitivistler karşısında, hukuki pozitivizmin geride bırakılmış, unutulmuş dip akıntısını temsil ederler.

Bu bölümde normatif pozitivizmin söz konusu dip akıntısını hukuki pozitivizmin atası kabul edilen Thomas Hobbes ve Jeremy Bentham’ın görüşleri temelinde anlatacağım⁸⁶. Thomas Hobbes, Hart tarafından özellikle top-

⁸³ Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 105.

⁸⁴ Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 112. Hart’a göre diğer bir doktrin de hukukun buyruk teorisiydi fakat konumuzla bağlantılı olmadığı için bunu değinmeden bırakıyorum.

⁸⁵ Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, s. 103.

⁸⁶ Thomas Hobbes’un hukuki pozitivizmin en eski yetkin temsilcisi olduğuyla ilgili geniş bir literatür vardır. Bunlar arasında en önemlileri için bkz: Sean Coyle, “Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 16, Sayı: 2, Yıl: 2003, ss. 243-270. Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, (çev. D. Gobetti), University of Chicago Press, Chicago, 1993, s. 116. M. M. Goldsmith, “Hobbes on Law”, Tom Sorell (der.), *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, Michael Lobban, “Thomas Hobbes and the Common Law” David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 39-67. Hobbes’un hukukla ilgili görüşlerine yakın zamanda ilginin yoğunlaştığı görülmektedir. Bu ilgi beraberinde, Hobbes’la ilgili benim burada ele aldığım ortodoks okumanın yanında heterodoks görüşlerin sergilenmesini getirir. Hobbes’u hukuki pozitivist fakat bunun yanında sıkı bir legalist olarak tanımlayan düşünürlerin başında geleni David

lumsal sözleşmeye dayanan meşruiyetçi görüşleri nedeniyle hukuki pozitivist gelenek içerisinde sayılmasa dahi bunun büyük bir haksızlık olduğunun Hobbes'un hukuk anlayışı anlatıldığında fark edileceğini düşünüyorum⁸⁷.

A. Thomas Hobbes

Hukuk felsefesi içerisindeki çağdaş ayrım bağlamında Hobbes'un ilk bakışta doğal hukukçu mu, yoksa hukuki pozitivist mi olduğunun belirlenmesi oldukça zordur. Çünkü Hobbes, kendi hukuk teorisini inşa ederken doğal hukuk, doğal hak gibi kavramları kullanır fakat bunların yanında aynı zamanda egemenin buyruğunun gerçek anlamıyla hukuk olduğunu ve hiçbir yasanın gayri-adil olmadığını da öne sürer. Makalenin sınırları Hobbes'un hukuki ve politik görüşlerinin tamamına yer vermeyi imkânsız kılıyor, fakat burada mümkün olduğu kadar, Hobbes'un hukukla ilgili pozitivist görüşlerinin onun politik, ahlaki ajandasından çıktığını dolayısıyla Hobbes'un hukuki pozitivistin atası olmasının yanında hukuki pozitivist normatif bir değerlendirmeyele benimsediğini öne süreceğim.

Hobbes, hukuk teorisini bütünsel olarak inşa ettiği *Leviathan* kitabında, öncelikle doğal hak ile doğal hukuk arasında önemli bir ayrım yapar. Doğal hak, Hobbes'a göre her bireyin kendi doğasını korumak için sahip olduğu gücü kullanma özgürlüğüdür. Dolayısıyla her bireyin doğal hakkı gücüyle sınırlı fakat dilediği gibi kullanabileceği bir haktır. Hobbes, özgürlüğü kendi materyalist anlayışı bağlamında hareket engelinin yokluğu olarak tanımlar. Yani kişinin özgürlüğü tıpkı doğanın hareket yasalarında olduğu gibi önüne kendinden daha fazla kuvvet uygulayan bir engel çıkana kadar sınırsızdır.

Dyzenhaus'tur. Dyzenhaus, birden fazla makalesinde ve yeni çıkan kitabında söz konusu argümanlarını ileri sürer. David Dyzenhaus, "Hobbes on the Authority of Law", David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 186-209. David Dyzenhaus, *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022. Hobbes'un legalizmine vurgu yapan diğer bir eser için bkz: Larry May, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Ayrıca Dyzenhaus, anti-pozitivist olmasına karşın hukukbilimi içerisindeki yeni Benthamcı akım olarak gördüğü normatif pozitivistle sempatiyle bakar. David Dyzenhaus, 'The Genealogy of Legal Positivism', *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2004, ss. 39-67, s. 62-67.

⁸⁷ Hart 1958 tarihli makalesinde Hobbes'a yer vermez, Hobbes'la ilgili hukuki pozitivist açılarından olumsuz görüşlerine ancak Bentham'la ilgili yazdığı kitabında yer verir. Hart'a göre, ilk olarak, Bentham'ın hukuk felsefesine getirdiği yenilik, "hukuk ve siyaset tartışmalarında kullanılmak üzere ahlaki açıdan tarafsız bir kelime dağarcığı" konusunda ısrarcı olmasıdır. Bu noktada Bentham kendisini Hobbes'tan ve aslında "önceki tüm sosyal teorisyenlerden" ayırarak, tercih ettiğimiz pratik sonuçların tanımlardan çıkmasını sağlayan "ikna edici tanımlardan" kaçınır. Başka bir deyişle Hart, Bentham'da hukuk felsefesini, bilimsel bir zemine oturtma çabasının başlangıcını bulur. İkincisi, Bentham hem yasama gücünün hem de siyasi toplumun insan eseri olarak görülmesi gerektiği fikrini Hobbes ile paylaşıyor ve aslında birçok açıdan Hobbes'un egemenin buyruğu olarak hukuk teorisini devralırken, Hart'a göre haklı olarak Hobbes'un egemenin buyruğunun "zaten birbirleriyle yaptıkları sözleşmeden kaynaklanan bir ön yükümlülük altında olan tebaaya kendisine itaat etmeleri için verildiği anlayışının" hukuk olduğu iddiasını reddetmiştir. H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, s. 28, 221.

Hobbes'un doğal hukuk anlayışı da kendisinden önceki klasik düşünürlerin yani Aristoteles, Cicero ve Thomas Aquinas gibi düşünürlerin doğal hukuk anlayışından çok farklıdır. Hobbes'a göre kendisinden öncekilerin doğrusunu bilmediği toplum bilimini ve politik felsefeyi kendisi bulmuştur⁸⁸. Hobbes, kendi döneminde İngiliz hukukçuların kendilerini bağlı saydıkları Thomas Aquinas'ın doğal hukuk anlayışını reddeder. Bu anlayışa göre herhangi bir şeyin özünü akıl vasıtasıyla anlamak mümkündür, böylelikle insan doğası değerlendirilerek nesnel bir ahlakın bilgisine ulaşmanın önünde herhangi bir engel bulunmaz. Hobbes, hukuki politik teorisini doğru akıl vasıtasıyla doğal hukukun bilgisi üstünde kurmak yerine, bireylerin öznel deneyimi üzerinde kurar. Hobbes için bütün bilgimiz hareket halindeki maddenin duyularımız üstündeki etkisinden kaynaklanır⁸⁹. Hobbes'a göre kendinde iyi yahut kötü şeyler yoktur, tıpkı Spinoza'nın natüralist felsefesinde olduğu gibi insanların iyi olarak arzuladığı şeyler iyi, kötü diyerek kaçındığı şeyler ise kötüdür.

Hobbes'un metafizik anlayışında, klasik düşünürlerin insan aklını yücelten anlayışlarına yer yoktur. Modern akıl, ona göre her zaman araçsaldır, insan aklı daima kendisine faydalı gördüğü şeye yönelir ve onu elde etmek ister. Akıl, Hobbes'un epistemolojisinde doğa durumunda ortak ahlaki standartları oluşturmaz, akıl, herkesin kendi eylemlerini planladığı bir vasıta. Eğer, gücünü doğru hesaplayıp aklını bu şekilde kullanırsa kişi kendisi için belirlediği amaçlara ulaşır. Aklın doğru kullanımı Hobbes'a göre, insanları doğanın yasalarına yöneltir. Hobbes'un anlayışına göre insanın en önemli amacı kendini korumaktır. Doğal hukuk insanları doğruluğa yönelttiği için ve kendini korumak en üstün amaç olduğundan, doğal hukuk insanları barışa ve kendilerini korumaya sevk eder. Doğal hukuk, insan aklının doğru kullanımından hareketle tanımlandığı için Hobbes'a göre, gerçek anlamda yasa veya hukuk değildir. Ona göre, doğal hukuk, insanları kendilerini korumaya yönelten, aklın ilke ve önermelerinden ibarettir⁹⁰.

Doğanın yasalarının insanın vicdanı üzerinde daima bağlayıcılığı varsa da, insanların eylemleri üstünde daima bağlayıcı değildir⁹¹. Doğa yasalarının gücü, insanların ona itaat etmeleri için güvenli ortam sağlanana kadar *in foro externo* değildir fakat buna karşın onlara itaat etmek eylem olarak güvenli olmasa dahi tavır ve eğilim olarak *in foro interno*'dur⁹². Dolayısıyla Hobbes'a göre kişinin kendini korumak için doğa yasalarına uygun bir tavır benimsemesi zorunludur,

⁸⁸ Thomas Hobbes, *The Elements of Law Natural and Politic*, Frank Cass, London, 1969, s. xvi.

⁸⁹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, s. 13.

⁹⁰ Hobbes, *Leviathan*, s. 111.

⁹¹ Hobbes, *Leviathan*, s. 110.

⁹² Hobbes, *The Elements of Law Natural and Politic*, s. 72

fakat kişi ancak kendisi için güvenli olduğunda, doğa yasalarına uygun olarak eylemde bulunur. Adil olmayan bir dünyada adaletli davranmak çelişki oluşturmaktadır; çünkü kişinin kendisini korumaktan çok kendisini yok etmesini sağlar. İnsanların doğanın yasalarına uygun hareket etmesi için diğer herkesin doğanın yasalarına uygun hareket etmesinin sağlanması gerekir; ancak diğer insanların aynı şekilde hareket edeceğini bilen ve bu güveni duyan insan, doğa yasalarının kendi üstünde bir yükümlülük oluşturduğunu kabul eder.

İyi ve kötünün varlığı insandan insana değişen göreceli ve öznel bir mesele olmasına rağmen Hobbes insanların akıllarını kullanarak genel doğrulara ulaşamayacaklarını söylemez. Aklın araçsal kullanımı dahi insanlara kendileri için neyin en doğru olduğunu gösterebilir. İnsanlar kısa vadeli hesaplarını bir kenara bırakıp kendisine yapılmasını istemediği şeyleri başkasına yapmamanın kendi çıkarına olduğunu fark edebilir. Peki bunu ortaya koymak bu kadar basitse insanlar neden doğa durumunda sürekli mücadele halinde yaşarlar? Bunun nedeni insanların akıllarının daima tutkularıyla bulanma ihtimalinin olmasıdır. Tutku sahibi insanlar güce, boş gururlarına ve bencilliklerine meftundur. Dolayısıyla doğanın yasalarını bilen kişiler çoğunluk olup, kendilerini doğru davranmakla vazifeli saysalar dahi, iyimser tahminle insanların küçük bir kısmı dahi böyle davranmadığı müddetçe, kendilerini asla güvende hissetmezler.

Dikkat edilirse Hobbes öne sürdüğü kuramında doğal haktan, doğal hukuktan bolca bahsetmesine rağmen bizlere kendi materyalist-pozitivist görüşleriyle tamamen tutarlı bir açıklama sunar. Hobbes'un tabiriyle toplum yasasına olan ihtiyaç yukarıda çizilen manzaradan kaynaklanır. Hobbes'a göre doğa durumunda bulunan bireyler kendi istekleriyle doğal haklarından yani özgürlüklerinden vazgeçerek, haklarını sözleşmenin tarafı olmayan bir egemene devrederler. Bireylerin bir araya gelip haklarını devretmelerini sağlayan motivasyon doğal hukukun yahut doğa yasalarının kendisidir. Böylelikle Hobbes için doğa yasaları Kelsen'in *grundnormuna* benzer bir vazife görerek hukuk sisteminin normatifliğini oluşturur. Fakat aklın ilkeleri olarak nitelenen doğa yasalarının vazifesi, büyük oranda egemen ortaya çıktıktan sonra nihayete erer⁹³. Doğa yasaları artık, ancak egemen onları tanımlayıp buyurdu-

⁹³ Büyük oranda ifadesinin vurgulanması gerekir; çünkü Hobbes'a göre, doğal hukuk tamamen ortadan kalkmaz hatta Hobbes, doğal hukukla toplum yasasının eşit kapsamda olduğunu belirtir. Bu ifadenin tam olarak ne anlama geldiği Hobbes çalışmalarında halen tartışma yaratan bir husustur. Örneğin Ross Harrison bu ifadenin Hobbes'un hukuki politik kuramında anlaşılabilir bir tutarsızlık oluşturduğunu belirtirken, başkaları Hobbes'un doğal hukuk ilkelerinin toplumsal yasayı vazedenden egemene karşı da bağlayıcı olduğunu bildirerek meşruiyetçi pozitivist bir Hobbes yorumu ortaya koyarlar. Ross Harrison, "The Equal Extent of Natural and Civil Law", David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.), *Hobbes and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, s. 22-38. Ben bu çalışmanın konu sınırını gözeterek Hobbes'un hukuk anlayışının pozitivist fakat normatif bir amaca mahsus olduğunu öne sürüyorum. Dolayısıyla Hobbes'un ortodoks yorumunun bunun için yeterli olduğunu düşünüyorum.

ğunda yasa olarak bağlayıcı hale gelir. Doğa durumunda her şeyin ölçüsünü insanlar kendileri belirlerken, sivil halde insanların ortak yararını gözeterek yasalar vazetme vazifesi egemene düşer. Hobbes, egemenin yasaları nasıl yapacağına dair bir takım prosedürel kaidelerden bahseder, dolayısıyla egemen hukuki yönetimi göz ardı etmeden yasa yapmalıdır; fakat Hobbes, egemenin yapacağı yasaların içeriği hakkında hiçbir şey söylemez çünkü neyin doğru neyin yanlış olduğuna karar verecek olan egemendir. Hobbes’a göre egemenin yaptığı yasalar gayri adil olamaz. Adaletin ne olduğunu belirleyen egemen olduğu için, onun yaptığı yasaların adalete aykırı olduğunu söylemek saçma olacaktır⁹⁴.

Hobbes’un hukuki pozitivizmin atası olarak görülmesinin yanında ayrıca normatif pozitivist olduğu da böylelikle gösterilmiş olur. Hukukun açıklanması, Hobbes için mutlak anlamda işlevseldir. Hukukun otoritesinin ortaya çıkışının nedeni yukarıda sayılan politik zorunluluklardır⁹⁵. İnsanlar kendi güvenliklerini sağlamak ve barışı elde edip sürdürmek için doğal özgürlüklerinden vazgeçip bir sözleşme vasıtasıyla haklarını egemene devrederler. Hobbes için gerçek anlamıyla hukuk, egemenin buyruklarından oluşur. Hobbes’un doğa ve insana dair açıklamaları kendi pozitivizmiyle tutarlı olduğu gibi, hukukun doğasına dair açıklamaları da günümüzdeki hukuki pozitivistlerin toplumsal tezini destekler niteliktedir.

B. Jeremy Bentham

Hukuki pozitivizm geleneğinin ne kadar geriye götürülebileceği ve nereden itibaren başlatılabileceği tartışmalı olsa da, bütün figürler arasında hukuki pozitivizmin atası rolüne en uygun kişinin Jeremy Bentham olduğu kesindir. Modern ve analitik hukukbilimi içerisinde hukuki pozitivizmin tezlerinin kökenlerini Jeremy Bentham’da buluruz⁹⁶. Bentham bize hukukun ne olduğu ile ne olması gerektiği arasında ayrım yapmanın önemini açık bir şekilde ifade eden, hukuku tanımlamanın ahlaki kriterlere başvurmayı gerektirmediğini savunan ve bununla bağlantılı olarak hukukun, doğal ya da ahlaki temelleri olmayan ve özünde zorunlu olarak toplumsal bir yaratım olduğunu savunan ilk kişidir. Bentham’ın olan hukuk ve olması gereken hukuk arasında yaptığı

⁹⁴ Hobbes, *Leviathan*, s. 124.

⁹⁵ Gerald J. Postema, “The British Tradition of Legal Positivism”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 187.

⁹⁶ Postema, Bentham and the Common Law Tradition, s. 295-331, David Lyons, ‘Founders and Foundations of Legal Positivism’, *Michigan Law Review*, Cilt: 82, Sayı: 4, Yıl: 1984, ss. 722-792. Frederick Schauer, ‘The Path-Dependence of Legal Positivism’, *Virginia Law Review*, Cilt: 101, Sayı: 4, Yıl: 2015, ss. 957-976, s. 959-969. Frederick Schauer, “Positivism Before Hart”, Michael Freeman / Patricia Mindus (der.), *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence*, Springer, Dordrecht, 2013, s. 271-290, Dan Priel, ‘Toward Classical Legal Positivism’, *Virginia Law Review*, Cilt: 101, Sayı: 4, Yıl: 2015, ss. 987-1022, s. 996-999.

ayrım, onu kavramsal hukuki pozitivistlerin ideal öncülü yaparken, bu ayrımı yapmasının normatif motivasyonları, onu normatif pozitivistlerin ideal figürü haline getirir.

Bentham'ın hukuk teorisini, günümüzdeki hukukbilim içerisindeki ayrımlarla birebir eşleştirmek anakronizme yol açar. Neticede Bentham'ın pozitivizm kelimesini hiç kullanmadığını unutmamak gerekir⁹⁷. Dolayısıyla, Bentham'ın hukukbilim projesinin metodolojik yöneliminin Dworkin, Finnis, Waldron örneğinde olduğu gibi yukarıdan aşağıya bir normatifliği beraberinde mi getirdiği; yoksa normatif pozitivizmle, analitik kavramsal pozitivizmi bir arada mı ele aldığı tartışmalıdır. Hukukbilimin normatif değerlendirilmesinin, hukukun maddi içeriğiyle ilişkili değerlendirmeleri zorunlu olarak etkilediğini iddia edenler, Bentham'ın hukukun doğasıyla ilgili yaptığı, olan hukuk ve olması gereken hukuk arasındaki ayrımın normatif olduğunu düşüneceklerdir. Yukarıda sayılan düşünürlerin Bentham'a bakışı bu şekilde olacaktır⁹⁸. Fakat iki pozisyonun bir arada olabileceğini savunan Schauer, Bentham'ın hem kavramsal pozitivist hem de normatif pozitivist olduğunu iddia eder⁹⁹. Söz konusu tartışmayı başka bir değerlendirmenin konusu olarak bir kenara koyarsak, Bentham'ın hukukbilimi projesinin onun yoğun normatif ilgilerinden bağımsız ele alınamayacağı belirtilmelidir. Bentham'ın çağdaş analitik hukuki pozitivismle olan tarihsel ilişkisi tartışmalı olabilir; fakat Bentham'ın normatif pozitivistlerin aradığı kahraman olduğu kesindir.

Bentham'ın fayda ilkesini, acı ve haz duyguları ile deneyimlenen, eleştirel bir ahlak standardı olarak kabul etmesi, olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında ayrım yapmasını sağlar. Bu ayrım, Bentham'ın hem reform stratejisini, hem *common law*'u, hem de *common law* hukukçularının kendile-

⁹⁷ Schauer, 'The Path-Dependence of Legal Positivism', s. 967

⁹⁸ Finnis, Waldron ve Dworkin'in aksine, Coleman hukukbilimin analitik, kavramsal yönüne vurgu yaparak Bentham'ın normatif projesinden hareketle hukukun doğasının ne olduğu sorusunu ele almanın analitik hukukbilimiyle tutarsız olacağını vurgular: "Hukuki pozitivism, hukuk hakkında kavramsal veya analitik bir iddiada bulunur ve bu iddia Bentham gibi bazı pozitivistlerin sahip olabileceği projelerle veya normatif çıkarlarla karıştırılmamalıdır. İronik bir şekilde, aksini savunmak, hukukun kavramsal açıklamasına, belirli bir normatif teori yerleştirmek; hukuk kavramına ahlaki ya da hukukun nasıl olması gerektiğini aşılamaştır. Başka bir deyişle, pozitivistin, normatif hukuk ideali nedeniyle, pozitivismle belirli ilkelerle atfetmeye çalışması, tam da hukuki pozitivismin dikkat çekmek ve düzeltmek istediği hatayı işlemektir". Coleman, 'Negative and Positive Positivism', s. 147.

⁹⁹ Schauer, "Positivism Before Hart", s. 277-278. Schofield, Hart'a göre Bentham'ın hem metodolojik pozitivismi hem de maddi pozitivismi benimsediğini belirtir. Hatta, Hart, Bentham'ın metodolojik pozitivist kaygılarının, maddi hukuki pozitivist kaygılarının, etkisinde olduğunu belirtir. Schofield'in kendisi ise Bentham'ın düşüncesinin her yerine yayılan fayda ilkesinin tarihsel olarak Bentham'ın teorisinin, kesin olarak metodolojik pozitivist mi yoksa maddi pozitivist mi olduğunun belirlenmesini zorlaştırdığını belirtir. Philip Schofield, "Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 203-204.

rini cisimleşmiş hali olarak gördükleri doğal hukuk ve doğal haklar doktrinlerini, birlikte eleştirmesini sağlar¹⁰⁰. Bentham, kendi döneminde *common law*'u savunan önemli düşünür William Blackstone'u hedef alarak, hukukbilimiy-le ilgilenen bir kişinin iki karakterden birini benimseyebileceğini öne sürer. Bunlar yorumlayıcı ve eleştirici pozisyonlardır. Yorumlayıcı bizlere mevcut hukukun ne olduğunu açıklarken, eleştirici hukukun ne olması gerektiğini söyler. Dolayısıyla bunların ilki daha çok olgularla ilgiliyken, diğeri ise nedenlerle ilgilenir¹⁰¹. Bentham farklı sonuçlarla da olsa, hem doğal hukuk, hem de *common law* teorilerinin bu ayrımı belirsizleştirdiğini belirtir. Doğal hukuk, adaleti hukuki geçerliliğin şartı yaparak yasaların içeriğini belirsiz kılar. *Common law* ise adil veya makul olan ile mevcut olanı birbirine karıştırarak, pozitif hukukun eleştirel değerlendirilmesinin önünü tıkar¹⁰². Bentham'a göre Blackstone'un vazifesi hukuku yorumlayan biri olarak, insanlara İngiltere yasalarının ne olduğunu göstermek olmalıdır, oysa o, bu mütevazı görevle yetinmeyip, İngiliz hukukunun pratiklerinin ve kurumlarının nasıl olması gerektiğini de açıklar¹⁰³. Böylece olan hukukla, olması gereken hukuk birbirine karışmış olur. *Common Law* hukukçuları mevcut pozitif hukuku ve uygulanmasını, olması gereken hukuk olarak gördükleri için, pozitif hukukun eleştirilmesinin önünü de tıkarlar¹⁰⁴.

Schauer'e göre tarihin gördüğü en büyük kindarlardan biri olan Bentham, tıpkı kendisinden önce Hobbes'un yaptığı gibi *common law* hukukçularına çok sert eleştiriler getirir¹⁰⁵. Bentham'a göre *common law*, avukatlar ve yargıçlar arasında hukuku gereksiz yere karmaşık ve anlaşılmaz hale getirmek için kurulan bir komplodan ibarettir. Hukukun anlaşılmaz hale getirilmesi, onu yorumlamaya muhtaç hukukçuların mevcudiyetini zorunlu kılar. Belirsizlik ve karmaşıklık böylece avukatların gelirini ve yargıçların gücünü artırarak komploya hizmet eder. Hukukun bu halde kurumlaşması tamamıyla kamu zararınadır.¹⁰⁶ Bentham daha ileri giderek ciddi ciddi hukuki tavsiye için para alınmasının yasaklanmasını savunur. Ona göre eğer böyle bir yasak hayata

¹⁰⁰ Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 51.

¹⁰¹ Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, s. 297.

¹⁰² Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, s. 297.

¹⁰³ Schofield, "Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism", s. 205.

¹⁰⁴ Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, s. 52.

¹⁰⁵ Schauer, 'The Path-Dependence of Legal Positivism', s. 967. Thomas Hobbes, *common law* hukukçularından Edward Coke'a karşı diyalog formunda yazdığı kitabında, hukukun kaynaklarını bulanıklaştırdıkları için, *common law* teorisini sert bir şekilde eleştirir. Thomas Hobbes, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Joseph Cropsey (der.), University of Chicago Press, Chicago, 1997.

¹⁰⁶ Schauer, *The Force of Law*, s. 11.

geçerse hukukun karmaşık hale getirilmesi ve sıradan insanların hukukun bilgisine erişiminin engellenmesi ortadan kalkacaktır¹⁰⁷. Hukukun kendine has kurgularına, karmaşasına ve belirsizliğine son verilmesi, böylelikle hukukun reforme edilmesi ancak mevcut hukuk sisteminin ne olduğunun belirlenmesiyle ortaya çıkar.

Common law'un belirsiz halinin değiştirilmesi için Bentham'ın sunduğu reçete, hukukun kodifiye edilmesidir. Bentham'ın hukuku reforme etme çabaları onun normatif projesinin bir yanını oluştururken, Bentham'ın hukuk teorisiyle ilgili görüşleri de normatif bir odak barındırır. Bentham yargıçlara ve hukukçulara güvenmediğinden, yeni bir hukuk sistemi inşasının, yargıçların ve hukukçuların oynayacağı rolleri minimize etmesi gerektiğine inanır¹⁰⁸. Eğer insanlar mahkemelerin karşısına çıkmak zorunda kalırlarsa, Bentham, yargıçların ahlaki mülahazalarını bir kenara bırakıp, mevcut olan yazılı yasalara göre yorumlarını yapmaları gerektiğini öne sürer¹⁰⁹.

Schauer, Bentham'ın görüşlerini günümüz hukuki pozitivizminin çerçevesi içerisinde yorumlarsak, onun, hukukun geçerliliğiyle ilgili yumuşak pozitivizmi asgari şart olarak kabul edebileceğini, fakat fikirlerinin sert pozitivistlerin düşünceleriyle daha uyumlu olduğunu belirtir¹¹⁰. Çağdaş normatif pozitivistlerin buyurucu bir sert pozitivizmi savunduğu gibi, Bentham'ın da sert pozitivizmin normatif versiyonunu savunduğunu söyleyebiliriz. Böylelikle, Bentham'ın hukuki pozitivizmi, hukukun, hukuk özneleri ve uygulayıcıları tarafından ahlaki gerekçelere doğrudan başvurulmasını dışlayacak şekilde anlaşılması gerektiğine dair, normatif görüşü; hukuk sistemlerinin, ister yaptırımların kullanılması yoluyla, isterse toplumsal ve yargısal normların geliştirilmesi ve uygulanması yoluyla olsun, yargıçların kararlarını yalnızca doğru ve dar bir şekilde tanımlanmış pozitif hukuk temelinde verecekleri şekilde tasarlanması gerektiğine dair daha ileri bir normatif görüşle birleştirir¹¹¹.

III. NORMATİF POZİTİVİZMİ BENİMSEMENİN GEREKÇELERİ

Normatif pozitivizmi benimseyen düşünürlerin kendi pozisyonlarını savunmak için farklı gerekçeleri vardır. Bu bölümde bir araştırma makalesinin sınırlarını gözeterek çağdaş normatif pozitivistlerden en önemlileri olan Tom Campbell ve Jeremy Waldron'un görüşlerine odaklanılacaktır. Bu düşünür-

¹⁰⁷ Schauer, *The Force of Law*, s. 12.

¹⁰⁸ Frederick Schauer, "Normative Legal Positivism", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 65.

¹⁰⁹ Schauer, "Normative Legal Positivism", s. 66.

¹¹⁰ Schauer, "Normative Legal Positivism", s. 67.

¹¹¹ Schauer, "Normative Legal Positivism", s. 67.

lerin görüşleri aktarıldığında özellikle normatif pozitivizm ekolüyle ilk defa tanışan okuyucunun kafasında artık net bir resim oluşacağını ve bu konuda ileri araştırmalar yapmak isteyenlere bir çerçeve sunulacağını düşünüyorum.

A. Tom Campbell'ın Etik Pozitivizmi

Kendi tabiriyle etik pozitivizmi gerekçelendirirken, Campbell, öncelikle çağdaş dünyada merkezi bir karar alma mekanizmasının gerekliliğini öne sürer. Çağdaş toplumların yaşamını sürdürmesi için devlet mekanizması elzemdir¹¹². Bu zorunluluğu ortaya koyduktan sonra Campbell, hukuki pozitivistlerin devlete karşı tutumlarının ikircikli olduğunu belirtir, yani pozitivist hukukçular, bir yandan hukuk vasıtasıyla devletin amaçlarına ulaşması için hukuki etkililiği savunurken, aynı zamanda devletin hukuksuz ve yok edici eğilimlerini kontrol edecek mekanizmaların arayışındadırlar¹¹³. Çağdaş politikanın karşımıza koyduğu trajik halden kurtulmamızı sağlayacak araç Campbell'e göre, kurallarla yönetimdir¹¹⁴. Etik pozitivizmin temellendirilmesi için öncelikle, kuralların baskın kullanım biçimi olarak hem ifade edildiği hem de içerildiği bir siyasi sisteme sahip olma gerekçelerinin sunulması gerekir¹¹⁵.

Kurallar insan eylemlerine rehberlik eder ve aklımızın pratik yönüyle ilgilidir. Fakat hukuk kuralları ile diğer normatif sistemlere mensup kuralların birbirinden ayrılması gerekir. Hukuk kuralları dışındaki kuralların gerekçelendirilmesi kolaydır çünkü gerek çıkarlarımızı gözetmekle ilgili olsun, gerekse ahlaki pratik eylemle ilgili olsun kurallar içerikleriyle bağımlıdırlar. Yani örneğin bir ahlak kuralı bize belli bir eylemi yapmamızı yahut yapmamızı söylüyorsa bu kuralın değerini, içeriğinden hareketle muhakeme edip ona uyar veya uymayız. Bakkala gidip 20 liralık bir ürün aldığımda eğer bakkal dalgınlıkla para üstü olarak bize 100 lira verdiyse, pratik aklımı kullanarak ahlaki bir muhakeme yaparım. Söz konusu muhakeme, bakkalı neden uyarmamız gerektiğiyle ilgilidir ve bir sonraki eylemimi bu içerikle gerekçelendirmem gerekir. Oysa hukuk kuralları, özellikle hukuki pozitivistlerin

¹¹² Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 15.

¹¹³ Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 36-37.

¹¹⁴ Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 37. Campbell başka bir yerde kuralların rolünü şöyle vurgular: "Devletlerin hem son derece gerekli hem de son derece tehlikeli olduğunu gösteren trajik politik paradoks, kuralların devlet iktidarının hem kolaylaştırıcıları hem de sınırlayıcıları olarak ikili rolünden kaynaklanan kısmi bir çözüm umuduna yol açar. Kurallar, ahlaki açıdan savunulabilir bir yönetimin vazgeçilmez parçasıdır". Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 41.

¹¹⁵ Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 77. Campbell'a göre: "Pozitivizm, diğer hukuk teorilerinden temel olarak kuralların veya kural benzeri normların merkeziliğine yaptığı vurgu ve bunların güç ileten ve davranışları etkileyen değiştirilebilir insan yaratımları olarak analiz edilmesiyle ayrılır". Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, s. 42.

perspektifinden bakıldığında içerikten bağımsızdır¹¹⁶. Tam da bu nedenle hukukun otoritesini anlattığı klasikleşmiş kitabının henüz girişinde, sert pozitivizmin en önemli temsilcisi olan Joseph Raz bizleri otoritenin paradoksu ve bu paradoksun beraberinde getirdiği otoritenin iki özelliği konusunda uyarır. Otorite öncelikle irrasyoneldir çünkü otorite bize bir meseleyle ilgili buyurduğunda, kendimize ait rasyonel sebeplerimizi dışarda bırakmamız gerekir¹¹⁷. Bir baba evladına akşam ezanı okunmadan önce evde olmasını söylüyorsa ve çocuk eğer babanın buyruğunu dışlayıp, akşam ezanından önce gerçekten evde olması gerektiğini çünkü havanın karardığını artık dışarıda oyun oynamanın tehlikeli olduğunu düşünerek, eve akşam ezanından önce dönüyorsa otoritenin sözüyle uyumlu fakat otoriteden hareketle eylemde bulunmuş olmaz. Raz'ın belirttiği irrasyonellik babanın çocuğuna buyurması ve çocuğun da kendine ait bütün nedenleri bir kenara bırakarak, babaya itaat etmesidir. Otoritenin ikinci özelliği birincisiyle bağlantılı olarak otoritenin özerkliği dışlamasıdır¹¹⁸. Otorite buyurduğunda artık bireysel özerkliğimizi kendi nedenlerimizle düşünmeyi bir kenara bırakırız.

Pratik aklımızı kullandığımız diğer alanlarda, otoritenin belirli bir rolü olabilir fakat genellikle birinci dereceden maddi değerlendirmelerin baskınlığı daha fazladır. Fakat hukuk açısından bakıldığında, baskın olan otoritedir, yargıçlar ancak mecbur kaldıklarında, bütün şartları değerlendirerek kararlar verirler ve bu şekilde karar verdiklerinde, hukuki muhakemenin dışına çıkarlar. Hukuki muhakeme ise birinci derece maddi nedenlere dayanarak değil hukukun kaynaklarına dayanarak işlevini yerine getirir¹¹⁹.

Campbell, kurallarla yönetimin gerekçelendirilmesinin zorluğuna dikkat çekerken, aklında olan kurallar, işte yukarıda belirttiğimiz hukukun otoritesi-

¹¹⁶ Hukuk kurallarının kuvveti ahlaki olarak doğru ya da makul olmalarından değil statülerinden kaynaklanır, hukukun otoritesinin bu özelliği hukuk felsefecileri tarafından onun içerikten bağımsız olmasına yorulmuştur. Hart, hukuk kurallarının içerikten bağımsız özelliğine vurgu yapar. Hart, *Essays on Bentham*, s. 243, 261-266. Hart'a göre, hukuk olması için yetke içeren buyrukların ilkesel olarak pratik bir farklılık ortaya çıkarma kabiliyetinin olması gerekir yani eylemde bulunacak kişinin eylemle ilgili kendi nedenlerini bir kenara bırakıp hukukun buyruğuna uyması şarttır. Jules Coleman, "Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis", Jules Coleman (der.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 101. Coleman söz konusu makalede sert pozitivistlerin, Hart'ın hukuk teorisinde haklı olarak gördükleri bir tutarsızlığı değerlendirir. Söz konusu tutarsızlık yumuşak pozitivismle, hukukun otoritesi ve buyurucu karakteri arasındaki ilişkidir. Gerçekten hukuk kurallarının içerikten bağımsız olmasıyla, yumuşak pozitivismin tanıma kuralı izin verdiğinde ahlaki muhakemenin hukukun bir parçası olabileceğini kabul etmesi arasında görünür bir çelişki bulunmaktadır. Yumuşak ve sert pozitivistlerin arasındaki polemiklerin büyük bölümünün bu konuya yoğunlaştığı belirtilmelidir.

¹¹⁷ Raz, *The Authority of Law*, s. 3.

¹¹⁸ Raz, *The Authority of Law*, s. 3.

¹¹⁹ Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Massachusetts, 2009, s. 67.

ne dayanan zorlayıcı hukuk kurallarıdır. İçerikten bağımsız hukuk kuralları ilk bakışta gerekçelendirme açısından zorluk içerse bile, yine de bu kuralların işlevlerine baktığımızda, neden içerikten bağımsız olarak bu kuralları uygulamamız gerektiğini anlayabiliriz. Normatif pozitivizmin ahlaki değerlendirmeden bağımsız kurallarla yönetimi, sadece kavramsal bir mesele olarak almadığını, buyurucu sert pozitivizmi benimsediğini yeniden hatırlamak gerekir. Buradan hareketle, kurallarla idarenin gerekçelendirilmesi için Campbell, öncelikle kuralları, kontrol kuralları ve koordinasyon kuralları olarak ayırır. Kontrol kuralları, zararlı davranışlardan koruyan ve faydalı davranışları garanti altına alan, yaptırım ve eğitim mekanizmalarıyla yakından bağlantılı işlevleri sağlayan kurallardır¹²⁰. Belirli eylemlerin insanlar tarafından seçimini engellemek, gerekli olan davranışsal kontrolü sağlamanın yegâne yoludur. Bireyler kendi hallerine bırakıldığında, bencilliklerinden yahut ahmaklıklarından dolayı, kendilerine veya başkalarına zarar verebilirler. Kontrol kurallarının ideal halinde, bu kuralların insanlara tam olarak nasıl davranmaları gerektiğini açıkça belirtmesi, dolayısıyla ahlaki terimleri dışarıda bırakması gerekir. Diğer türlü ahlaki terimler kişinin kendisine istisna sağlamasının yolunu açar¹²¹.

Koordinasyon kuralları ise (örneğin sözleşme yapmamızı sağlayan kurallar benzerinde olduğu gibi) kolaylaştırıcı kurallara; kendi içinde ahlaki öneme sahip olmayan alanlarda (örneğin trafiğin sağdan ya da soldan akması gibi) etkili işbirliğini sağlayan uygunluk kurallarına; büyük insan gruplarının nimet ve külfetlerin dağılımında, genel bir model elde etmelerini sağlamak üzere tasarlanmış dağıtım kurallarına ve büyük grupların ekonomik faaliyetlerini koordine etmek üzere tasarlanmış çıktı kurallarına ayrılır¹²². Koordinasyon kurallarının ortak noktası, koordineli eylemin, genellikle birbirini tanımayan çok sayıda insanın katılımını gerektiren herhangi bir hedefe ulaşmanın etkili bir yolu olduğu fikridir. Bu durumların hepsinde, insanların kurallara uyup uymama ya da kuralları şu veya bu şekilde değiştirip değiştirmeme konusunda kendi kararlarını vermelerine izin vermek, söz konusu faaliyetlerin koordinasyonunda, karışıklığa ve bozulmaya davetiye çıkarmak anlamına gelir. Benzer şekilde, bu tür kuralların içeriğine ilişkin kafa karışıklığı, kontrol kurallarında olduğu gibi, bu kuralların amaçlarına zarar verir. Kurallarla yönetimin yukarıda belirtilen genel kategorileri aşan gerekçeleri de mevcuttur. Kurallar aynı zamanda düzeni, formel adaleti, toplumsallığı, etkililiği sağlarlar¹²³. Bu farklı gerekçeler, hukuki pozitivistlerin, zorunlu kurallara sahip

¹²⁰ Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 79.

¹²¹ Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 79.

¹²² Campbell, 'The Point of Legal Positivism', s. 79.

¹²³ Campbell, The Legal Theory of Ethical Positivism, s. 53-57.

olmayı gerekçelendirmek gibi meşakkatli bir konuda ortaya koyabilecekleri düşüncelerin geniş kapsamını gösterir¹²⁴.

Devletlerin vatandaşlar üstünde sahip olduğu gücün kullanılması ve kısıtlanabilmesi için kuralların başka şekillerde de gerekçelendirilmesi gerekir. Bu bağlamda etik pozitivizmin anayasal değeri ortaya çıkar. Hükümetlerin uyması gereken kuralların açık ve belirli olması gerekir, diğer türlü bu kurallar yönetimleri gerçek anlamda sınırlayamazlar. Yani, bireysel özgürlük alanının korunması için kuralların açık ve net olması zorunludur¹²⁵. Etik pozitivizmin anayasal değeri ancak yasama ve yargılama kuvvetlerinin kesin ayrımında ortaya çıkar. Kuralları yapanların, kuralların uygulanmasına karışmaması gerekir. Fakat sert pozitivizmi normatif bir şekilde savunan etik pozitivizm için tek anayasal sorun, yasamanın yargıya müdahalesi değildir. Çünkü belirsiz ve ikircikli kurallar politik otoritenin mahkemelere transferiyle sonuçlanır ve böylelikle yargı organı hukuku kendi değerleri ve önceliklerine göre şekillendirme özgürlüğü kazanır. Normatif pozitivistlerin tamamının demokratik meşruiyeti zedeleyen bu anlayışa karşı çıktıkları öne sürülebilir. Hukuki pozitivizmin, Hobbes ve Bentham’la başlayan, yargıya ve hukukçulara güvensizlik geleneği, çağdaş normatif pozitivistler tarafından, halkın seçtiği yasamanın, halk tarafından seçilmeyen yargı organına meşru üstünlüğüyle gerekçelendirilerek devam ettirilir¹²⁶.

Campbell’in etik pozitivist anlayışında öne sürdüğü diğer bir husus, yasama organının yaptığı yasaların, mahkemeler tarafından yorumlanırken demokratik meşruiyetin gereği olarak, yasama sürecinde verilen önemden sapılmaması gerekliliğidir. Bununla bağlantılı olarak diğer bir husus, etik pozitivizmin günümüzde fazlasıyla değer verilen insan haklarıyla ilgili pozisyonudur. İnsan haklarıyla ilgili düzenlemeler, hem anayasal seviyede ulusların içinde hem de insan hakları sözleşmeleri vasıtasıyla ulusların ötesinde yapılmaktadır. Etik pozitivizm, söz konusu insan hakları düzenlemelerine yasama sorumluluğunu yargıya aktardığı için kısmen karşı çıkar¹²⁷. Temel haklarla ilgili düzenlemeler içerisinde, herkesin hem fikir olduğu alanlar için demokratik açıdan sorun oluşturmeyen bu durum, toplumlarda tartışmalı olan haklar ve bu hakların uygulanması açısından demokratik meşruiyeti zedelemektedir. Campbell’in verdiği örneklerde: “Yaşam hakkıyla bağlantılı olarak kürtaaj, ifade özgürlüğüyle bağlantılı olarak kampanya harcamaları ve örgütlenme özgürlüğüyle bağlantılı olarak grev hakkı örnekleri, çağdaş insan hak-

¹²⁴ Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 80.

¹²⁵ Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 81.

¹²⁶ Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 85.

¹²⁷ Campbell, The Legal Theory of Ethical Positivism, s. 161-185.

ları söyleminin, açıkça gayrimeşru olan davranışlarla ilgili olarak hükümetin performansını denetlemekle sınırlı olmadığını göstermeye hizmet etmektedir.¹²⁸” Etik pozitivizmin bu bağlamda yine Bentham’dan beri gelen radikal demokratik bir projeyi savunduğu rahatlıkla öne sürülebilir.

B. Jeremy Waldron: Demokratik (Politik) Pozitivizm

Jeremy Waldron hukuki pozitivizmi demokratik değerlerin çağdaş dünyada yerleşmesi için bir araç olarak gördüğü projesine, çağdaş toplumların ve kurumların bir analizini ortaya koyarak başlar. Ona göre, çoğulculuğun hâkim olduğu günümüz toplumlarını belirleyen ana politik etken, bireylerin nasıl davranacakları konusundaki anlaşmazlıklardır.¹²⁹ Hangi eylemlerde bulunacağımıza dair anlaşmazlıklar, günümüz dünyasında, haklarla bezeli bir dili beraberinde getirir. Haklar söylemi, Waldron’a göre anlaşmazlıkları ortadan kaldırmaz; sadece politik eylemle ilgili çatışmaların, hangi haklarımız olduğuna ve bu haklarımızla ne yapacağımız sorusuna transfer edilmesini sağlar.¹³⁰ Waldron’un politik projesi, haklarla ilgili anlaşmazlıkların vurgulanması ve toplumlardaki anlaşmazlıkların ciddi bir sorun olarak belirlenmesiyle başlar. Waldron’a göre hakların içeriğiyle ilgili anlaşmazlıklar ortaya çıktığında, bu anlaşmazlıkları yargı organının mı yoksa yasama organının mı çözümleyeceği, en önemli sorun olarak önümüzde durmaktadır. Waldron, yürütme organının hukuki denetimini sorun olarak görmemekle birlikte günümüzde çoğu yargı çevresinde kabul edilen, yasama organının yaptığı kanunların, yargı tarafından anayasal denetimine, demokratik meşruiyeti zedelediği için karşı çıkar. Bu bağlamda değerlendirildiğinde Waldron, Ronald Dworkin’in hukukun ne olduğuyla ilgili aslında var olan fakat hukuki pozitivistler tarafından üstü kapatılan anlaşmazlıklar söylemini kabul eder¹³¹; fakat Dworkin’in anlaşmazlıkların çözümü için sunduğu reçeteyi yani yargıçların özellikle de anayasa mahkemesi yargıçlarının, kendi yetki çevreleri içerisinde bulunan geçmiş ahlaki politik ilkeleri yorumlayarak, tek doğru çözümü bulması gerekliliğini kabul etmez¹³².

Toplumların kendi içerisindeki haklarla ilgili anlaşmazlıkları, Waldron’a göre ahlak epistemolojisinin karşımıza koyduğu bir problemdir. Modern

¹²⁸ Campbell, ‘The Point of Legal Positivism’, s. 86.

¹²⁹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 1-14. Alexander Lat-ham-Gambi, ‘Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics’, *The Review of Politics*, Cilt: 83, Sayı: 2, Yıl: 2021, ss. 242-263, s. 246-251.

¹³⁰ Richard Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron’s Contribution to Political Positivism’, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 30, Sayı: 4, Yıl: 2010, ss. 749-773, s. 752

¹³¹ Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, s. 21-26.

¹³² Jeremy Waldron, ‘Can There be a Democratic Jurisprudence’, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, Sayı: 08-35, Yıl: 2008, ss. 1-57, s. 12-13.

toplumlarda görülen anlaşmazlıklar ahlaki bir soruna işaret eder fakat ahlak felsefesinden hareket ederek bu sorunları çözmek mümkün değildir. Ahlaki gerçekliğin var olduğunu belirten moral realist pozisyonu benimsemek bile anlaşmazlıkları sona erdirmeye yaramaz. Çünkü, herhangi bir eylemde bulunmanın ahlaki doğruluğun gereği olduğu öne sürüldüğünde, bireyler, bu defa, ahlaki doğruluğun ne olduğu konusunda ve doğru eylemde bulunma biçimlerinde anlaşmazlığa düşeceklerdir¹³³. Dolayısıyla, ahlak felsefesinde ahlakın nesnel doğruları olduğuna işaret eden moral realist anlayışın bile, bireyler arasındaki anlaşmazlıkları ortadan kaldırma kapasitesi iyimser tahminle sınırlıdır. Waldron, eğitim ve kurumsal yapılanma, yetenek ve deneyim sayesinde yargıçların ahlaki gerçeklere toplumun geri kalanından daha fazla erişimi olduğu ihtimalini kabul eder. Ancak yargıçlar her seferinde doğru cevabı verseler bile, geri kalanımızı, onların verdiği kararların nesnel doğruluğuna ikna etmenin bir yolu yoktur¹³⁴.

Çağdaş toplumlarla ilgili öne sürdüğü iddia, Waldron'u, sorunun demokratik olarak çözümü için hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezini benimseye iter¹³⁵. Ayrılabilirlik tezinin iki farklı yönü bulunur. Öncelikle bu teze göre, bir normun hukuki olarak geçerlilik kazanması için, ahlaki bir sınamadan geçmesine gerek yoktur. İkinci olarak ise hukuk normlarını, sırf hukuk normu oldukları için ahlaki olarak iyi yapan hiçbir özellikleri yoktur. Bu nedenle Waldron'a göre hukuki pozitivizm, ahlaki anlaşmazlıkların, dolayısıyla haklarla ilgili anlaşmazlıkların yoğun olduğu günümüz toplumlarına daha uygundur¹³⁶.

Toplumda neyin doğru ve adil olduğu konusunda fikir ayrılıkları olduğundan, tek bir ahlak ya da hak kavramının hukuki geçerlilik için uygulanabilir kriterler sunması mümkün değildir. Bu durum, güçlü ahlaki duygular uyandıran çetin davalarda mutlak anlamda doğrudur ve bu durumda pragmatik pozitivist çözüm hukukun geçerliliğini ahlaki hususları dikkate almadan belirlemektir. Hukuka pozitivist yaklaşım, toplumda yaygın olan ahlaki anlaşmazlık koşullarına uyar¹³⁷. Waldron'a göre, ayrılık tezi hak ve adalet konusundaki anlaşmazlıkları açıkça kabul eder ve hukukun, doğal hukukun itirazları tarafından engellenmeden toplumu düzenlemesine izin verir. O halde asıl siyasi soru, insanların yasaların iyiliği konusunda anlaşmazlığa düşmeye devam ettikleri durumlarda bile, yasaların nasıl geçerli olabileceğidir.

¹³³ Waldron, *Law and Disagreement*, s. 170-172.

¹³⁴ Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 754.

¹³⁵ Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', s. 33-35.

¹³⁶ Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', s. 35.

¹³⁷ Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 756.

Waldron'a göre bu sorunun yanıtı, ayrılabilirlik tezinin demokratik biçiminde içerilir: Ayrılabilirlik tezi bir normun doğru şekilde kabul edildiği önermesini, o normun kabul edilmesi gereken doğru norm olduğu önermesinden ayırır¹³⁸.

Waldron'un demokratik pozitivist anlayışındaki bir sonraki aşamayı oluşturan nokta, onun kavramcı pozitivistlere özellikle de Raz ve Hart'ın hukuki pozitivist projelerine getirdiği itirazlardır. Raz'a göre, hukuk insanlarla, hukuka itaat etme nedenleri arasında bir bağlantı oluşturur, hukukun bu anlamda bir aracılık işlevi vardır. Böylelikle daha önce belirtildiği gibi hukukun insanların davranışları için ortaya koyduğu nedenler, hukukun otoritesinden kaynaklanır ve hukukun direktifleri içerikten bağımsızdır. Ancak içerikten bağımsız kurallarla, hukuk sistemi insanlar için aracılık işlevini yerine getirir¹³⁹. Otorite hukukun parçası olduğuna göre, hukukun bu otoriteye sahip olabilmesi gerekir. Fakat, Raz'ın çokça tartışılan önermesine göre hukukun otoritesinin meşru bir otorite olmasına gerek yoktur. Sadece otorite iddiasında bulunması yeterlidir¹⁴⁰. Hukukun doğası Raz'a göre, nihayetinde hukukun toplumsal kaynaklarına dayandığından ve hukukun otoritesi hukukun doğasının bir parçası olduğundan, hukukun otoritesi sorunu, hukukun kaynakları sorununun ya da daha geniş bir çerçevede hukuki iktidar sorununun bir parçasıdır¹⁴¹.

Waldron'a göre Raz'ın otoriteyle ilgili görüşlerindeki yanlışlık, Raz'ın anlaşmazlıkların ciddiyetine yeterince dikkat kesilmemesinden kaynaklanır. Raz'ın normal gerekçelendirme tezine göre, otorite kaynaklı direktifler insanların birinci derece muhakemelerini dışarıda bırakır. Fakat normal gerekçelendirme tezi direktiflerin nasıl böyle işlediğinin açıklamasını yapmaz¹⁴². Yani Raz'ın otorite ve hukukla ilgili görüşlerinin hepsini kabul etsek bile, insanlar otoritenin ileri sürdüğü gerekçelerden ikna olmayabilir. Raz'ın yaklaşımında, otoritenin kabul edilmesiyle ilgili nedenlerin temeli, söz konusu kuralların en iyi kurallar olup olmadığından bağımsızdır. Dolayısıyla Waldron, doğru bir otorite teorisinin, normal gerekçelendirmenin görevini yerine getirdiği varsayıldıktan sonra bile anlaşmazlığın devam edebileceği gerçeğini dikkate alması gerektiğini öne sürer¹⁴³.

Waldron'a göre Raz'ın teorisindeki bu sorun, demokratik hukukbiliminin kamusalılık ve genellik unsurlarının, hukuki pozitivist resme eklenmesiyle çö-

¹³⁸ Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', s. 38.

¹³⁹ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 214.

¹⁴⁰ Raz, *The Authority of Law*, s. 30.

¹⁴¹ Raz, *The Authority of Law*, s. 37-52.

¹⁴² Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 759.

¹⁴³ Waldron, *Law and Disagreement*, s. 101.

zülür¹⁴⁴. Demokrasinin bu katkısını nasıl yapacağını anlamak için Waldron'un Hart eleştirisini de değerlendirmemiz gerekir. Hart bütün hukuk sistemlerinde mevcut olduğunu belirttiği tanıma kuralını yargıçların örf kuralı olarak formüle eder¹⁴⁵. Tanıma kuralı toplumsal bir pratiktir fakat bu pratik öncelikle yargıçların ve resmi görevlilerin oluşturduğu bir pratiktir¹⁴⁶. Diğer birincil kuralların hukuki olup olmadığını yani geçerliliğini belirleyen tanıma kuralının, Hart'a göre, resmi görevliler haricinde vatandaşlar tarafından bilinmesine ve kabul edilmesine gerek yoktur. Tanıma kuralı, resmi görevliler tarafından içsel bakış açısıyla kabul edildikten sonra, sıradan vatandaşların hukuk sistemine genel olarak uymaları yeterlidir¹⁴⁷. Hatta, Hart hukuk kavramının bu şekilde tanımının sıradan insanları çobanları tarafından güdülen koyunlar haline getirdiğini belirterek, hukuk sistemlerinin içerdiği tehlikeye de dikkat çeker¹⁴⁸. Fakat Hart kendi ortaya koyduğu hukuk resminde, hukuku yalnızca kavramsal olarak değerlendirmektedir ve bu resmin içerisinde örneğin Bentham'ın kendi hukuk teorisinde vurguladığı ahlaki-politik ajandadan eser yoktur.

Waldron'a göre Benthamcı proje hukuku iktidarı kullananların dışında vatandaşlar için de ulaşılabilir kılar. Dahası, demokrasilerde hukuk temsiliyet iddiası taşır. Yasama organı, kendilerine oy veren halk adına yasa yapan seçilmiş temsilcilerden oluşur. Yasama organından çıkan yasa halkın yasasıdır. Tanıma kuralları, hukuk sistemine ve hukukun üretildiği koşullara ilişkin genel anlayışı gölgelediği ölçüde, hukukun demokratik niteliği zayıflatılmış olur¹⁴⁹. Demokratik hukuk böylelikle geleneksel ya da betimleyici pozitivist hukukun sahip olmadığı bir şeyi öne sürer. Demokratik hukuk, kamu yararına olduğunu ve kendisine tabi olan herkes adına, hatta kendisiyle aynı fikirde olmayanlar da dahil olmak üzere, geçerli olduğunu iddia eder. Bu, demokratik hukukun herkesin bakış açısını ya da olası tüm çıkarları temsil ettiğini iddia ettiği anlamına gelmez. Daha ziyade, demokratik yasa yapma sürecinin gerçekleştiği anlaşmazlık koşullarına rağmen, kendisini toplum adına yasa olarak sunar¹⁵⁰.

Waldron'un demokrasi açıklaması, toplum üyelerinin neden çoğunluğun kararlarına uyması gerektiğine dair normatif bir argüman öne sürmesinin ya-

¹⁴⁴ Waldron, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', s. 38-51.

¹⁴⁵ Hart, *The Concept of Law*, 256.

¹⁴⁶ Hart, *The Concept of Law*, 109.

¹⁴⁷ Hart, *The Concept of Law*, 116-117.

¹⁴⁸ Hart, *The Concept of Law*, 117. Jeremy Waldron, başka bir yerde, Hart'ın bu tespitten hareketle normatif pozitvizmin gerekçelendirilebileceğini düşünür. Jeremy Waldron, 'All We Like Sheep', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt: 12, Sayı: 1, Yıl: 1999, ss. 169-186.

¹⁴⁹ Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 761.

¹⁵⁰ Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 761.

nında pozitivist bir hukuk sistemi için de normatif bir tezdır. Pozitivist hukuk resmine, demokratik kamusalılık ve genellik unsurlarının eklenmesi, hukuk sistemlerinin demokratik olarak formüle edilmiş hukuku kabul etmek için nasıl ahlaki nedenler sağlayabileceğini açıklar¹⁵¹. Pozitif hukukun iddiası, herkesin görüşlerini dikkate alması ya da pozitif hukukun toplumun uzlaşmaya dayalı temel yapısı olması değildir. Pozitif yasaların asıl vurgu yaptığı şey, Waldron’a göre, hukukun, kamunun çıkarı gözetilerek yapılmasıdır. Demokratik hukukun silahlı soygunculardan veya hukukun buyruk kuramından farkı bu anlamda ortaya çıkar, silahlı soyguncuların buyrukları kamunun çıkarını gözetmez¹⁵².

Waldron’a göre, insanların neyin gerçekten kamu yararına olduğu konusunda kendi görüşlerine sahip olmaya devam edecekleri elbette doğrudur; ancak yasanın geçerliliği, gerçekten kamu yararını teşvik edip etmediğine bağlı değildir¹⁵³. Yasayı çıkaran makamların da bireyler kadar kamu yararı konusunda yanılma olasılığı vardır, ancak Waldron’a göre yasanın yalnızca kamu yararına olduğunu iddia etmesi yeterlidir¹⁵⁴. Kamusalılık unsuru, anlaşmazlıkların kendisinden ziyade, anlaşmazlığa verilen toplumsal tepkiler düzeyinde mevcuttur.

Hukukun genelliği de Waldron’a göre demokratik hukukun kamusalılığından kaynaklanır. Genellik, demokratik hukuk anlayışı için önemlidir çünkü bir anlamda hukukun kamusal karakterini vurgular. Hukuk, topluluğun her üyesine eşit şekilde uygulanır ve bunu yaparken topluluğun yararına olduğunu iddia eder¹⁵⁵. Ancak genelliğin önemli olduğu bir başka anlam daha vardır ve bu da hukukun genelliğinin, bireysel ahlaki failer olarak Kantçı insan anlayışını haklı çıkardığı anlamdır¹⁵⁶. Anlaşmazlık olgusu, hukukta tek sesliliği gerekli kılan şeydir. Ancak anlaşmazlık aynı zamanda ahlaki özerkliğin bir ürünüdür. Dolayısıyla ahlaki özerkliğin tanınması ve buna saygı gösterilmesi, anlaşmazlığın ciddi ve ahlaki önemini küçümsemeyen kolektif karar usullerini gerektirir. Kamusal ve genel olduğu kadar diğer üç anlamda da pozitivist-kaynağa dayalı, ahlaktan bağımsız ve otoriter- olan bir hukuk, bu gereklilikleri yerine getirebilir¹⁵⁷.

¹⁵¹ Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review’, s. 762.

¹⁵² Waldron, ‘Can There be a Democratic Jurisprudence’, s. 40.

¹⁵³ Waldron, ‘Can There be a Democratic Jurisprudence’, s. 41

¹⁵⁴ Waldron, ‘Can There be a Democratic Jurisprudence’, s. 41.

¹⁵⁵ Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review’, s. 764.

¹⁵⁶ Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review’, s. 764.

¹⁵⁷ Stacey, ‘Democratic Jurisprudence and Judicial Review’, s. 764.

Waldron'un anayasa yargısına karşı argümanları yine onun demokratik pozitivist görüşlerinden kaynaklanır. Ona göre, hakların içeriği yargı organı tarafından değil, yasama organı tarafından belirlenmelidir. Waldron bu nedenle *common law* hukukçularının haklarla bezeli hukuk anlayışı yerine, yargıcın rolünün sınırlandığı bir yargı anlayışına daha olumlu bakar. Hakların içeriği bu haklara sahip olan insanlar tarafından belirlenmelidir. Eşit katılımla yapılan yasalar ancak yasama organının toplumsal temsil sayesinde yaptığı yasalar-dır. Waldron anayasa yargısının tümüne karşı değildir. Onu ilgilendiren sadece “güçlü” anayasal denetimdir. “Güçlü” yargısal denetim, mahkemelere, anayasal olarak korunan bir veya başka bir hakkı ihlal ettiğinde usulüne uygun olarak yürürlüğe konan mevzuatı iptal etme yetkisi verirken, “zayıf” denetimin çeşitli biçimleri, mahkemelere mevzuatın geçerliliğine ilişkin herhangi bir bulgu veya karar verme yetkisi vermeksizin, mevzuatın bir haklar belgesinde yer alan haklara uygunluğunun yargısal olarak incelenmesini öngörmektedir¹⁵⁸. Waldron'un güçlü yargısal denetimle ilgili sınırı, belirli şartları sağlayan yargı çevreleri için geçerlidir. Böyle bir yargı çevresinde şunların olması gerekir:

“(1) yetişkinlerin genel oy hakkı temelinde seçilen temsili bir yasama organı da dahil olmak üzere, makul ölçüde iyi işleyen demokratik kurumlar; (2) bireysel davalara bakmak, anlaşmazlıkları çözmek ve hukukun üstünlüğünü korumak için temsili olmayan bir temelde kurulmuş, yine makul ölçüde iyi işleyen bir dizi yargı kurumu; (3) toplumun çoğu üyesinin ve yetkililerinin çoğunun birey ve azınlık hakları fikrine bağlılığı; ve (4) toplumun haklar fikrine bağlı üyeleri arasında haklar konusunda (yani haklara bağlılığın gerçekte ne anlama geldiği ve ne gibi sonuçlar doğuracağı konusunda) süregelen, önemli ve iyi niyetli anlaşmazlıklar¹⁵⁹.”

Waldron yargısal denetimin, dinsel, ırki, cinsiyet ile ilişkili yasama sorunlarını düzeltmek için zorunlu olabileceğini kabul eder fakat yasama organlarının Waldron'un belirttiği şekilde işlediğinde haklarla ilgili anlaşmazlıkların son çözüm yeri olarak mahkemelere sevk edilmesini ikna edicilikten uzak bulur¹⁶⁰. Waldron'un yasama organına yaptığı vurgu katılım, eşitlik, özerk bireylerin, özerk tercihlerini yapması gibi demokratik değerlere dayanır. Liberal demokrasinin haklarla ilgili ihlal ve çatışmaları yargı organına sevk ettiği yerde Waldron'un yasamayı önceleyen teorisi, onu tıpkı Campbell gibi radikal demokrat görüşlere yaklaştırır. Waldron yine tıpkı Campbell gibi tüm projesini hukuki pozitivism'e değer atfederek inşa eder.

¹⁵⁸ Stacey, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review', s. 768.

¹⁵⁹ Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review', The Yale Law Journal, Cilt: 115, Sayı: 6, Yıl: 2006, ss. 1346-1406, s. 1360.

¹⁶⁰ Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review', s. 1360.

SONUÇ

Hukuki pozitivizmin günümüzdeki baskın şekli hukukbilimi yapma faaliyetini betimsel bir proje olarak temellendirir. Metodolojik pozitivistler için hukuk kavramının ne olduğunun ortaya konulması, hukuk kavramının zorunlu ve yeterli şartlarının açığa kavuşturulması betimsel metafizik bir eylemdir. Hukuk kavramı netleştirilirken elbette teorisyenden değerlendirme yapması beklenir fakat teorisyenin yapacağı değerlendirme ahlaki-politik değerlendirmeden uzak olmalıdır. Hukuk kavramıyla ilgili ahlaki-politik değerlendirme yapılabilir fakat bu ancak hukuk kavramı ortaya koyulduktan sonra yapılması gereken ve daha çok politika ya da ahlak teorisyenlerini ilgilendiren bir mevzudur.

Normatif pozitivistler öncelikle bu resme itiraz ederler. Hukuki pozitivizm ilk ortaya çıktığında betimsel bir anlayışla değil aksine ahlaki-politik bir itiraz olarak ortaya çıkmıştır. Çağdaş normatif pozitivistler geleneğin dip dalgasını yeniden yüzeye çıkarırlar ve hukuki pozitivizmin ahlaki bir değerlendirmeden bağımsız olamayacağını öne sürerler. Hukuki pozitivizmi bu şekilde ele alan normatif pozitivistler, hukuki pozitivizmin ahlaki politik işlevleriyle ilgili farklı görüşler öne sürerler. Bu farklı görüşlere rağmen hepsinin kabul edebileceği ortak noktalar olduğu söylenebilir. Bunlar arasında buyurucu sert pozitivizme bağlılığı, hukukun sıradan insanlar tarafından nüfuz edilebilir olması gerekliliğini, mahkemelere ve yargıçlara şüpheyi yaklaşmayı, mahkemelerin yorumlarında yasamanın yaptığı kuralların sınırlarını benimsemelerini ve yasamanın demokratik yanına olan inancı sayabiliriz.

Hukuki pozitivizmin benimsediği hukukun geçerliliğiyle ilişkili olarak ahlaki muhakemeye zorunlu bir ihtiyaç olmadığı tezi, hukuki pozitivistlerin hukukun doğasıyla ilgili görüşlerinin yanlış anlaşılmasının kaynağıdır. Hukuki geçerlilikle, hukuka ahlaki itaat yükümlülüğünü birbirinden ayrı meseleler olarak görsele de pozitivistler karşıtlarının eleştiri oklarından kurtulamaz. Normatif pozitivistler, hukuki pozitivizmi ahlaki-politik olarak kıymetli bir entelektüel gelenek olarak görerek, bu eleştirilerin ne kadar yersiz olduğunu kanıtlar. Günümüzde normatif pozitivistlerin argümanları birçok anti-pozitivist düşünür tarafından da olumlu karşılanır. Normatif pozitivizm böylelikle hukukbilim içerisindeki kısır doğal hukuk-hukuki pozitivizm karşıtlığını da ortadan kaldırıp daha verimli tartışmaların yapılmasına öncülük edecek bir gelenektir.

KAYNAKÇA

- ALEXY, Robert, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, (çev. B. L. Paulson / S. L. Paulson), Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ARIKAN, Engin, *Sert Pozitivizm, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul, 2019.
- BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, University of Chicago Press, Chicago, 1993.
- CAMPBELL, Tom D., ‘The Point of Legal Positivism’, *King’s College Law Journal*, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 1998-1999, ss. 63-87.
- CAMPBELL, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Routledge, New York, 2016.
- CHIASSONI, Pierluigi, “From Savigny to Linguistic Analysis: Legal Positivism Through Bobbio’s Eyes”, *Torben Spaak / Patricia Mindus (der.)*, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- COLEMAN, Jules, ‘Negative and Positive Positivism’, *The Journal of Legal Studies*, Cilt: 11, Sayı: 1, Yıl: 1982, ss. 139-164.
- COLEMAN, Jules, “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis”, *Jules Coleman (der.)*, *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, New York, 2001.
- COYLE, Sean, ‘Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism’, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Cilt. 16, Sayı. 2, 2003, ss. 243-270.
- DICKSON, Julie, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Hukukun Hükümranlığı*, (çev. E. Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2018.
- DYZENHAUS, David, ‘The Genealogy of Legal Positivism’, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2004, ss. 39-67.
- DYZENHAUS, David, ‘The Justice of the Common Law: Judges, Democracy and the Limits of the Rule of Law’, *yayınlanmamış ders*, Melbourne, Kasım 2000.
- DYZENHAUS, David, “Hobbes on the Authority of Law”, *David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- DYZENHAUS, David, *The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- EDMONDS, David, *The Murder of Professor Schlick: The Rise and Fall of the Vienna Circle*, Princeton University Press, Princeton, 2020.
- FINNIS, John, ‘Grounds of Law and Legal Theory: A Response’, *Legal Theory*, Cilt: 13, Sayı: 3-4, Yıl: 2007, ss. 315-344.
- FINNIS, John, ‘Law and What I Truly Should Decide’, *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48, Sayı: 1, Yıl: 2003, ss. 107-129.

- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.
- GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- GLOCK, Hans-Johann, *Analitik Felsefe Nedir?*, Albaraka Yayınları, İstanbul, 2021.
- GOLDSMITH, M. M., “Hobbes on Law”, Tom Sorell (der.), *Cambridge University Press*, Cambridge, 1996.
- HART, H.L.A., “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlakın Ayrılması”, (çev. E. Uzun), Sercan Gürler (der.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, Tekin Yayınları, İstanbul, 2015.
- HART, H.L.A., *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HIMMA, Kenneth Einar, *Morality and the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- HOBBES, Thomas, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, Joseph Cropsey (der.), University of Chicago Press, Chicago, 1997.
- HOBBES, Thomas, *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- HOBBES, Thomas, *The Elements of Law Natural and Politic*, Frank Cass, London, 1969.
- LATHAM-GAMBI, Alexander, ‘Jeremy Waldron and the Circumstances of Politics’, *The Review of Politics*, Cilt. 83, Sayı. 2, Yıl: 2021, ss. 242-263.
- LOBBAN, Michael, “Thomas Hobbes and the Common Law”, David Dyzenhaus / Thomas Poole (der.), *Cambridge University Press*, Cambridge, 2012.
- LYONS, David L, ‘Founders and Foundations of Legal Positivism’, *Michigan Law Review*, Cilt: 82, Sayı: 4, Yıl: 1984, ss. 722-792.
- MARMOR, Andrei, “The Seperation Thesis in Context”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2011.
- MAY, Larry, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- MOORE, Michael S., “Law as Functional Kind”, Robert P. George (der.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- MURPHY, Mark, *Philosophy of Law*, Blackwell Publishing, Massachusetts, 2007.
- PERRY, Stephen, ‘Hart’s Methodological Positivism’, *Legal Theory*, Cilt: 4, Sayı: 4, Yıl: 1998, ss. 427-467.
- POSTEMA, Gerald J., “The British Tradition of Legal Positivism”, Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

- POSTEMA, Gerald J., Bentham and the Common Law Tradition, 2. Baskı, Oxford University, Oxford, Press, 2019.
- PRIEL, Dan, 'Toward Classical Legal Positivism', Virginia Law Review, Cilt: 101, Sayı: 4, 2015, ss. 987-1022.
- RAZ, Joseph, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- RAZ, Joseph, The Authority of Law, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- SCHAUER, Frederick Schauer, "Positivism as Pariah", Robert P. George (der.), Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- SCHAUER, Frederick, 'The Path-Dependence of Legal Positivism', Virginia Law Review, Cilt: 101, Sayı: 4, 2015, ss. 957-976.
- SCHAUER, Frederick, "Normative Legal Positivism", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- SCHAUER, Frederick, "Positivism Before Hart", Michael Freeman / Patricia Mindus (der.) The Legacy of John Austin's Jurisprudence, Springer, Dordrecht, 2013.
- SCHAUER, Frederick, The Force of Law, Harvard University Press, Cambridge, 2015.
- SCHAUER, Frederick, Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning, Harvard University Press, Massachusetts, 2009.
- SCHOFIELD, Philip, "Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- SCHOFIELD, Philip, Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- SHAPIRO, Scott J, Legality, Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- SHINER, Roger, Norm and Nature: The Movements of Legal Thought, Clarendon Press, Oxford, 2011.
- SPAAK, Torben / MINDUS, Patricia, "Introduction", Torben Spaak / Patricia Mindus (der.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- STACEY, Richard, 'Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron's Contribution to Political Positivism', Oxford Journal of Legal Studies, Cilt: 9, Sayı: 4, Yıl: 2010, ss. 749-773.
- VINX, Lars, Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy, Oxford University Press, Oxford, 2007
- WALDRON, Jeremy, 'All We Like Sheep', Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Cilt: 12, Sayı: 1, Yıl: 1999, ss. 169-186.
- WALDRON, Jeremy, 'Can There be a Democratic Jurisprudence', Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper, Sayı: 08-35, Yıl: 2008, ss. 1-57.

WALDRON, Jeremy, 'The Core of the Case Against Judicial Review', The Yale Law Journal, Cilt: 115, Sayı: 6, Yıl: 2006, ss. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism", Jules Coleman (der.), Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law, Oxford University Press, Oxford, 2005.

WALDRON, Jeremy, Law and Disagreement, Oxford University Press, Oxford, 2004.

WALUCHOW, Will, Inclusive Legal Positivism, Oxford University Press, Oxford, 1994.

ÖZEL HUKUK

Tasfiye Hâlindeki Anonim Şirketin Bölünmeye Katılması^(*)

Participation of a Joint Stock Company in Liquidation in Demerger

Arş. Gör. **Atahan GÜNCAN**^(**)

Öz:

Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK'da) tasfiyedeki anonim şirketin bölünme işlemine katılmasının mümkün olup olmadığı düzenlenmemiştir. Ancak tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılabilmesi mümkündür. Benzer biçimde ticaret şirketlerinin yapısal değişikliklerine ilişkin hükümlerin mehzazını teşkil eden İsviçre hukukunda da tasfiyedeki şirketin bölünme işlemine katılabilmesi düzenlenmemiştir. Fakat İsviçre doktrininde bunun mümkün olduğu kabul edilmektedir. Avrupa Birliği'nin Şirketler Hukukunun Belirli Yönlerine ilişkin Yönergesi hükümlerinden de aynı sonuca varılmaktadır. TTK m. 533/2 hükmüne göre tasfiye hâlindeki şirket organlarının yetkileri tasfiye amacıyla sınırlıdır. TTK m. 548 hükmünde ise şirketin tasfiyeden dönebilmesi düzenlenmiştir. Tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılabileceğine yönelik TTK m. 138 hükmü de dolaylı bir tasfiyeden dönme hâlidir. Çalışmamızda tasfiyedeki anonim şirketin bölünme işlemine katılıp katılamayacağı; tasfiye amacı, tasfiyeden açıkça dönme ve tasfiyeden dolaylı dönme bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Tasfiyedeki anonim şirketin bölünme işlemine katılabilmesi için kanunda aranan şartlar ve kanunda öngörülmeyp öğretide kabul edilen şartlar da çalışmamızın kapsamındadır. Son olarak tasfiyedeki anonim şirketin bölünmeye katılabilmesinde aranan şartların ispatı ve bölünmeye katılabilmesi için genel kurul kararında aranan yeter sayılar çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Anonim Şirket, Bölünme, Tasfiyeden Dönme, Tasfiye Amacı, Yeter Sayılar.

Abstract:

The Turkish Commercial Code (TCC) does not regulate whether it is possible for a joint stock company in liquidation to participate in demerger. However, it is possible for a company in liquidation to participate in merger. Similarly, the Swiss law, which is the origin of the provisions on the structural

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 08.10.2023 - Makalenin kabul tarihi: 05.11.2023.

Bu makale, İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin kırk dokuzuncu maddesinin sekizinci fıkrası hükmü kapsamında hazırlanmıştır.

^(**) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul-Türkiye;

Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Kocaeli-Türkiye,

E-posta: atahanguncan@gmail.com,

Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-7480-6355>.

changes of commercial companies, does not regulate the participation of a company in liquidation in demerger. However, it is accepted in the Swiss doctrine that this is possible. The provisions of the European Union Directive on Certain Aspects of Company Law also lead to the same conclusion. Pursuant to Article 533/2 of the TCC, the powers of the organs of the company in liquidation are limited to the purpose of liquidation. Article 548 of the TCC regulates that the company may revoke its liquidation. Article 138 of the TCC stipulating that the company in liquidation may participate in a merger is also an indirect revocation of liquidation. In our study, whether a joint stock company in liquidation may participate in demerger is evaluated separately in terms of the purpose of liquidation, explicit revocation of liquidation and indirect revocation of liquidation. The conditions required by the law for the participation of the joint stock company in liquidation in demerger and the conditions that are not stipulated in the law but accepted in the doctrine are also within the scope of our study. Finally, the proof of the conditions required for the participation of the joint stock company in liquidation in demerger and the quorums required in the general assembly resolution for the participation in demerger are the subject of our study.

Keywords:

Joint Stock Company, Demerger, Revocation of Liquidation, Purpose of Liquidation, Quorums.

GİRİŞ

Ticaret şirketleri pek çok ekonomik ya da hukuki sebeplerle yapısal değişiklik işlemlerine başvurabilmektedir¹. Bu bağlamda anonim şirketin de özellikle birleşme ve bölünme işlemlerine devrolunan, bölünen, devralan gibi farklı sıfatlarla katılabilmesi mümkündür. Türk Ticaret Kanunu'nda² (TTK'da), anonim şirketin yapısal değişikliğine ilişkin bu işlemlerde diğer ticaret şirketlerinden farklı düzenlemelere gitmek yerine, ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerin uygulanması tercih edilmiştir³. Bölünme işlemi de bu hükümlerin arasında yer almakla birlikte, TTK m. 161/1 172, 173/2'deki gibi bazı hususlarda birleşme hükümlerine yollama yapmak suretiyle düzenleme yapılmıştır. Anonim şirketin tasfiyesi, sona erme hükümlerini takiben TTK m. 536 ve devamında düzenlenmekle birlikte tasfiyedeki şirketin bölünme işlemine katılabilmesine dair ne tasfiye ne de -TTK m. 138'deki gibi birleşmenin aksine- bölünme başlığı altında herhangi bir hüküm vardır. Bununla birlikte tasfiyedeki anonim şirketin, birleşmeye katılmasında olduğu gibi, bölünme işleminin tarafı olmak istemesi de mümkündür. Kanun koyucunun tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılabilmesini öngörmesine rağmen, aynı şirketin bölünme işleminin tarafı olabilmesine dair suskun kalmasının bi-

¹ Özellikle bölünme işlemine dair yargı kararlarından örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD, 2012-17293/7051, 10.04.2014 kararı; Yargıtay 11. HD, 2014-17142/1689 kararı; Yargıtay 11. HD, 24.09.2018, 2016-19158/8915 kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 06.11.2023. Bölünmenin ekonomik ve hukuki alanda ifade ettiği anlam için bkz. Hülya Çoştan, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 7-9.

² Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, Resmî Gazete 14.02.2011 / 27846

³ Ayrıca TTK m. 134/2 uyarınca diğer kanunların TTK m. 135 ilâ 194'e aykırı olmayan hükümleri de saklı tutulmuştur.

linçli bir tercih olup olmadığı çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca şirketin bölünme işlemine katılabilmesi açısından birleşmeye dair TTK m. 138 hükmünün kıyasen uygulama alanı bulup bulamayacağı da bu bağlamda çalışmamızda incelenmiştir. Konu değerlendirilirken, yapısal değişikliklere ilişkin TTK hükümlerinin mehazı niteliğindeki İsviçre Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun⁴ (İsvBirK) ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyin Şirketler Hukukunun Belirli Yönlerine ilişkin Yönergesi'nin⁵ (AB Yönergesi'nin) ilgili hükümleri birlikte ele alınmıştır. Buna göre çalışmamızda ilk olarak mehaz hukuk ve AB Yönergesiyle birlikte Türk hukukundaki durum tespit edilmiştir. Ardından tasfiyedeki anonim şirketin bölünmeye katılıp katılamayacağına ilişkin Türk ve İsviçre öğretilerindeki görüşlere yer verilerek, şirketin “bölünen” veya “devralan” sıfatıyla bölünme işlemine katılmasına göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmıştır. Bu işlemin yapılabilmesine tasfiye amacının müsaade edip etmediği ve tasfiyeden açıkça ya da dolaylı biçimde dönülebilenin varılan sonuca etkisi de bu kapsamda incelenmiştir. Daha sonra tasfiyedeki anonim şirketin bölünmeye katılabileceği kabul edildiği için, buna ilişkin gerek kanunda gerekse öğretide yer verilen şartlar irdelenmiştir. Takiben şartların ispatı ve nihayet hangi yeter sayılarla kararın alınabileceği çalışmamız kapsamına dahil edilmiştir.

I. HUKUKİ DÜZENLEME

A. Türk Hukuku

Ticaret şirketlerinde yapısal değişiklik hâlleri olarak bilinen birleşme, bölünme ve tür değiştirme, TTK'nın ikinci kitabı olan “Ticaret Şirketleri”nin, “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmı altında düzenlenmiştir. TTK m. 134/1 hükmüne göre ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerine TTK m. 134 ilâ 194⁶ hükümleri uygulanmaktadır. TTK m. 533'e göre ise sona eren anonim şirket, kanundaki istisnalar saklı kalmak üzere, kural olarak tasfiye hâline girmektedir ve hükmün ikinci fıkrasına göre tasfiye hâline giren şirket tasfiyenin sonuna kadar tüzel kişiliğini korumaktadır. Aynı maddenin son cümlesine göre tasfiye hâlindeki şirket organlarının yetkileri tasfiye amacıyla sınırlıdır. Anonim şirketin yeniden yapılandırılması

⁴ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2004/320/de>, Erişim Tarihi: 29.08.2023.

⁵ Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 14 Haziran 2017 tarih ve 2017 / 1132 (AB) sayılı Şirketler Hukukunun Belirli Yönlerine ilişkin Yönergesi [2017] OJ L169 / 46, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32017L1132>, Erişim Tarihi: 29.08.2023.

⁶ Kanun'a Adalet Komisyonu aşamasında eklenen TTK m. 194'te “*Ticari işletme ile ilgili birleşme ve tür değiştirme*” düzenlendiğinden, TTK m. 134/1'de hükmeye yapılan yollamanın hatalı olduğu ve hükümde “*TTK 134 ilâ 193 üncü maddeler*” denilmesi gerektiği hususunda bkz. Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 135 ve oradaki dph. 34.

işlemlerinde de TTK m. 134 ve devamında yer alan hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Ne var ki, anonim şirketin tasfiye hâlinde olması durumunda, yeniden yapılandırma işlemlerinden yalnızca birleşmeye katılabilmesine dair özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, tasfiye hâlindeki bir şirketin, malvarlığının dağıtılmasına başlanmamışsa ve devrolunan şirket olması şartıyla, birleşmeye katılabilmesine cevaz verilmektedir (TTK m. 138/1).

B. Mehaz Hukuk ve Avrupa Birliği Yönergesi

TTK m. 138'in mehzazını oluşturan⁷ İsvBirK m. 5'te de madde başlığı ve içeriği itibarıyla benzer bir düzenlemeye rastlanmaktadır. Hükmün ilk fıkrasına göre; *“Tasfiye hâlindeki bir şirket, malvarlığının dağıtılmasına başlanmamışsa devrolunan şirket olarak birleşmeye katılabilir.”* ve ikinci fıkrasına göre *“Üst yönetim veya idare organı, birinci fıkrafta belirtilen şartın yerine getirildiğini doğrulayan bir belgeyi ticaret sicili müdürlüğüne sunmalıdır.”*⁸ Yine benzer biçimde mehaz Kanun'da da tasfiyedeki şirketlerin bölünmesi ve tür değiştirmesine ilişkin -birleşmede olduğu gibi- özel bir hüküm yer almamaktadır. Bu arada belirtelim ki, İsvBirK hükümlerinin hazırlanmasında Avrupa Birliği'nin yönergeleri dikkate alındığından⁹, TTK m. 138, AB Yönergesi m. 89/2 ve 90/2 hükümleriyle de uyumludur¹⁰. Söz konusu hükümlerin

⁷ Madde gerekçesinde bu hususa açıkça işaret edilmiştir. Bkz. TBMM Yasama Dönemi: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1 / 324), s. 113.

⁸ Bu çeviris için bkz. Necdet Uzel, 'Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun', Aynur Yongalık / Murat Gürel / İbrahim Bektaş (ed), Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 734.

⁹ Avrupa Birliği hukukuyla uyuma ilişkin olarak İsvBirK'in gerekçesine bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (BBl 2000 4337), s. 4354, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2000/921/de>, Erişim Tarihi: 29.08.2023. Ayrıca bkz. İsviçre kanun koyucusunun bu hükümle AB'nin ilgili yönergesi ile mümkün olan en yüksek uyumu hedeflediği hususunda Martin Frey, 'Fusionsgesetz Artikel 5', Baker & McKenzie (ed), Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2015, FusG Art. 5 N. 3; AB Yönergesi'nin İsvBirK bakımından etkisi için Stephan Erni, 'Fusionsgesetz Artikel 5', Rolf Watter / Nedim Peter Vogt / Rudolf Tschäni / Daniel Daeniker (ed), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, FusG Art. 5 N. 1; Peter V. Kunz (Peter Jung / Harald Bärtschi), Gesellschaftsrecht, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2021, § 13 N. 13.

¹⁰ TTK m. 138'in gerekçesinde, İsvBirK m. 5'in yanı sıra o dönem yürürlükte olan yönergeden de yararlanıldığı belirtilmiş; keza genel gerekçede de birleşme, bölünme ve tür değiştirmede Avrupa Topluluğu yönergelerine uygunluğa işaret edilmiştir. Bkz. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (genel gerekçe için) s. 40 ve (madde gerekçesi için) s. 113. TTK'nın Avrupa Birliği mevzuatıyla bu uyumunun, şirketlerin yeniden yapılandırılmasında mehaz hukuk olarak İsvBirK hükümlerinin tercih edilmesinden ve İsviçre kanun koyucusunun da anılan mevzuatı dikkate almasından kaynaklandığı; neticede TTK'nın gerekçesinde belirtilen uygunluk ifadelerinin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Uzel, s. 717 dñn. 1; Mehmet Helvacı / Necdet Uzel, 'Birleşme (Şirketler Hukuku)', Arslan Kaya / Baki İlkay Engin / Ali Paslı / Şehriban İpek Aşıkoğlu ve Elif Oğuz (ed), Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk -Acquis Communautaire'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 219-220.

ilkinde devralma, ikincisinde ise yeni kuruluş yoluyla birleşmeler bakımından; üye devletlerin hukuklarında, tasfiye hâlindeki şirketlerin birleşmeye katılmalarını öngörebilecekleri düzenlenmiş ancak bunun malvarlığını henüz pay sahiplerine dağıtmaya başlamamış şirketlerle sınırlı tutulması gerektiği de belirtilmiştir. Diğer taraftan AB Yönergesi'nde devralma yoluyla (tam) bölünme için m. 136/2'de m. 89/2'ye, yeni kuruluş yoluyla (tam) bölünme için de m. 155/2'de m. 90/2'ye yollama yapılarak, tasfiye hâlindeki şirketin de söz konusu bölünme işlemlerine katılabileceği öngörülmüştür.

II. TASFİYEDEKİ ANONİM ŞİRKETİN BÖLÜNMEYE KATILIP KATILAMAYACAĞI SORUNU

A. Öğretideki Görüşler

1. Türk Hukuku Bakımından

Tasfiye hâlindeki anonim şirketin bölünme işlemine katılabilmesine ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılmadığı gibi birleşmeye ilişkin TTK m. 138'e yollamada bulunan herhangi bir hüküm de yoktur. Bununla birlikte öğretide, bölünme bakımından TTK m. 138 hükmünün kıyasen uygulama alanı bulabileceği ve tasfiye hâlindeki şirketin de bölünmeye katılabileceği ifade edilmiştir¹¹. Bu noktada özel hukukta “*yasaklanmamış bir hususa izin verildiği*”ne ve ticaret hukukundaki “*pratik fayda*” ilkesine işaret edilmektedir¹². Pratik fayda ilkesi ile tasfiye hâlindeki bir şirketin tam bölünmesi neticesinde tasfiye aşamasının hızlı bir biçimde sonuçlandırılması kastedilmektedir¹³. Gerçekten tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılmasıyla gerçekleştireceği işlemler, ticaret hayatının da gereklerine uygun olarak tasfiye aşamasındaki pek çok işlemin yerine geçebilecek ve bu yönüyle uygulamada sağladığı kolaylık anılan ilkenin bir görünümü olarak karşımıza çıkacaktır. Öte yandan bölünen şirketin, dolaylı olarak tamamen veya kısmen tasfiye edildiği ve bunun da tasfiye amacıyla bağdaştığı kabul edilmektedir¹⁴: Şöyle ki, bir defa bölünen şirket, tıpkı tasfiyede şirket alacakları ve borçlarının temizlenmesinde olduğu gibi, ta-

¹¹ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 25-17; Ferna İpekeli Kayalı, Türk Ticaret Kanununa Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 112.

¹² Koray Demir, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017, s. 76-77. Buna karşılık kanun koyucunun tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılmasıyla ilgili özel bir düzenleme yapmamasının bu hususu kapsam dışında bıraktığı fakat bölünme için de buna dair bir düzenleme yapılması ya da birleşmeye ilişkin hükme kanunen atıf yapılması gerektiği hususunda bkz. Serkan Altoprak, Türk ve Alman Hukuku Karşılaştırmalı Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 62.

¹³ Bkz. Demir, s. 77.

¹⁴ Demir, s. 78-79.

mamen ya da kısmen malvarlığı unsurlarını devretmektedir ve bölünme işlemi sonucunda pay sahipleri devralan şirketlerde pay sahibi olabilmektedir. Bu da tasfiyedeki şirketin pay sahiplerine pay bedellerinin iadesine benzetilmektedir. Keza bölünmenin sonucunda şirketin ticaret sicilinden terkinin ve tüzel kişiliğinin son bulması da bu yönüyle tasfiyeye benzetilmekte¹⁵ ve neticede bölünme işlemi tasfiye amacıyla çatışmamaktadır.

Meseleyi AB Yönergesi ile karşılaştırmalı olarak değerlendiren yazarlara göre ise, bölünmenin unsurları bakımından TTK m. 159 ve 160 hükümleri AB Yönergesi ile uyumlu olsa da- birleşmeye ilişkin TTK m. 138’de açık bir hüküm bulunurken- tasfiyedeki şirketlerin bölünmeye katılabileceklerine dair herhangi bir düzenlemenin yer almamasının bir yorum sorununu ortaya çıkarabileceği ifade edilmiş ve bu hususta TTK’da düzenleme yapılması önerisinde bulunulmuştur¹⁶. Bu öneri kapsamında, Kanun’da bölünmeye ilişkin genel hükümler altında “İlke” başlığıyla düzenlenen TTK m. 159 yahut “Geçerli bölünmeler” başlıklı TTK m. 160 hükmünde yapılacak bir yollamayla TTK m. 138’in bölünme işlemi bakımından da uygulanabileceğinin düzenleme altına alınabileceği savunulmaktadır.

2. İsviçre Hukuku Bakımından

İsviçre öğretisinde de tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılabilmesinin aksine, bölünmeye katılabileceğine dair açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, birleşmeye ilişkin İsvBirK m. 5 hükmünün bölünme işlemi bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁷. Tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılabilmesi, birleşmeye ilişkin İsvBirK m. 5 hükmünün¹⁸ kıyasen uygulanmasının yanı sıra İsviçre Federal Mahkemesi’nin tasfiyedeki şirketin faaliye-

¹⁵ Demir, s. 78-79.

¹⁶ Mehmet Helvacı / Necdet Uzel, ‘Bölünme’, Arslan Kaya / Baki İlkay Engin / Ali Paslı / Şehriban İpek Aşıkoğlu / Elif Oğuz (ed), Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 233-234.

¹⁷ Raffael Büchi, ‘Fusionsgesetz Artikel 29’, Rolf Watter / Nedim Peter Vogt / Rudolf Tschäni / Daniel Daeniker (ed), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, FusG Art. 29 N. 24; Marc Amstutz / Ramon Mabillard, Fusionsgesetz (FusG) Kommentar, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008, FusG 30 N. 6; Michael Pfeifer / Karolina Dobry Oesch, ‘Fusionsgesetz Artikel 29’, Frank Viscsher (ed), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, FusG Art. 29 N. 13; Petra Hanselmann, ‘Fusionsgesetz Artikel 29’, Baker & McKenzie (ed), Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2015, FusG Art. 29 N. 20; Alexander Vogel / Christoph Heiz / Urs R. Behnisch / Andrea Sieber / Andrea Opel, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) FusG, 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2017, FusG Art. 29 N. 29 ve 30; Hans Caspar von der Crone / Andreas Gersbach / Franz J. Kessler / Brigitte von der Crone / Karin Ingber, Das Fusionsgesetz, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, N. 577.

¹⁸ Bu arada eklemeliyiz ki, tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılabilmesine ilişkin bu hükmün tasfiye sonucunun dağıtılmasından kaçınılmayı mümkün kıldığına ve vergisel açıdan da avantajına işaret edilmiştir. Bkz. Urs Schenker, ‘Die Fusion’, Aktuelle Juristische Praxis, Sayı: 7, Yıl: 2004, s. 774.

te devamına şirket genel kurulunca karar verilebilmesine, diğer bir ifadeyle tasfiyeden dönme kararı alınabilmesine cevaz veren içtihadına¹⁹ da dayanılmaktadır. Bu görüşe göre, tasfiye hâlindeki bir şirket, henüz malvarlığı pay sahiplerine dağıtılmaya başlamadan, bölünmeye katılmaya karar verirse, tasfiyeden de zımnen dönmüş olur²⁰. Şu hâlde anılan görüşün, tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılması işlemini, her ne kadar İsviçre hukukunda şirketin tasfiyeden dönebileceğini açıkça düzenleyen bir hüküm yer almasa da İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarıyla ve İsviçre öğretisinde de kabul edilen²¹ tasfiyeden dönmenin dolaylı bir hâli olarak değerlendirdiği söylenebilecektir. Esasen bu görüş ileri sürülürken, tasfiyedeki şirketin birleşmesinde de aynı durumun varlığına işaret edilmektedir. Başka bir deyişle tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılmasının da dolaylı bir tasfiyeden dönme hâli olduğu kabulünden hareket edilmektedir.

B. Değerlendirmemiz

Öğretide tasfiye hâlindeki bir şirketin bölünme işlemine katılabilmesinin mümkün olup olmadığı ve şartları bölünen şirket ve devralan şirket cephesinden ayrı ayrı incelenmektedir²². Biz de bölünen ve devralan şirketin, bölünme işleminde farklı hukuki konumlara sahip olmaları sebebiyle bu ayrımın yapılmasını haklı bulmakta ve incelememizi bölünme işlemindeki her iki konuma göre yapmaktayız. Buna göre öncelikle tasfiyedeki anonim şirketin bölünen şirket olarak bölünme işlemine katılması ve şartlarını inceleyeceğiz. Sonraki başlıkta da tasfiyedeki anonim şirketin devralan şirket sıfatıyla bölünme işlemine katılmasının mümkün olup olmadığını ele alacağız.

1. Bölünen Şirket Olarak Bölünmeye Katılmada

Öncelikle tasfiyedeki bir anonim şirketin bölünen şirket olup olamayacağı sorgulanırken, kanunun bu şirket için tasfiyede olmayan bir şirkete nazaran bölünme işlemine katılabilmesine bir engel getirip getirmediği irdelenmelidir. Zira bir anonim şirketin TTK m. 160 hükmüne göre geçerli bir biçimde bölün-

¹⁹ BGE 123 III 473, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 07.09.2023. Anılan kararın çevirisi için bkz. Müge Tekil (Çeviren), 'Genel Kurulun Anonim Ortaklığı Fesih Kararını Geri Alması, İsviçre Federal Mahkemesinin 18 Haziran 1997 Tarihli Yeni İçtihadı', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 56, Sayı: 1-4, Yıl: 1998, s. 319-327.

²⁰ Büchi, Basler Kommentar, FusG Art. 29 N. 24.

²¹ Bkz. Matthias Courvoisier, 'Liquidation', Willi Fischer / Helke Drenckhan / Michael Gwelessiani / Fabiana Theus Simoni (ed), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, N. 89.15; Jean Nicolas Druey / Eva Druey Just / Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2021, § 15 N. 15; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, Genf, 2022, § 15 N. 9 ve oradaki (içtihatlar bakımından) dpn. 24 ile (öğreti bakımından) dpn. 25.

²² Bkz. Demir, Bölünme s. 77.

mesinin önünde bir engel yoktur. Söz konusu hükme göre, sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler. Ancak şirketin tasfiyede olması hâlinde, devrolunan şirket sıfatıyla birleşmeye katılabilmesi için özel bir hüküm (TTK m. 138) getirilmişken, bölünen şirket olarak bölünme işlemine katılıp katılamayacağına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu noktada TTK m. 160'ın gerekçesine bakılabilir: Anılan maddenin gerekçesinde anonim şirketin şahıs şirketlerine bölünemeyeceği ve tersinin de mümkün olmadığı ifade edildikten sonra, caiz olmayan bölünme türlerinde alacaklıların korunmasının ancak tasfiye hükümlerinin uygulanmasıyla mümkün olduğu belirtilmiştir²³. Gerekçedeki “caiz olmayan bölünme türleri” ibaresi şirket türleri bağlamında kullanıldığından, bu açıklamadan, tasfiyedeki anonim şirketin bölünen şirket sıfatıyla bölünmeye katılıp katılamayacağı anlaşılamamaktadır. Tasfiye hâlindeki şirket için özel bir düzenleme yapılmamasının bilinçli bir tercih olup olmadığı sorgulanırken, başta da belirttiğimiz üzere, ilk aşamada şirketin bölünmesinin önünde herhangi bir engel bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

a. Tasfiye amacı bakımından bir engel bulunmaması

Bilindiği üzere sona eren bir şirket kural olarak tasfiye hâline girmekle birlikte tasfiyenin sonuna kadar tüzel kişiliğini korumaya da devam eder. Bu şirketi, tasfiyede olmayan bir şirketten ayıran özelliklerden biri şirket organlarının yetkileridir. TTK m. 533/2'ye göre, tasfiye hâlindeki şirketin organlarının yetkileri tasfiye amacıyla sınırlıdır²⁴. Tasfiyenin, şirket organlarının yetkileri

²³ TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 124-125.

²⁴ TTK m. 533/2'deki organların yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlandırılmasının, TTK m. 125/2'nin ikinci cümlesinde geçen ticaret şirketlerinin hak ehliyetine getirilen kanuni bir istisna olup olmayacağı hususunda bkz. Burçak Yıldız, ‘TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükümündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, Yıl: 2006, s. 338 ve oradaki dph. 66; Hamdi Pınar, ‘Anonim Şirketlerde Sona Erme ve Tasfiye’, Sami Karahan (ed), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 764; Ünal Tekinalp (Reha Poroy / Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 1568; Tekinalp, N. 10-100; Abuzer Kendigelen / İsmail Kırca, Şirketler Hukuku Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N. 409; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2022, s. 45; Güzin Üçışık / Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, II. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 700; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, § 58 N. 6; tasfiye amacı dışındaki işlemlerin akıbeti bakımından Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 646; hak ve fiil ehliyetine etkisi bakımından Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 352; Nuri Erdem, ‘Sona Erme ve Tasfiye’, Kemal Şenocak (ed), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 3627. Bu arada ekleyelim ki, tasfiyedeki şirketin ehliyetinin tasfiye gayesiyle sınırlı olacağını öngören eTTK m. 439/2 döneminde bunun hak ehliyetine yönelik bir sınırlama getirdiği ağırlıklı görüş olarak savunulmaktaydı [bkz. Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisalı ve Tasfiyesi, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1961, s. 147-148; Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 483; tasfiye gayesi dışındaki işlerin şirketi bağlamayacağı yönünde (kollektif şirkette) Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 306; uygulanacak yaptırım açısından bu yönde Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı,

haricinde organların varlıklarına bir etkisi olmamaktadır²⁵. Tasfiye amacı ise genel itibarıyla, alacaklıların korunması ve onların tatmin edilmesi ile kalan şirket malvarlığının pay sahipleri arasında dağıtılması olarak ifade edilmektedir²⁶. Daha geniş bir biçimde tasfiye amacından; şirketin henüz tamamlanmamış işlerinin tamamlanması, şirket malvarlığının paraya çevrilerek alacakların tahsil edilmesi ve borçlarının ödenmesi, pay bedellerinin iade edilip tasfiye bakiyesinin paylaştırılması, nihayet şirketin ticaret sicilinden terkin edilmesi²⁷ anlaşılmaktadır²⁸. Tasfiye amacı, Türk öğretisinde olduğu gibi İsviçre öğretisinde de genel itibarıyla bu şekilde anlaşılmaktadır²⁹. Ancak tasfiyeden dönme imkânının varlığı karşısında tasfiye amacının sadece şirketin tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik olarak anlaşılamayacağı da -bir önceki cümlede yer verdiğimiz

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982, s. 300; Sami Karahan, Anonim Şirketlerde Tasfiye, Mimoza Yayınları, Konya, 1998, s. 28; tasfiye amacıyla bağdaşmayan işlerin şirkete izafe edilemeyeceği, işlemi yapana ait olacağı yönünde Turgut Sengir, 'Anonim Ortaklıklarda Tasfiye İşlemlerinin Kapsamı', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 4, Yıl: 1968, s. 701]. Buna karşılık hak ehliyetinde bir daralma oluşturmayıp kullanma ehliyetini sınırladığı da aksi görüş olarak belirtilmekteydi [bkz. Ünal Tekinalp (Reha Poroy / Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, N. 1568]. TTK m. 533/2'nin gerekçesinde de eTTK dönemindeki bu tartışmaya ve hükümdaki değişikliğe işaret edilmiştir. Buna göre, eskisinden farklı olarak, tasfiyede değişikliğe uğrayan ve sınırlanan şirketin ehliyeti değil, organların yetkileridir (Bkz. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 246).

²⁵ Fritz von Steiger, İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, (çev. T. Çağa), 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 401; İrfan Baştuğ, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İstiklâl Matbaası, İzmir, 1974, s. 397; Ansay, s. 299; Karahan, s. 32-35; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 575; Pınar, s. 764; Özlem Karaman Coşgun, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 22; Tekinalp, N. 10-100; Emrullah Kervankıran, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 83-84; Şener, Ortaklıklar, s. 647; Üçışık / Çelik, s. 701 ve 704; Pulaşlı, § 58 N. 8 ve 11; Ayhan / Çağlar / Özdamar, s. 352. Tasfiyedeki şirkette temsil yetkisinin kullanılması açısından bkz. (tasfiye memurları bağlamında eTTK ve TTK'nın tasarı döneminde yapılan bir inceleme için) Ali Haydar Yıldırım, "Anonim Ortaklık Tasfiye Memurlarının Temsil Yetkisini Kullanmaları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı: Prof. Dr. Ünal Narmanlioğlu'na Armağan, Yıl: 2007, s. 931-956.

²⁶ Bilgili / Demirkapı, s. 574-575; Karaman Coşgun, s. 25; Şener, Ortaklıklar, s. 646.

²⁷ Ticaret sicilinden terkinin hukuki niteliği için bkz. Oruç Hami Şener, Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 18-28.

²⁸ Şengül Al Kılıç, Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 90; Demir, Bölünme, s. 78; tasfiye amacı kapsamında aslolanın şirketin tamamen sona erdirilmesi olduğu yönünde Kervankıran, s. 68; ayrıca bkz. Ernst Hirs, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1948, s. 326; Arslanlı, s. 213; İsvBK m. 739/2'deki tasfiyedeki organların hedefi bakımından benzer biçimde Steiger, s. 401; Pulaşlı, § 58 N. 7; tasfiyenin bu işlemlerden oluşan bir bütün olduğu hususunda bkz. Bilgili / Demirkapı, s. 574; Bahtiyar, s. 324; Şener, Ortaklıklar, s. 646; Erdem, s. 3627-3628.

²⁹ Peter Forstmoser / Arthur Meier-Hayoz / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1996, § 56 N. 3; Christoph Stäubli, 'Obligationenrecht Artikel 739', Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Rolf Watter (ed), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, OR Art. 739 N. 1; Böckli, § 15 N. 24; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2020, N. 2049; Walter Stoffel, 'Auflösung und Liquidation', Peter Nobel / Christoph Müller (ed), Berner Kommentar, Das Aktienrecht, Kommentar der ersten Stunde, Stämpfli Verlag, Bern, 2023, § 23 N. 36; Matthias Kuster, 'Obligationenrecht Artikel 739', Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Ams-tutz / Roland Fankhauser (ed), Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023, OR Art. 739 N. 1.

hâkim görüşe karşı- ileri sürülmektedir³⁰. Gerçekten, bir sonraki başlıkta da incelediğimiz üzere, malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça, şirketin tasfiye aşamasındayken faaliyetine devam etme kararı alabilmesi, diğer bir deyişle tasfiyeden dönebilmesi imkânı bulunmaktadır. Tasfiyeden dönmeye ilişkin imkân ile birlikte değerlendirildiğinde tasfiye amacı bu denli geniş kabul edilmese dahi, bölünen şirketin esasında dolaylı bir biçimde tasfiye edildiği görüşünün³¹ kabulüyle, bölünme işleminin tasfiye amacına aykırı olmadığı sonucuna varılabilecektir. Bölünen şirket “kısmi külli intikal” kapsamında tamamen ya da kısmen malvarlığı unsurlarını devretmektedir³² ve bu da anılan görüşün haklı bir biçimde belirttiği üzere, malvarlığının tasfiyesi işlemiyle -dolaylı da olsa- aynı etkiyi doğurmaktadır. Yine kısmi bölünme hâli bir tarafa bırakılırsa, tam bölünmede şirketin tasfiyesiz infisah ederek³³ ticaret sicilinden terkin edilmesi (TTK m. 179/3, TSY³⁴ m. 129/6) de -tasfiyenin neticesinde şirketin ticaret sicilinden terkin edildiği göz önüne alınırsa- bu bakımdan aynı neticeye yol açmaktadır³⁵. İsviçre öğretisinde de İsvBirK m. 5 yorumlanırken, benzer bir görüş savunulmakta; tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılmasının esasında tasfiye kararının geri alındığı anlamına gelmediği; daha ziyade tasfiye usulünün değiştirildiği; varlıkların üçüncü kişilere satılarak paraya çevrilip, borçların ödenmesi yerine bunların tümüyle devralan şirkete devredildiği böylece devreden şirketin yine tasfiyedeki gibi malvarlığından yoksun kaldığı ve sona erip ticaret sicilinden terkin edildiği vurgulanmaktadır³⁶.

b. Tasfiyeden açıkça dönmenin kanunen mümkün olmasının etkisi

Organların yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlı olacağını öngören TTK m. 533/2 hükmüne paralel biçimde, TTK m. 535/1’de de şirketin tasfiye hâline girdiğinde, organlarının görev ve yetkilerinin tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan ancak nitelikleri gereği tasfiye memurlarınca yapılamayan işlemlere özgü olduğu belirtilmektedir. Hükümde geçen tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan işlemlerin geniş yorumlanacağı ifade edilmekte³⁷ ve zorunluluğun bulunup

³⁰ Rainer Riek, ‘Gewinnoptimierung und Liquidation bei der AG Zulässige Massnahmen während der Liquidation’, Der Schweizer Treuhänder, Sayı: 10, Yıl: 2004, s. 856.

³¹ Bkz. Demir, s. 78-79.

³² Bölünmedeki külli intikal için bkz. Hakan Çebi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 23-25, 215-219; Demir, s. 17-18; İpek Kayalı, Bölünme, s. 20-21, 188-197.

³³ Tam bölünmede şirketin tasfiyesiz infisahi için bkz. Çebi, s. 251; Demir, s. 171; İpek Kayalı, Bölünme, s. 187-188.

³⁴ Ticaret Sicili Yönetmeliği (RG 27.01.2013 / 28541)

³⁵ Demir, s. 78-79.

³⁶ Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel, Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli Kommentar, FusG Art. 5 N. 7.

³⁷ Karaman Coşgun, s. 30.

bulunmadığının da genel kurul tarafından takdir edileceği belirtilmektedir³⁸. Öte yandan kanun koyucu tasfiyedeki bir şirketin, TTK m. 548'e göre tasfiyeden dönebilmesine de imkân tanımıştır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde bulunmayan³⁹ bu imkân sayesinde genel kurulun TTK m. 548/1'deki şartların gerçekleşmesi hâlinde şirketin devam etmesini kararlaştırabilmesi mümkündür. Yani her ne kadar TTK m. 533/2 ve m. 535/2 hükümlerinde organ yetkilerinin tasfiye amacıyla veya tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan işlemlerle sınırlandırılması söz konusu olsa da şirketin tasfiye aşamasından çıkarak faaliyetine devam edebilmesine olanak bulunmaktadır.

Tasfiyedeki şirketin bölünen şirket olarak bölünmeye katılmasının, ilk bakışta tasfiye amacı ile bağdaşmadığı düşünülebilir. Ancak TTK m. 548 ile tasfiyeden dönmenin açıkça düzenleme altına alındığı göz önünde bulundurulursa, tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılmasına da engel olmadığı kabul edilmelidir. Gerçekten yukarıda yer verdiğimiz üzere, kanunlarında tasfiyeden dönebileceğine ilişkin açık bir düzenlemenin yer almadığı fakat içtihatlarla tasfiyeden dönmenin kabul edildiği İsviçre'de dahi tasfiye amacının sadece şirketi tamamen sona erdirmek olmadığı -azınlıkta da olsa- bir görüş⁴⁰ olarak ifade edilmektedir. O hâlde mehzaz hukuk ile yapılan karşılaştırmadan, Türk hukuku bakımından da aynı sonuca evleviyetle varılabilecektir. Zira TTK'da tasfiyeden dönmeye kanunen imkân tanınmıştır.

Neticede tasfiyedeki bir şirketin bölünen şirket sıfatıyla bölünme işlemine katılabilmesine tasfiye amacının engel olmadığı rahatlıkla söylenebilecektir. Görüldüğü üzere gerek tasfiyeden dönme cephesinden gerekse bölünmenin dolaylı bir tasfiye hâli sayılabileceğine dair farklı bir açıdan bakıldığında aynı sonuca varılması kaçınılmazdır.

c. Dolaylı tasfiyeden dönmenin kanunen mümkün olmasının etkisi

TTK m. 138/1'de tasfiye hâlindeki bir şirketin malvarlığının dağıtımına başlanmadığı sürece ve devrolunan şirket olması hâlinde birleşmeye katılabileceği⁴¹ düzenlenmektedir. Bu noktada tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşme-

³⁸ Arslanlı, s. 152.

³⁹ Ancak o dönemde de mahkeme kararlarıyla tasfiyeden dönebileceği kabul edilmekteydi. Örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD, 443/7922, 29.06.2009 kararı, <http://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 24.10.2023; Yargıtay 11. HD, 10306/12391, 03.12.2009 kararı [özeti için Erdoğan Moroğlu / Abuzer Kendigelen, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 420].

⁴⁰ Bkz. Riek, s. 856.

⁴¹ Hükmün başlığı ve birinci fıkrasındaki "*birleşmeye katılması / katılabilir*" ifadelerinin "*birleşebilir*" olarak düzeltilmesi gerektiği hususunda bkz. Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 94; aynı yönde Hüsnü Turanlı, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Orion Kitabevi, İzmir, 2014, s. 64 dpn. 192.

ye katılabilmesini düzenleyen TTK m. 138'in de tasfiyeden dönmenin özel bir hâli olup olmadığının değerlendirilmesi gereklidir. Bir görüşe göre Kanun'da tasfiye hâlindeki şirket için öngörülen bu imkân, esasında bir tasfiyeden dönme hâlini ifade etmektedir⁴². Burada bir tasfiyeden dönme hâli bulunmadığını savunan aksi yöndeki diğer görüşe göre ise, tasfiye aşamasında bulunan bir şirket tasfiyeden döndükten sonra ticari faaliyetine kaldığı yerden devam eder, oysaki TTK m. 138'de düzenlenen durumda tasfiye hâlindeki şirketin birleşme kararının tesciliyle birlikte tüzel kişiliği ortadan kalktığından faaliyetine devam eden bir şirketin varlığından söz edilemez⁴³. Kanaatimizce bu hususta ilk yer verdiğimiz görüşe üstünlük tanınmalı ve TTK m. 138'e göre tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılması, tasfiyeden (dolaylı) dönme hâli olarak değerlendirilmelidir. Zira bu durumda tasfiye hâlindeki şirketin pay sahiplerine tasfiye payları verilmemekte ve pay sahipleri -ayrılma akçesi almaları hâli hariç (TTK m. 141)⁴⁴- kural olarak devralan şirketin ortağı olmaktadır (TTK m. 153/2). Ayrıca tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılabilmesi için TTK m. 138/1'de aranan "malvarlığının dağıtılmasına başlanmaması" şartının, tasfiyeden dönme için TTK m. 548/1'de de aranması her iki hüküm arasında paralellik kurulduğunun bir göstergesidir. Neticede TTK m. 138'de de tasfiyeden dönülmenin dolaylı bir hâlinin düzenlendiği söylenebilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nda tasfiyedeki anonim şirket bakımından da uygulama alanı bulan bir yapısal değişiklik türü olan "birleşme" işleminin -TTK m. 138 hükmü dolayısıyla- tasfiyeden dolaylı bir dönme hâli olduğu yönündeki kabulün, diğer bir yapısal değişiklik türü olan ve anonim şirket bakımından da cevaz verilen "bölünme" işlemi açısından da benimsenebilmesinde hiçbir engel yoktur. Bir defa, anonim şirketin sırf tasfiye hâlinde olması, bölünen şirket olarak bölünme işlemine katılmasına engel olsaydı, bunun devrolunan şirket olarak bu kez birleşme işlemine katılması için de bir engel teşkil etmesi gerekirdi. Zira her iki işlem de esasında benzer sonuçları doğurmaktadır. TTK m. 152/3 uyarınca birleşmenin ticaret siciline tescili ile devrolunan şirket in-

⁴² Bkz. Karaman Coşgun, s. 291; Kervankıran, s. 356-357; Şükrü Yıldız, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 548. Maddesine Göre Tasfiyeden Dönme', İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 30, Yıl: 2016, s. 135; Murat Kaderoğlu, Anonim Şirketlerin İnfisahı (Dağılıması), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 342; İbrahim Çağrı Zengin, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 286; Mehmet Helvacı / Muhammed Sulu, 'Tasfiye Hâlindeki Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi', Mehmet Bahtiyar / Mete Tevetoğlu / Betül Aktaş / Hakan Tokbaş (ed), 1. Ticaret Hukuku Kongresi 2021 (Tebliğler), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 353.

⁴³ Al Kılıç, Tasfiyeden Dönme, s. 44-45 ve 338 dpn. 800.

⁴⁴ Bu arada ekleyelim ki, tasfiyedeki şirkette TTK m. 141/2 hükmüne göre sadece ayrılma akçesi verilerek ortakların şirketten çıkarılabilmesinin mümkün olup olmadığı sorgulanabilir. Bu hususta Alman hukukunda tasfiyedeki şirkette ortakların çıkarılabileceğini kabul eden hâkim görüşe işaret ettikten sonra; TTK m. 138 uyarınca birleşmeye katılabilmesine cevaz verilen şirketin, TTK m. 141/2 hükmüne istinaden de pay sahiplerini şirketten çıkarılabileceği yönünde Kervankıran, s. 92-93.

fisah ederken; TTK m. 179/3'e göre de tam bölünmede devrolunan şirket ticaret siciline tescil ile birlikte infisah etmektedir. Öte yandan her iki sona erme hâli de aynı nitelikte olup "tasfiyesiz bir infisah" hâlidir. Keza bölünme işleminde "*malvarlıklarının önce ayrılması sonra birleşmesi*"⁴⁵ söz konusu olmaktadır. Yine her iki işlemde de şirket malvarlığı (kısmi) külli intikal yoluyla devredilmektedir. Anonim şirketin pay sahipleri açısından bakıldığında da her iki yapısal değişiklik işleminde de ortaklık payları ve haklarının korunması (sürekliliği) ilkesinin geçerli olduğu vurgulanmalıdır⁴⁶.

Sonuç olarak, her iki işlemin yapısal değişiklik olmasından kaynaklı benzerliklerinin bulunduğu ifade edilebilir. Bu durumda, birleşme işlemi için tasfiyeden dolayı bir dönme hâli olarak düzenlenen TTK m. 138 hükmü, hakkında bu hususta herhangi bir düzenleme içermeyen bölünme işlemi için de kıyasen uygulanabilecektir. Gerçekten birleşme ile ilgili özel bir hüküm öngörülmüşken, bölünme bakımından herhangi bir kanuni düzenleme yapılmaması kanun boşluğunun bulunduğunu göstermektedir. Aşağıda da yer verdiğimiz üzere bu durum kanun koyucunun bilinçli bir tercihi değildir⁴⁷. Bu sebeple kıyasa başvurulması kaçınılmazdır. Kıyas (örnekseme); her iki olgu arasında benzerliğin varlığında, birine bağlanmış olan hukuki sonucun öteki için de örnek olabilmesini ve ona aktarılabilmesini ifade etmektedir⁴⁸. Kıyasa başvurulabilmesi için hakkında kanunda bir kuralın öngörüldüğü olgu ile "korunan menfaatler" açısından bir benzerlik aranmaktadır⁴⁹. Her iki işlemde de gerek pay sahiplerinin gerekse alacaklıların ve bu bağlamda işçilerin korunmasına ilişkin benzerlikler, korunan menfaatlerdeki benzerliğin de bir göstergesidir. Gerçekten birleşmedeki ortaklık pay ve haklarının korunmasına ilişkin TTK m. 140 ile bölünmedeki şirket pay ve haklarının korunmasını düzenleyen TTK m. 161; birleşme işleminde alacakların teminat altına alınması başlığı altında düzenlenen TTK m. 157 ile bölünmede alacaklıları koruyan TTK m. 174-175 ve son olarak işçilerin korunması bağlamında zikredebileceğimiz iş ilişkilerinin geçmesine ilişkin birleşmede TTK m. 158/4 ile bölünmedeki TTK m. 178 bu benzerliği göstermektedir. Nitekim bu hükümlerden birleşme bakımından TTK m. 158/4'te bölünmeye ilişkin TTK m. 178'e yollama yapılması ya da -tersine- bölünme için TTK m. 161/1'de birleşmeyle ilgili olan

⁴⁵ Tekinalp, N. 25-19.

⁴⁶ Bu hususta bkz. Çebi, s. 25, İpek Kayalı, Bölünme, s. 18-20. Her iki işlemin benzerliği hakkında bkz. Demir, s. 39-42.

⁴⁷ Hatta bu yönüyle, kanun koyucunun ihmâlinde kaynaklanan bir bilinçsiz boşluğun (*ihmal boşluğu*) bulunduğu dahi tespit edilebilir. İhmal boşluğu hakkında bkz. Seyfullah Edis, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997, s. 135.

⁴⁸ Rona Serozan, Hukukta Yöntem-Mantık, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N. 22a, 188.

⁴⁹ Serozan, N. 265.

TTK m. 140'a atf yapılması da bu benzerliğin diğer bir göstergesidir. Zira atf, hukuk uygulayıcısının yaptığı kıyası, doğrudan doğruya kanun koyucunun kendisinin yapması olarak tanımlanmaktadır⁵⁰. Tüm bunlar göstermektedir ki, tasfiyedeki bir şirketin devrolunan şirket olarak birleşebilmesi için bir hüküm öngörülmesi iken, aynı şirketin bölünen sıfatıyla bölünme işlemine katılmasına dair bir düzenleme bulunmaması kanun koyucunun bilinçli bir tercihi değildir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu yönüyle kanunda boşluk bulunmaktadır. Bu sebeple tasfiyedeki şirketin bölünen sıfatıyla bölünme işlemine katılabilmesine bir engel bulunmadığı ve bu işleme tasfiyeden dolayı bir dönme hâli olarak düzenlenen TTK m. 138'in kıyasen uygulanacağı sonucuna varılabilecektir.

2. Devralan Şirket Olarak Bölünmeye Katılmada

Bilindiği üzere, bölünme işleminde malvarlığı bölümleri mevcut bir şirkete veya yeni kurulacak olan bir şirkete devredilebilir. Bunlardan ilki devralma, diğeri de yeni şirket kurulması yoluyla bölünme olarak adlandırılmaktadır⁵¹. Bu başlık altında anonim şirketin tasfiye hâlindeyken devralan sıfatıyla bölünmeye katılıp katılamayacağı incelendiğinden yeni şirket kurulması yoluyla bölünme ile ilgili bir husus bulunmamaktadır. Devralma yoluyla bölünmede ise bölünen şirketin malvarlığı bölümü devralan şirketin malvarlığıyla birleşmektedir⁵². Bu noktada sorgulanması gereken tasfiye hâlindeki bir anonim şirketin devralan şirket olarak bölünmeye katılıp katılamayacağıdır.

Devralan şirket olarak bölünme işlemine katılacak olan tasfiyedeki bir şirketin öncelikle TTK m. 548'e göre tasfiyeden dönmesi gerekmektedir⁵³. İsv-BirK m. 5'e ilişkin açıklamalarda da aynı sonuca varılmakta ve şirketin ancak tasfiyeden döndükten sonra devralan olarak birleşmeye (kıyasen bölünmeye) katılabileceği ifade edilmektedir⁵⁴. Zira devralan şirketin, bölünme işlemiyle birlikte yeni malvarlığı edinmesi ve şirkete yeni pay sahiplerinin girmesi şirket organlarının yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlı olduğunu öngören TTK m. 533/2'ye aykırıdır⁵⁵. Bu ihtimalde, yukarıda incelediğimiz “devreden” şir-

⁵⁰ Serozan, N. 52.

⁵¹ Çebi, s. 27; Demir, 35; İpek Kayalı, Bölünme, s. 87.

⁵² İpek Kayalı, Bölünme, s. 89. Bu bakımdan devralma yoluyla bölünmede bölünme ve birleşmenin karma bir hâli bulunduğu hususunda bkz. Çebi, s. 28.

⁵³ Birleşme işlemi açısından bu hususta bkz. Tekinalp, N. 24-25; Pulaşlı, § 9 N. 161; Demir, s. 81; Kervankıran, s. 357. *İpek Kayalı* da tasfiye hâlindeki şirketlerin malvarlıklarını bölmek suretiyle devredebileceklerinden bahsetmekle, esasında tasfiyedeki bir şirketin yalnızca “bölünen” sıfatıyla bölünme işlemine katılabileceğini kabul etmiş görmektedir (Bkz. İpek Kayalı, Bölünme, s. 112).

⁵⁴ Birleşmede bkz. Frey, Stämpflis Handkommentar, FusG Art. 5 N. 2.

⁵⁵ Nitekim bkz. Demir, s. 81; keza bkz. İsvBirK m. 5 bakımından bu durumun tasfiye amacı ile açıklanabileceği yönünde Uzel, s. 735; birleşme bakımından bkz. Turanlı, s. 65.

ket sıfatıyla bölünme işlemine katılmada olduğunun aksine, tasfiye amacına uygunluğun bulunduğu söz edilemez. Zira devreden sıfatıyla bölünmeye katılan şirket, malvarlığını -kısmi külli intikal kapsamında- bir bütün hâlinde devretmekte, adeta tasfiye benzeri bir işlem gerçekleştirmektedir. Oysa devralan sıfatıyla bölünmeye katılan şirket, tasfiyedeki gibi malvarlığını likit hâle getirmesinin tam aksine yeni malvarlığı unsurlarını devralmaktadır. Bunun da ötesinde tasfiye edilip son bulma hedefinin yine aksine bir biçimde şirkete yeni pay sahipleri girmektedir⁵⁶.

Tasfiyedeki bir anonim şirketin, devralan sıfatıyla -tasfiyeden dönme kararı almadan- bölünme işlemine katılabilmesi, TTK m. 138'in kıyasen uygulanabilmesi suretiyle de mümkün değildir. Zira söz konusu hükümde, açıkça birleşmeye katılacak olan şirketin "devrolunan" şirket olması şartı aranmaktadır. Bölünme işleminde ise malvarlığı unsurları devrolunan şirket, "bölünen" şirkettir. Bu yüzden anılan hükmün bölünme bakımından kıyasen uygulanması neticesinde de "devrolunan" şirket olma şartı sağlanamayacağından tasfiyedeki şirket devralan sıfatıyla bölünmeye katılamayacaktır.

III. TASFİYEDEKİ ANONİM ŞİRKETİN BÖLÜNEN ŞİRKET SIFATIYLA BÖLÜNMEYE KATILABİLMESİNİN ŞARTLARI

Şirketlerin bölünmesi, Türk Ticaret Kanunu'nda kapsamlı bir biçimde düzenlenen ve özel bir prosedüre tabi olan işlemler bütünüdür. Ancak çalışmamız tasfiyedeki bir anonim şirketin bölünme işlemine katılmasını ele aldığından, Kanun'daki bölünme işlemine ilişkin tüm adımları incelemek çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bu sebeple yukarıda kabul ettiğimiz üzere tasfiyedeki bir anonim şirketin bölünen şirket sıfatıyla bölünmeye katılabileceğine dair gerekçelerimizden birini de oluşturan ve esasen tasfiyedeki bir şirketin bölünmeye katılabilmesinin şartlarının tespitinde elde bulunan tek kanuni düzenleme olarak TTK m. 138 hükmünde yer alan şartlar bu başlık altında incelenecektir. Şimdiden belirtelim ki, söz konusu hükmün kıyasen uygulamasını kabul ettiğimizden bölünme işleminde de aynı şartların aranmasında hiçbir engel bulunmamaktadır.

A. Kanunda Öngörülen Şartlar

Tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılabilmesi için kanun koyucu TTK m. 138'de, birleşmeye ilişkin TTK m. 136 ve devamındaki diğer hükümlerden farklı olarak ek birtakım şartlar öngörmektedir⁵⁷. Bunlardan ilki

⁵⁶ Bu hususta bkz. Demir, s. 81.

⁵⁷ Elbette ki, TTK m. 138'dekilerin yanı sıra birleşmeye ilişkin genel şartlar -örneğin geçerli birleşmeleri düzenleyen TTK m. 137- burada da uygulama alanı bulur. O yüzden TTK m. 138'dekiler "ek" şartlar olarak aranmaktadır. İsvBirk m. 5'in uygulamasında da TTK m. 137'in mehzazı olan İsvBirk m. 4'teki sınırlamalara

tasfiye hâlindeki şirketin malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olmasıdır. İkinci şart olarak ise, tasfiyedeki şirket ancak “devrolunan” şirket ise birleşmeye katılabilecektir. Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülen bu şartlar, II-23.2 Sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği’nin⁶⁸ “*Birleşmeye ilişkin özellikli durumlar*” başlığı altındaki m. 12/1 hükmünde de aynı şekilde öngörülmektedir. Bu sebeple anılan Tebliğ’in kapsamına ilişkin m. 2/1 hükmünden de anlaşıldığı üzere tasfiyedeki halka açık ortaklığın taraf olduğu bölünme işleminde de söz konusu şartların varlığı aranacaktır.

Hemen belirtelim ki, tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılabilmesi için TTK m. 138’de aranan ve bölünmeye katılmada da kıyasen uygulanacak olan bu şartlar, birbirinin alternatifi değildir. Diğer bir ifadeyle söz konusu şartların varlığı kümülatif olarak aranmaktadır. Nitekim, hükmün mehazı olan İsvBirK m. 5’teki aynı şartlar için de İsviçre öğretisinde buna işaret edilmektedir⁶⁹.

Buna göre ilk şart, tasfiye hâlindeki şirketin malvarlığının dağıtımına başlanmamış olmasıdır⁶⁰. Anılan şart, AB Yönergesi’nde de aranmaktadır⁶¹. Ayrıca İsvBirK m. 5/1’de de aynı şartın varlığı aranmış ve bu şartın esasen tasfiyeden dönme kararının alınabileceği anı belirleyen İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararına (BGE 123 III 473) uygun olarak öngörüldüğüne işaret edilmiştir⁶². Bu şart ile sermaye paylarının pay sahiplerine iade edilmesi mi yoksa TTK m. 543/1’e göre bir sonraki aşama olan pay bedellerinin iadesinden sonra kalan varlığın pay sahiplerine dağıtılmasının mı kastedildiği sorgulanabilir. Bir görüş, hükmün yalnızca lafzına göre değil amacından da hareket etmektedir⁶³: Buna göre, pay bedellerinin iadesi sermayenin iadesi an-

uyulması gerektiğinden bahsedilmektedir. Bkz. Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel, Orell Füssli Kommentar, FusG Art. 5 N. 3; keza bkz. tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılmasına ilişkin hükmün, kolaylaştırılmış birleşmede de uygulama alanı bulabileceği hususunda Erni, Basler Kommentar, FusG Art. 5 N. 4. Aynı durum TTK m. 138’in kıyasen uygulama alanı bulduğu tasfiyedeki şirketlerin bölünmeye katılmasında da geçerli olup, orada da TTK m. 159 ve devamındaki hükümlerin yanı sıra buradaki şartlar aranacaktır.

⁵⁸ RG 28.12.2013 / 28865

⁵⁹ Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel, Orell Füssli Kommentar, FusG Art. 5 N. 3.

⁶⁰ TTK m. 548’de malvarlığının pay sahipleri arasında dağıtılmaya başlanılmaması şartının tasfiyeden dönme için de aranması sebebiyle, TTK m. 138’deki bu şartın varlığının gereksiz olduğu yönünde Şengül Al Kılıç, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009, s. 93.

⁶¹ 2017 / 1132 sayılı AB Yönergesi m. 136/2 ve m. 155/2’de, m. 89/2 ve m. 90/2’ye atflla bu şart öngörülmektedir.

⁶² Botschaft FusG, s. 4397; Andreas C. Albrecht, ‘Fusionsgesetz Artikel 5’, Frank Vischer (ed), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, FusG Art. 5 N. 5; Uzel, s. 735. Ayrıca bu şarta ilişkin olarak bkz. Amstutz / Mabillard, FusG Art. 5 N. 1, 7-8; Frey, Stämpfli Handkommentar, FusG Art. 5 N. 8.

⁶³ Karaman Coşgun, s. 58-59.

lamına gelir. Bu durum ise hükmün amacına aykırıdır. O yüzden bu görüşe göre “malvarlığının dağıtımına başlanılmaması” ile kastedilen sermaye paylarının pay sahiplerine iade edilmemesidir⁶⁴. Buna karşılık TTK m. 138/1’deki dağıtılmasına başlanılmaması gereken “malvarlığı” ile ortakların tasfiye payının kastedildiği de ileri sürülmüştür⁶⁵. Kanaatimizce de pay bedellerinin pay sahiplerine iade edilmesi, TTK m. 138’de geçen malvarlığının dağıtılmasına başlanmaması şartını ihlal edecektir. Zira malvarlığının dağıtımına başlandıktan sonra malvarlıksal süreklilik⁶⁶ sağlanamaz, bu yüzden alacaklıların teminatları da azalır⁶⁷. Pay bedellerinin iade edilmesi de esasen aynı sonucu doğuracaktır. Ayrıca devralan şirketin ortaklarının da sermayesi iade edilmiş bir şirketin devralınması hâlinde zarara uğrayabileceği ve anılan şartla devralan şirketin ortaklarının da korunduğu göz önüne alınırsa⁶⁸, pay bedellerinin iadesinin de bu yasağın kapsamına girdiği sonucuna varılabilecektir.

Şirket aktiflerinin paraya çevrilmeye başlanması, TTK m. 138’deki malvarlığının dağıtılmasına başlanmaması şartını ihlal eder mi? Bu soruya öğretilde kanaatimizce de haklı bir biçimde olumsuz cevap verilmiş ve bu aşamada malvarlığının henüz daha şirketin bünyesinde kalmaya devam ettiği, bu yönüyle de alacaklılara yönelik bir zararın ortaya çıkmayacağı ifade edilmiştir⁶⁹.

Hemen belirtelim ki, malvarlığının dağıtılmasına başlanmaması şartı, alacaklılara şirket borçlarının ödenmesine engel değildir. Bu anlamda alacaklıların kısmen veya tamamen tatmin edilmiş olması hâlinde de şirketin birleşmeye katılabilmesi mümkündür⁷⁰. Elbette ki aynı husus bölünmeye katılma bakımından da geçerlidir.

TTK m. 138’deki malvarlığının dağıtılmasına başlanmaması şartı bakımından irdelenmesi gereken diğer bir sorun da pay sahiplerinin aldıkları tas-

⁶⁴ Karaman Coşgun, s. 58-59; aynı yönde Helvacı / Sulu, s. 356.

⁶⁵ Tekinalp, N. 24-25; aynı yönde bkz. Kervankıran, s. 357; Kağan Susuz, ‘Tasfiye Hâlindeki Bir Şirketin Birleşmeye Katılması’, Kemal Şenocak (ed), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 227 dpn. 5. Ayrıca bkz. açıklamalarından bu yönde olduğu anlaşılan Turanlı, s. 65-66.

⁶⁶ Malvarlığında devamlılık ilkesi bölünme işleminde de geçerlidir. Gerçekten devralma ve yeni kuruluş yoluyla bölünmenin her ikisinde de bölünen şirketin malvarlığının tümü ya da bir kısmı devralan şirkete veya şirketlere intikal etmektedir ve bu sebeple bölünme her zaman malvarlığının en azından bir kısmının devri ile sonuçlanmaktadır (İpekel Kayalı, Bölünme, s. 18).

⁶⁷ Pulaşlı, § 9 N. 161; Fena İpekel Kayalı, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 112.

⁶⁸ Sinan Sarıkaya, Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 30.

⁶⁹ Kervankıran, s. 357; Helvacı / Sulu, s. 356. Ayrıca bkz. buradaki şartın şirketin dış tasfiyesine değil de iç tasfiyesine işaret ettiğini belirten Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 501’deki Rıza Ayhan (Oturum Başkanı) ve İbrahim Arslan’ın açıklamaları.

⁷⁰ Albrecht, Zürcher Kommentar, FusG Art. 5 N. 9; Tekinalp, N. 24-25; Kervankıran, s. 357.

fiye bakiyelerini iade etmeleridir. *Tekinalp*, alınan tasfiye bakiyelerinin iadesi hâlinde de bu şartın sağlanmış kabul edilmesi gerektiğini, diğer bir deyişle tasfiye bakiyelerinin şirkete iadesi hâlinde de tasfiyedeki şirketin birleşme ve bölünme işlemine katılmasına bir engel bulunmadığını savunmaktadır⁷¹. Hükümün getiriliş amacı ve koruduğu menfaatler göz önüne alındığında, kanımızca alınan pay bedelleri ve tasfiye payının şirkete iadesinden sonra tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılmasına bir engel yoktur. Gerçekten bu ihtimalde şirketin malvarlığı, iadede önceki hâline getirilmiş olacağından, alacaklıların zarara uğrama tehlikesi ortadan kalkacaktır. Ayrıca kanun koyucunun tasfiyedeki bir şirketin pay sahiplerinin, şirketi yapısal değişikliğe uğratmak suretiyle, başka bir şirket bünyesinde de olsa pay sahibi olarak varlıklarını devam ettirebilmelerine imkân tanıdığı göz önüne alınırsa, aynı imkândan iadede sonra da pay sahiplerini yararlandırmamak adil bir çözüm tarzı olmayacaktır.

Devrolunan şirket olarak birleşmeye katılacak olan tasfiyedeki şirketin, TTK m. 548'e göre tasfiyeden dönme kararı alması şartı aranmaz⁷². Zira tasfiyedeki şirketin birleşmeye devrolunan şirket olarak katılması zaten tasfiyeden dönmesi anlamına gelir⁷³. TTK m. 138'i kıyasen uyguladığımızdan, tasfiyedeki anonim şirketin "bölünen şirket" sıfatıyla bölünme işlemine katılmasında da aynı sonuca varılması kaçınılmazdır. İsvBirK m. 5'e göre devrolunan şirket sıfatıyla birleşmeye katılma kararı için de İsviçre öğretisinde aynı sonuca varılmış ve birleşme kararının tasfiyeden dönme kararını da içerdiği, bu yüzden ayrıca tasfiyeden dönülmesine ilişkin bir karar alınmasına ihtiyaç olmadığı ifade edilmiştir⁷⁴.

TTK m. 138'de öngörülen diğer şarta göre; tasfiye hâlindeki şirket ancak "devrolunan" şirket ise birleşmeye katılabilecektir. Zira tasfiye hâlindeki bir şirketin başka bir şirketi devralması tasfiye amacıyla bağdaşmaz⁷⁵. TTK m. 138

⁷¹ Tekinalp, (birleşmede) N. 24-25 ve (bölünmede kıyasen uygulanacağı hususunda) N. 25-17.

⁷² İpek Kayalı, Birleşme, s. 114; Karaman Coşgun, s. 58; Susuz, s. 228. Buna karşılık, tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılması hâlinde tasfiyeden dönme kararı alması ve bu kararın tescilinin devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne bildirilmesi gerektiği yönünde bkz. Al Kılıç, Birleşme, ss. 93-94.

⁷³ İpek Kayalı, Birleşme, s. 114; Susuz, s. 228.

⁷⁴ Albrecht, Zürcher Kommentar, FusG Art. 5 N. 12; Gilles Benedick, 'Obligationenrecht Artikel 739', Vito Roberto / Hans Rudolf Trüeb (ed), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VegüV, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, OR Art. 739 N. 7.

⁷⁵ Bu hususta bkz. yukarıdaki II-B-2 başlığı altındaki açıklamalar ve özellikle bkz. Botschaft FusG, s. 4397; Frey, Stämpflis Handkommentar, FusG Art. 5 N. 10; Oliver Triebold, 'Fusionsgesetz Artikel 5', Marc Amstutz / Vito Roberto / Hans Rudolf Trüeb (ed), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, FusG Art. 5 N. 5; Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel, Orell Füssli Kommentar, FusG Art. 5 N. 4; Kürşat Göktürk, 'Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1-2, Yıl: 2013, s. 638; Susuz, s. 228. Ayrıca bkz. Amstutz / Mabillard, FusG Art. 5 N. 3.

hükmü, bölünme işlemi bakımından da kıyasen uygulanacağından, bölünme işleminde tasfiye hâlinde olan şirket “devralan” sıfatıyla bu işleme katılamayacaktır.

TTK m. 548 uyarınca tasfiyeden dönen bir şirketin ise devralan şirket olarak birleşmeye katılabilesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Aynı durum bölünmede devralan şirket için de geçerli olup, devralan şirket de öncelikle tasfiyeden dönmelidir. Şirket genel kurulu bölünme işleminin karara bağlanacağı toplantıda, tasfiyeden dönmeye karar verebilir; fakat tasfiyeden dönme kararının bölünme kararından önce alınması gereklidir⁷⁷. Bölünme kararı, genel kurulun onayına bağlı olduğundan ve tasfiyeden döndükten sonra bu organ tarafından bölünme sözleşmesi onaylandığından, tasfiyeden dönülmesinden önceki süreçte yönetim kurulunun bölünme hazırlıkları kapsamında müzakereler yapması ve bölünme sözleşmesini imzalamasının ehliyet bakımından bir sorun oluşturmayaacağı ifade edilmektedir⁷⁸. Gerçekten TTK m. 173’ün başlığından da anlaşıldığı üzere “bölünme kararı” genel kurulun onayının verildiği anda alınmaktadır. Yönetim kurulunun gerçekleştirdiği işlemler ise bu kararın bir unsuru değildir.

Öte yandan TTK m. 138’deki devrolunan şirket olma şartı, olması gereken hukuk bakımından eleştirilmektedir. Buna göre, TTK m. 138/1’deki “... devrolunan şirket olması şartıyla...” ibaresinin hükümden kaldırılması gerektiği savunulmakta ve tasfiyedeki bir şirketin, TTK m. 548’e göre tasfiyeden dönüp faaliyete devam edebilmesi mümkün olduğuna göre, devralma veya yeni bir şirket altında birleşme yoluyla da bu devamlılığının sağlanabileceği ifade edilmektedir⁷⁹. Hükümden geçen “devrolunan” şirket olma şartı tasfiye amacının getirdiği bir sınırlandırmadır. Bu durum göz önüne alınırsa, olması gereken hukuk açısından da anılan şartın aranmasında bir sakınca yoktur. Bölünmede de söz konusu hüküm kıyasen uygulanacağından, bölünen şirket için de, *de lege ferenda* aynı sonucu kabul etmek kaçınılmazdır.

⁷⁶ Tekinalp, N. 24-25; Karaman Coşgun, s. 58; Kervankıran, s. 357; Susuz, s. 228. Aynı hususta bkz. İsvBirK m. 5’in gerekçesindeki açıklama (Botschaft FusG, s. 4397); Amstutz / Mabillard, FusG Art. 5 N. 4; Erni, Basler Kommentar, FusG Art. 5 N. 3; Albrecht, Zürcher Kommentar, FusG Art. 5 N. 11-12; von der Crone / Gersbach / Kessler / von der Crone / Ingber, N. 250; Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel, Orell Füssli Kommentar, FusG Art. 5 N. 5.

⁷⁷ Demir, s. 81. Aynı genel kurulda kararın verilebilmesi yönünden (birleşmede) bkz. Amstutz / Mabillard, FusG Art. 5 N. 4; von der Crone / Gersbach / Kessler / von der Crone / Ingber, N. 250.

⁷⁸ Demir, s. 82.

⁷⁹ Bkz. Moroğlu, s. 95; TTK henüz tasarı hâlindeyken aynı görüş için bkz. Nevzat Akbilek, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 66; Al Kılıç, Birleşme, s. 94. Ayrıca bkz. TTK m. 548’deki imkândan faydalanılabilesinin yanı sıra, malvarlığını iyileştirici tedbirleri alarak mali durumunu uygun hâle getiren tasfiyedeki bir şirketin de devralan şirket olarak birleşmeye katılabilesinin mümkün görülmesi gerektiği hususunda TTK Tasarısı Toplantıları s. 497-498’deki *Mehmet Bahtiyar*’ın açıklaması; Helvacı / Sulu, s. 358. Buna karşılık bkz. TTK m. 138’deki “devrolunan” şirket olma şartını isabetli bulan Sarıkaya, s. 241 dpn. 973.

B. Kanunda Öngörülmeyip Öğretide Kabul Edilen Şartlar

Tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılabilmesi için TTK m. 138’de aranan şartların yanı sıra öğretide başka şartların varlığına da işaret edilmektedir⁸⁰. Tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılabilmesine, bu şartlar da kıyasen uygulanacaktır.

Buna göre, öğretide işaret edilen ilk şart, şirketin iflâs etmemiş olması, başka bir ifadeyle tasfiyenin İcra ve İflâs Kanunu (İİK)⁸¹ hükümlerine göre yürütülmemesidir⁸². Bu şartın aranmasının gerekçesi ise şirketin iflâsı hâlinde iflâs tasfiyesinin kaldırılabilmesinin de İİK hükümlerine tabi oluşudur⁸³. Ayrıca iflâsına karar verilen şirketin malvarlığı üzerindeki tasarruf imkânını yitirmesi de tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılmasına engel olarak görülmektedir⁸⁴. İsviçre öğretisinde de aynı gerekçeyle, iflâs kararı verilmiş bir şirkette İsvBirK m. 5’in uygulanamayacağı ifade edilmiştir⁸⁵.

TTK m. 138’in uygulanabilmesi açısından öğretide kabul edilen diğer bir şart ise, tasfiye hâlindeki şirketin feshine mahkemece karar verilmemiş olmasıdır⁸⁶. Bu ihtimalde, artık o şirketin bir faaliyette bulunmamasının mahkemece “*ilana bağlandı*”⁸⁷ ifade edilmektedir. Ayrıca bir yargı kararıyla şirket faaliyetine son verilen hâllerde genel kurul kararıyla ya da birleşmeye katılarak tasfiyeden dönülebilmesinin mümkün olamayacağı⁸⁸ bu son şarta gerekçe olarak sunulmaktadır. Yine bu durumun inşai nitelikte olan mahkeme kararının amacına da aykırılık teşkil edeceği öne sürülmüştür⁸⁹. Benzer biçim-

⁸⁰ Buna karşın, hükmün gerekçesinde yalnızca birinci fıkrada yer alan şartlardan söz edilmektedir. Bkz. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 113; gerekçeyle aynı yönde Nurcan Turan / Sabiha Buket Bilgel, ‘Ticaret Sicili Uygulamaları Açısından Tasfiye Hâlindeki veya Sermaye Kaybı Olan Şirketin Birleşme İşlemine Katılımı’, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2012, s. 86.

⁸¹ Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932 / 2128

⁸² Tekinalp, N. 24-25; İsmail Kırcı, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi’, Bankacılar Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 79, Yıl: 2011, s. 73 dpn. 21; Göktürk, s. 639; İpekel Kayalı, Birleşme, s. 115; Kervankıran, s. 357; Karaman Coşgun, s. 291; Zengin, s. 285 dpn. 623.

⁸³ Tekinalp, N. 24-25; Kervankıran, s. 357.

⁸⁴ Göktürk, s. 638-639.

⁸⁵ Amstutz / Mabillard, FusG Art. 5 N. 6; Frey, Stämpflis Handkommentar, FusG Art. 5 N. 7; Triebold, CHK, FusG Art. 5 N. 3. Ayrıca başka bir gerekçe için bkz. şirket organlarının kendileri tarafından verilmemiş bir sona erme kararını geri alma hakkına sahip olmadığından söz eden Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel, Orell Füssli Kommentar, FusG Art. 5 N. 9; benzer biçimde von der Crone / Gersbach / Kessler / von der Crone / Ingber, N. 249.

⁸⁶ Tekinalp, N. 24-25; Kırcı, s. 73 dpn. 21; Göktürk, s. 639; Turanlı, s. 66; İpekel Kayalı, Birleşme, s. 115; Kervankıran, s. 357; Karaman Coşgun, s. 291; Zengin, s. 285 dpn. 623.

⁸⁷ Tekinalp, N. 24-25.

⁸⁸ Kervankıran, s. 357.

⁸⁹ Göktürk, s. 639.

de İsvBirK m. 5'in gerekçesinde de şirketin mahkeme kararıyla feshedildiği hâllerde, hükmün uygulama alanı bulamayacağı, sonuçta bu fesih kararının şirket organlarının birleşme kararı almasına engel olacağı ifade edilmektedir⁹⁰.

Kanaatimizce de gerek şirkette İİK uyarınca iflâs tasfiyesinin yürütülmesi gerekse şirketin mahkeme kararıyla feshedilmesi, TTK m. 138 hükmünün uygulanmasına engeldir. Bu durumdaki şirketlerin TTK m. 138 hükmüne kıyasen bölünmeye katılabilmesi de mümkün değildir. Zira anılan hâllerde artık pay sahiplerinin iradesi, bölünme suretiyle tasfiyeyi sonlandırmaya yeterli gelmez. Bu hâllerde, pay sahipleri dışındaki kişilerin menfaatlerinin korunması amacı güdülmektedir.

C. TTK m. 138/2'ye Göre Şartların İspatı

TTK m. 138/2'ye göre, hükmün ilk fıkrasında yer alan şartların varlığı, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulan belgelerle ispatlanacaktır. TTK m. 138 tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılmasında da kıyasen uygulanacağından, bu işlemde de şartların ispatı anılan hükümdeki gibi olacaktır⁹¹.

Hükmün karşılığı olan İsvBirK m. 5/2'de, TTK m. 138/2'den farklı olarak "... şartların..." şeklindeki çoğul ifade yerine "... şartın (*die Voraussetzung*)..." ibaresi kullanılmıştır. İsvBirK m. 5/2'den farklı olarak TTK'da birden fazla şartın arandığı izlenimi yaratılmasının sebebinin; hükmün ilk fıkrası tercüme edilirken kullanılan cümle yapısı olduğu ifade edilmiştir⁹².

TTK m. 138/2'nin, mehzaz hüküm olan İsvBirK m. 5'ten farklılaştığı diğer bir nokta da belgelerin sunulacağı ticaret sicili müdürlüğünün "*devralan*" şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki müdürlük olmasıdır. Bu hususta, İsvBirK m. 5'ten farklı olarak TTK'da netliğin sağlanması öğretide haklı olarak olumlu karşılanmaktadır⁹³.

Bu hükmün 6335 sayılı Kanun⁹⁴ ile değiştirilmeden önceki hâlinde sunulması gereken belge, işlem denetçisinin bu hususu doğrulayan raporuydu. Değişikliğin sebebi olarak işlem denetçisi raporunun maliyetli oluşuna işaret

⁹⁰ Botschaft FusG, s. 4398. Aynı yönde bkz. Albrecht, Zürcher Kommentar, FusG Art. 5 N. 2. Ayrıca bkz. Amtstutz / Mabillard, FusG Art. 5 N. 6; Frey, Stämpflis Handkommentar, FusG Art. 5 N. 7; Triebold, CHK, FusG Art. 5 N. 3.

⁹¹ Bkz. İsviçre hukuku bakımından bu durumu açıkça ifade eden Hanselmann, Stämpflis Handkommentar, FusG Art. 29 N. 20.

⁹² Uzel, s. 734.

⁹³ Uzel, s. 734.

⁹⁴ Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6335, Kabul Tarihi: 26.06.2012, RG 30.06.2012 / 28339.

edilmiş; meselenin, maliyeti olmayan bir şekilde çözüme kavuşturulabileceğinden söz edilmiştir⁹⁵.

6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra hükmün mevcut hâlinde sunulması gereken belgelerin neler olduğu Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. *Kendigelen*, işlem denetçisi raporunun yerine hangi ispat araçlarının yeterli görüleceğinin muhtemelen ikincil mevzuat niteliğindeki TSY'de öngörülebileceğine işaret etmiştir⁹⁶. Nitekim TSY m. 126/5 hükmünde bu konuya bir açıklık getirilmiş; tasfiye hâlindeki şirketin malvarlığının pay sahipleri arasında dağıtılmasına başlanmadığına ilişkin tasfiye memurları tarafından hazırlanan raporun ticaret sicili müdürlüğüne verilmesi gerektiği öngörülmüştür. Kanaatimizce her ne kadar “belge”den söz ederek kanuni dayanağı sağlanmış olsa da bu belgenin tasfiye memurları tarafından hazırlanan bir rapor olduğu hususunun bir yönetmelik hükmüyle değil de TTK m. 138/2'de düzenlenmesi, normlar hiyerarşisine tam uyumu sağlamak adına daha isabetli olurdu.

TTK m. 138'de -hükme kaynaklık eden İsvBirK m. 5/2'de yer verilen “*üst yönetim veya idare organı*” ibaresinin⁹⁷ aksine- hangi organın veya kimin bu belgeyi sunması gerektiğinden de söz edilmemektedir. Bununla birlikte, TSY m. 126/5 hükmünde, tasfiye hâlindeki şirketin malvarlığının pay sahipleri arasında dağıtılmasına başlanmadığına ilişkin raporun tasfiye memurları tarafından hazırlanacağı öngörülmektedir. Öğretide ise TTK henüz tasarı hâlindeyken bir görüş, tasfiye hâlindeki şirketin yönetim kurulunun, işlem denetçisi tarafından hazırlanmış raporu sunması gerektiğinden söz etmekte; öte yandan birleşmeye katılan tasfiye hâlindeki anonim şirketin, birleşme gerçekleşene dek yapılması lâzım gelen işlemlerinin tasfiye memurlarınca gerçekleştirileceğini de belirtmekteydi⁹⁸. Başka bir görüş ise, TTK m. 138/2'deki belgeyi sunma yükümlülüğünün yönetim organının görev ve yetkilerinin kapsamına gireceğini, diğer taraftan bu görevin tasfiye memurlarının görev alanlarına dahil olduğunu kabul de engel bulunmadığını; TSY m. 126/5'teki “tasfiye memurları” ibaresinin ise yönetim organının rapor sunamayacağı görüşüne dayanak oluşturabileceğini

⁹⁵ Tekinalp, N. 24-26. İsvBirK m. 5'in ön tasarısındaki hâlinde de benzer bir husus yer almaktayken, daha sonradan çıkarılmıştır. İsviçre öğretisinde bunun hantal bir çözüm olduğuna işaret edilerek hükümdeki değişiklik isabetli bulunmuştur. Bkz. Vogel / Heiz / Behnisch / Sieber / Opel, Orell Füssli Kommentar, FusG Art. 5 N. 11.

⁹⁶ Kendigelen, s. 138 dnp. 39.

⁹⁷ Şirket malvarlığının dağıtımına başlanıp başlanmadığını yalnızca onlar yeterince değerlendirebileceği için bu yönde bir düzenleme bulunduğu hususunda bkz. Frey, Stämpflis Handkommentar, FusG Art. 5 N. 13. Hükümde geçen en üst idare veya yönetim organının tasfiye aşamasında işlevsel nedenlerden ötürü “tasfiye memurları” olduğu yönünde bkz. Amstutz / Mabillard, FusG Art. 5 N. 9; Albrecht, Zürcher Kommentar, FusG Art. 5 N. 15; Triebold, CHK, FusG Art. 5 N. 8.

⁹⁸ Akbilek, s. 65-66.

ifade etmektedir⁹⁹. Diğer bir görüş ise, ticaret şirketlerinin organları aracılığıyla idare ve temsil edildiğini, bu yetkinin de yönetim organına ait olduğunun kabul edilebileceğini belirtmektedir¹⁰⁰. Esasında bu sorunla, esas sözleşme ya da genel kurul kararıyla tasfiye memurunun ayrıca atanmaması hâlinde, tasfiyenin yönetim kurulu tarafından yapılacağını belirten TTK m. 536/1 hükmü karşısında çok fazla karşılaşılmayacaktır. Fakat aksi bir durumda, kanaatimizce tasfiye memurlarının yanı sıra yönetim kurulunun da rapor sunabileceğinin kabulü gerekir. Zira kanunda bu hususta göreve ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Olması gereken hukuk bakımındansa uygulamada doğabilecek tereddütleri gidermek ve yukarıda da belirttiğimiz gibi normlar hiyerarşisine tam uyumu sağlayabilmek adına TTK m. 138/2’de bu görevin kime ait olduğunun belirlenmesi isabetli olacaktır.

D. Yeter Sayılar

Tasfiyedeki anonim şirketin bölünen şirket sıfatıyla bölünmeye katılabilmesi için genel kurul toplantısında hangi yeter sayılarla karar alınması gerektiği, yine tasfiyedeki şirketin birleşmeye katılmasına ilişkin -kıyasen uyguladığımız- TTK m. 138’e göre belirlenmelidir. Fakat TTK m. 138’de yeter sayılara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yeter sayılar, anonim şirketin irade beyanının diğer bir ifadeyle genel kurul kararının oluşup oluşmadığını belirlediğinden¹⁰¹, tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılabilmesinde de yeter sayıların tespiti gereklidir. Tasfiyedeki anonim şirketin devrolunan şirket sıfatıyla birleşmeye katılmasına yönelik genel kurul kararı bakımından aranacak yeter sayılarla ilgili öğretide farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, tasfiye hâlindeki şirketin birleşmeye katılmasında TTK m. 151/1-a’da yer alan birleşmeye ilişkin yeter sayılar uygulanmalıdır¹⁰². Bu durumda söz konusu karar tasfiyedeki anonim şirkette de sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla, toplantıda mevcut bulunan oyların dörtte üçüyle alınmalıdır. Buna karşılık diğer görüş ise, tasfiyedeki şirketin devrolunan şirket sıfatıyla birleşmeye katılmasının tasfiyeden dolayı bir dönme hâli olduğundan hareket etmiştir. Bu görüş, tasfiyeden dönme için TTK m. 548’deki ile birleşmeye ilişkin TTK m. 151/1-a’daki yeter sayıları¹⁰³ karşılaştırmıştır:

⁹⁹ Uzel, s. 734-735 ve oradaki dpn. 31; TSY m. 126/5 ile birlikte ispat görevinin tasfiye memurlarına verildiği hususunda bkz. Susuz, s. 229.

¹⁰⁰ İpekeli Kayalı, Birleşme, s. 115.

¹⁰¹ Bu açıdan önemi için bkz. Levent Biçer / Esra Hamamcioğlu, ‘Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler’, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 149-150, Yıl: 2017, s. 75.

¹⁰² Karaman Coşgun, s. 292; Kervankıran, s. 357-358.

¹⁰³ TTK m. 151/1-a’daki yetersayıyla ilişkin olarak bkz. Hülya Coştan, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 79-80.

Buna göre TTK m. 548’de aranan sermayenin en az yüzde altmışının olumlu oyunun TTK m. 151/1-a’daki yeter sayılardan daha ağır olduğunu; tasfiyeden dönme kararının alınmasına engel olabilecek ve tercihini tasfiye payını almaktan yana kullanan sermayenin yüzde kırkıdan fazlasını oluşturan pay sahiplerinin, TTK m. 151/1-a’daki daha hafif yeter sayıların uygulanması sonucunda tümüyle yabancı şirkette pay sahibi olarak yer almaya zorlanmış olacağını; bu yüzden TTK m. 151/1-a’daki yeter sayıların TTK m. 548’deki ile birlikte uygulanması gerektiğini savunmuştur¹⁰⁴. Ayrıca bu görüşe göre, aksini kabul TTK m. 138 hükmü kullanılarak TTK m. 548’in dolanılması demektir. Sonuçta bu görüşe göre, tasfiyedeki anonim şirketin devrolunan şirket sıfatıyla birleşmeye katılabilme kararı, “sermayenin en az yüzde altmışını temsil etmesi kaydıyla toplantıda temsil edilen oyların dörtte üçü” ile alınmalı ancak esas sözleşmede sermayenin yüzde altmışından daha yüksek bir çoğunlukla birleşme kararının alınabileceği öngörülmüşse, bu orana uyulmalıdır¹⁰⁵. TTK m. 151/1-a’daki yeter sayı, bölünmede de TTK m. 173/2 atfıyla uygulama alanı bulabileceğinden ve TTK m. 138’in bölünmede de kıyasen uygulanacak olması sebebiyle, bahse konu tartışma tasfiyedeki anonim şirket genel kurulunun bölünen şirket sıfatıyla bölünmeye katılma kararı için de yapılabilir. Söz konusu tartışmada tasfiyedeki şirketin bölünmeye katılmasının da tasfiyeden dolayı bir dönme hâli olduğu göz önüne alındığında kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. Böylece TTK m. 173/2’nin yollamasıyla TTK m. 151/1-a’daki yeter sayının uygulama alanı bulacağı hâllerde, TTK m. 548’deki yeter sayının da birlikte uygulanması gerekecektir.

SONUÇ

Anonim şirketin tasfiye hâlinde olması durumunda, yeniden yapılandırma işlemlerinden yalnızca birleşmeye katılabilmesine dair özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, tasfiye hâlindeki bir şirketin, malvarlığının dağıtılmasına başlanmamışsa ve devrolunan şirket olması şartıyla, birleşmeye katılabilmesine TTK m. 138’e göre cevaz verilmektedir. Tasfiye hâlindeki anonim şirketin bölünen şirket sıfatıyla bölünme işlemine katılabilmesi ise tasfiye amacı bakımından uygundur. Ayrıca tasfiyeden açık ve dolaylı dönme hâlleri açısından yapılan değerlendirmeden de aynı sonuca varılması kaçınılmazdır. Bölünen şirketin “kısmi külli intikal” kapsamında tamamen ya da kısmen malvarlığı unsurlarını devretmesi ve tam bölünmede şirketin tasfiyesiz infisah ederek ticaret sicilinden terkin edilmesi şirketin tasfiyesi ile dolaylı bir biçimde aynı etkiyi doğurmaktadır. Ayrıca tasfiyeden dönmeyen de tasfiye amacının kapsamına dahil olduğu yönündeki görüşün varlığı ve TTK’da

¹⁰⁴ Zengin, s. 286-287.

¹⁰⁵ Zengin, s. 287.

tasfiyeden dönmenin açıkça düzenleme altına alınmış olması da tasfiyedeki şirketin bölünme işlemine katılabileceğinin bir göstergesidir. Diğer taraftan, birleşme ve bölünme işlemlerinin doğurdıkları sonuçlar ve bunları düzenleyen hükümlerdeki korunan menfaatlerin benzerliği göz önüne alındığında, birleşme işlemi için tasfiyeden dolayı bir dönme hâli olarak düzenlenen TTK m. 138 hükmünün, hakkında bu hususta herhangi bir düzenleme içermeyen bölünme işlemi için de kıyasen uygulanabileceği sonucuna varılacaktır. Tasfiyedeki bir anonim şirketin, devralan sıfatıyla -tasfiyeden dönme kararı almadan- bölünme işlemine katılabilmesi ise TTK m. 138'in kıyasen uygulanabilmesi suretiyle de mümkün değildir. Zira söz konusu hükümde, açıkça birleşmeye katılacak olan şirketin “devrolunan” şirket olması şartı aranmaktadır.

Devrolunan şirket sıfatıyla tasfiyedeki anonim şirketin bölünme işlemine katılabilmesinde TTK m. 138'in kıyasen uygulanması sonucunda, anılan hükümde aranan şartlar, yine kümülatif bir biçimde bölünme işlemi için de gerekecektir. Buna göre ilk şart olarak, malvarlığının dağıtımına başlanılmamış olması aranmaktadır. Bu şart ile, tasfiyenin bir aşaması olan sermaye paylaşımının pay sahiplerine iade edilmemesi kastedilmektedir. Malvarlığının dağıtılmasına başlanmaması şartı, alacaklılara şirket borçlarının ödenmesine ise engel değildir. Diğer bir şart olarak, bölünme işlemine katılacak olan tasfiyedeki anonim şirketin “devralan” sıfatıyla değil “devrolunan” olarak bu işleme katılması gereklidir. Ancak tasfiyeden dönen bir şirketin ise devralan şirket olarak bölünmeye katılabilmesi mümkündür. Tasfiyedeki anonim şirketin bölünme işlemine katılabilmesi açısından iflâs etmemiş ve feshine mahkemece karar verilmemiş olması da zorunludur.

Şartların varlığının ispatında, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin ticaret sicili müdürlüğüne sunulan belgeler esas alınacaktır. Tasfiye hâlindeki şirketin malvarlığının pay sahipleri arasında dağıtılmasına başlanmadığına ilişkin raporun kimin tarafından sunulacağı kanunen düzenlenmemiştir. Bu hususta bir düzenleme yapılması en isabetli çözüm olmakla birlikte, mevcut durumda tasfiye memurlarının yanı sıra yönetim kurulunun da bu raporu sunabileceği kabul edilmelidir.

Tasfiyedeki anonim şirketin bölünmeye katılabilmesinde; TTK m. 173/2'nin yollamasıyla TTK m. 151/1-a'daki yeter sayının uygulama alanı bulacağı hâllerde, TTK m. 548'deki yeter sayının da göz önünde tutulması gerekecektir. Böylece bölünmeye katılabilme kararı, “sermayenin en az yüzde altmışını temsil etmesi kaydıyla toplantıda temsil edilen oyların dörtte üçü” ile alınmalı ancak esas sözleşmede sermayenin yüzde altmışından daha yüksek bir çoğunlukla bu kararın alınabileceği öngörülmüşse, bu orana uyulmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKBİLEK, Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- AL KILIÇ, Şengül, Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 (Tasfiyeden Dönme).
- AL KILIÇ, Şengül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009 (Birleşme).
- ALBRECHT, Andreas C., ‘Fusionsgesetz Artikel 5’, Frank Vischer (ed), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.
- ALTOPRAK, Serkan, Türk ve Alman Hukuku Karşılaştırmalı Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- AMSTUTZ, Marc / MABILLARD, Ramon, Fusionsgesetz (FusG) Kommentar, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008.
- ANSAY, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982.
- ARSLANLI, Halil, Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1961.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2022.
- BAŞTUĞ, İrfan, Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri, İstiklâl Matbaası, İzmir, 1974.
- BENEDICK, Gilles, ‘Obligationenrecht Artikel 739’, Vito Roberto / Hans Rudolf Trüeb (ed), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR - VergüV, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- BİÇER, Levent / HAMAMCIOĞLU, Esra, ‘Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler’, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 149-150, Yıl: 2017, ss. 71-134.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.
- Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (BBl 2000 4337) <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2000/921/de> (Botschaft FusG).
- BÖCKLI, Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, Genf, 2022.
- BÜCHI, Raffael, ‘Fusionsgesetz Artikel 29’, Rolf Watter / Nedim Peter Vogt / Rudolf Tschäni / Daniel Daeniker (ed), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.

- COURVOISIER, Matthias, ‘Liquidation’, Willi Fischer / Helke Drenckhan / Michael Gwelessiani / Fabiana Theus Simoni (ed), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.
- ÇEBİ, Hakan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÇOŞTAN, Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004 (Bölünme).
- ÇOŞTAN, Hülya, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013 (Kararlar).
- DEMİR, Koray, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017.
- DRUEY, Jean Nicolas / DRUEY JUST, Eva / GLANZMANN, Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2021.
- EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- ERDEM, Nuri, ‘Sona Erme ve Tasfiye’, Kemal Şenocak (ed), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ERNI, Stephan, ‘Fusionsgesetz Artikel 5’, Rolf Watter / Nedim Peter Vogt / Rudolf Tschäni / Daniel Daeniker (ed), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.
- FORSTMOSER, Peter / MEIER-HAYOZ, Arthur / NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1996.
- FREY, Martin, ‘Fusionsgesetz Artikel 5’, Baker & McKenzie (ed), Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2015.
- GÖKTÜRK, Kürşat, ‘Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1-2, Yıl: 2013, ss. 631-662.
- HANSELMANN, Petra, ‘Fusionsgesetz Artikel 29’, Baker & McKenzie (ed), Stämpfli Handkommentar, Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2015.
- HELVACI, Mehmet / SULU, Muhammed, ‘Tasfiye Hâlindeki Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi’, Mehmet Bahtiyar / Mete Tevetoğlu / Betül Aktaş / Hakan Tokbaş (ed), 1. Ticaret Hukuku Kongresi 2021 (Tebliğler), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021, ss. 348-368.
- HELVACI, Mehmet / UZEL Necdet, ‘Birleşme (Şirketler Hukuku)’, Arslan Kaya / Baki İlkay Engin / Ali Paslı / Şehriban İpek Aşıkoğlu / Elif Oğuz (ed), Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumlu Özel Hukuk -Acquis Communautaire’in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, ss. 216-228 (Birleşme).

- HELVACI, Mehmet / UZEL, Necdet, 'Bölünme', Arslan Kaya / Baki İlkay Engin / Ali Paslı / Şehriban İpek Aşıkoğlu / Elif Oğuz (ed), Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk -Acquis Communautaire'in Alınması- Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, ss. 228-239 (Bölünme).
- HİRŞ, Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1948.
- İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- İPEKEL KAYALI, Fena, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (Birleşme).
- İPEKEL KAYALI, Fena, Türk Ticaret Kanununa Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Bölünme).
- JUNG, Peter / KUNZ, Peter V. / BÄRTSCHI, Harald, Gesellschaftsrecht, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2021.
- KADEROĞLU, Murat, Anonim Şirketlerin İnfisahı (Dağılması), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KARAHAN Sami, Anonim Şirketlerde Tasfiye, Mimoza Yayınları, Konya, 1998.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail, Şirketler Hukuku Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KERVANKIRAN, Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KIRCA, İsmail, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi', Bankacılar Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 79, Yıl: 2011, ss. 71-79.
- KUSTER, Matthias, 'Obligationenrecht Artikel 739', Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (ed), Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2023.
- MOROĞLU Erdoğan / KENDİGELEN Abuzer, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- MOROĞLU, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- PFEIFER, Michael / DOBRÝ OESCH Karolina, 'Fusionsgesetz Artikel 29', Frank Vischer (ed), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.

- PINAR, Hamdi, ‘Anonim Şirketlerde Sona Erme ve Tasfiye’, Sami Karahan (ed), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.
- POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık; İstanbul, 2010.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- RIEK, Rainer, ‘Gewinnoptimierung und Liquidation bei der AG Zulässige Massnahmen während der Liquidation’, Der Schweizer Treuhänder, Sayı: 10, Yıl: 2004, ss. 855-858.
- SARIKAYA, Sinan, Şirket Birleşmelerinde Ortakların Dava Yoluyla Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- SCHENKER, Urs, ‘Die Fusion’, Aktuelle Juristische Praxis, Sayı: 7, Yıl: 2004, ss. 772-789.
- SENGİR, Turgut, ‘Anonim Ortaklıklarda Tasfiye İşlemlerinin Kapsamı’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 4, Yıl: 1968, ss. 699-702.
- SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem-Mantık, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- STÄUBLI, Christoph, ‘Obligationenrecht Artikel 739’, Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Rolf Watter (ed), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.
- STOFFEL, Walter, ‘Auflösung und Liquidation’, Peter Nobel / Christoph Müller (ed), Berner Kommentar, Das Aktienrecht, Kommentar der ersten Stunde, Stämpfli Verlag, Bern, 2023.
- SUSUZ, Kağan, ‘Tasfiye Hâlindeki Bir Şirketin Birleşmeye Katılması’, Kemal Şenocak (ed), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ŞENER, Oruç Hami, Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 (Ek Tasfiye).
- ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Ortaklıklar).
- TBMM Yasama Dönemi: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324) (TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu).
- TEKİL, Müge (Çeviren), ‘Genel Kurulun Anonim Ortaklığı Fesih Kararını Geri Alması, İsviçre Federal Mahkemesinin 18 Haziran 1997 Tarihli Yeni İçtihadı’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 56, Sayı: 1-4, Yıl: 1998, ss. 319-327.
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

- TRIEBOLD, Oliver, ‘Fusionsgesetz Artikel 5’, Marc Amstutz / Vito Roberto / Hans Rudolf Trüeb (ed), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- TURAN, Nurcan / BİLGEL, Sabiha Buket, ‘Ticaret Sicili Uygulamaları Açısından Tasfiye Hâlindeki veya Sermaye Kaybı Olan Şirketin Birleşme İşlemine Katılımı’, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2012, ss. 81-87.
- TURANLI, Hüsnü, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Orion Kitabevi, İzmir, 2014.
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.
- UZEL, Necdet, ‘Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun’, Aynur Yongalık / Murat Gürel / İbrahim Bektaş (ed), Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, ss. 717-811.
- ÜÇİŞİK, Güzin / ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, II. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- VOGEL, Alexander / CHRISTOPH, Heiz / BEHNISCH Urs R. / SIEBER Andrea / OPEL Andrea, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) FusG, 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2017.
- VON DER CRONE, Hans Caspar / GERSBACH, Andreas / KESSLER Franz J. / VON DER CRONE Brigitte / INGBER Karin, Das Fusionsgesetz, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.
- VON DER CRONE, Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2020.
- VON STEIGER, Fritz, İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku, (çev. T. Çağa), 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.
- YILDIRIM, Ali Haydar, “Anonim Ortaklık Tasfiye Memurlarının Temsil Yetkisini Kullanmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı: Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Yıl: 2007, ss. 931-956.
- YILDIZ, Burçak, ‘TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, Yıl: 2006, ss. 321-353.
- YILDIZ, Şükrü, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 548. Maddesine Göre Tasfiyeden Dönme’, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 30, Yıl: 2016, ss. 131-148.
- ZENGİN, İbrahim Çağrı, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Esaslı İhlalin Kıstasları^(*)

The Criteria of Fundamental Breach Under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods

Hilal KURUBAŞ^(**)

Öz:

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 10 Nisan 1980 tarihinde Viyana Konferansı'nda oybirliği ile kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından taslağı oluşturulan bu Antlaşma'nın amacı uluslararası satım hukuku bakımından yeknesak kuralların uygulanmasını sağlamaktır. Bugün 97 ülke Viyana Satım Antlaşması'na taraftır. Farklı hukuk sistemlerini benimseyen ve dünyanın bambaşka kıtalarında yer alan devletlerce Antlaşma'nın kabul edilmesi CISG'in uygulama alanını genişletmiştir ve böylelikle Antlaşma küresel çapta bir önem kazanmıştır.

Viyana Satım Antlaşması, 1 Ağustos 2011 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir ve o günden beri Antlaşma'nın uygulama alanına giren hukuki uyumsuzlıklara CISG uyarınca hüküm kurulmaktadır.

Viyana Satım Antlaşması ile uluslararası taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerin kuruluşu, ifası ve sona ermesine yönelik hükümler getirilmiştir. Esaslı ihlal kavramı ise CISG m. 25 ile düzenlenmiştir. Esaslı ihlal sözleşmeden dönme imkanı verdiğinden Antlaşma bakımından muazzam bir öneme sahiptir. Çalışmamızın amacı, esaslı ihlalin mevcut olabilmesi için CISG m. 25 kapsamında aranan kıstaslar hakkında bir fikir oluşturmaktır.

Anahtar Kelimeler:

Viyana Satım Antlaşması, CISG, Esaslı İhlal Kavramı, Esaslı İhlalin Kıstasları, Sözleşmenin İhlali.

Abstract:

The United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG) was adopted unanimously on 10 April 1980 at the Vienna Conference. The purpose of the Convention which was drafted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) is to ensure the

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.
Makalenin geliş tarihi: 22.03.2023 - Makalenin kabul tarihi: 07.11.2023.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Kocaeli-Türkiye,
E-posta: hilalkurubass@gmail.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0004-4811-4522>.

application of uniform rules in terms of international sales law. Today, 97 countries are party to the Vienna Sales Convention. The acception of the Convention by states which has adopted diverse legal systems and are located different continents of the world has expanded the sphere of application of the Convention and thus the Convention has gained global significance.

The Convention entered into force on the 1 August 2011 in Türkiye and since then legal disputes falling within the sphere of application of the Convention are given verdict under the rules of the CISG.

The rules on the establishment, execution, and termination of the contracts related to the international sale of transportable properties has been made by the Vienna Sales Convention. The concept of Fundamental Breach is defined in CISG art. 25. Fundamental Breach is of tremendous importance in terms of the Convention because it vest the right to avoid the contract. The aim of our study is to compose an idea on criteria required under CISG art. 25 for fundamental breach to exist.

Keywords:

Vienna Sales Convention, CISG, The Concept of Fundamental Breach, The Criteria of Fundamental Breach, Breach of Contract.

GİRİŞ

Uluslararası alanda gerçekleşen ticaretin gelişmesiyle birlikte farklı milletlere mensup taraflarca akdedilen satım sözleşmeleri artmıştır. Bu artışa bağlı olarak da taraflar arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklara hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği tartışmaları peyda olmuştur. Söz konusu tartışmaların küresel çapta kurulabilecek bir milletlerarası ticaret zemininde giderilebilmesi için çalışmalar yapılmıştır. Sonuç itibariyle 11 Nisan 1980 tarihinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sistemleri dikkate alarak uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla kabul edilmiş ve Antlaşma, 01.01.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹.

Antlaşma'yı diğer uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmalarından ayıran ve onun milletlerarası alanda daha başarılı olmasını sağlayan unsurlardan biri Antlaşma'nın dünya üzerinde farklı hukuk sistemlerini benimsemiş ülkeler tarafından kabul görmesidir. Öyle ki gerek *Common Law* ve *Civil Law* ülkeleri gerekse Kanada gibi karma hukuk sistemine sahip ülkeler Antlaşma'ya taraftır. Sözleşmenin İslam Hukuku prensiplerini taşıyan Mısır, Irak ve Filistin gibi devletler tarafından ve bunların yanı sıra denizaşırı ülkelerden olan Brezilya ve Japonya nezdinde de kabul edilmesi sözleşmenin uygulama ala-

¹ Çalışmamızın geri kalan kısmında Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), CISG, Viyana Satım Antlaşması veya Antlaşma olarak anılacaktır. Antlaşma'da düzenlenen mal kavramı taşınır malı ifade etmekte olup çalışmamızda da bu anlamda kullanılmıştır.

nını daha da genişletmiştir². Antlaşma'ya 30.08.2023 tarihi itibarıyla 97 ülke taraftır³.

Türkiye, Antlaşma'yı çekince koymadan kabul etmiştir ve Antlaşma 01.08.2011 tarihinden beri ülkemizde yürürlüktedir. Dolayısıyla taraflar açıkça aksini kararlaştırmadığı müddetçe işyerleri Antlaşma'ya üye olan ülkelerde bulunanlarca kurulan sözleşmelere CISG hükümleri uygulanacaktır. Antlaşma, ticari ilişkilerimizin ağırlıklı oranda gerçekleştiği Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Rusya, Çin, İtalya ve Irak gibi ülkelere de kabul edildiğinden dış ticaret sahamızda akdedilecek sözleşmelerde meydana gelebilecek hukuki uyuşmazlıklara uygulanacak olan yaptırımlar Antlaşma'ya tabi olmuştur⁴. Tüm bu durumlar dikkate alındığında Antlaşma'nın Türkiye açısından ne denli önem arz ettiği kanaatimizce aşikardır.

Çalışmamızda Antlaşma kapsamında esaslı ihlalin mevcut hukuki uyuşmazlık bakımından hangi kıstasları sağlaması halinde varlık kazanacağı inceleme konusu yapılmıştır. Öncelikle sözleşmenin esaslı ihlalinin ne olduğuna kısaca değinilmiş ve ardından Antlaşma'nın açık hükmü (CISG m. 25) uyarınca ihlalin niteliğinin esaslı olması için aranan unsurların ayrıntılı bir biçimde açıklanmasına gayret edilmiştir.

I. SÖZLEŞMENİN ESASLI İHLALI

Antlaşma, yeknesak bir sözleşmeye aykırılık modeli benimsemektedir. Öyle ki burada sözleşme ihlalleri türlere ayrılmamakta bunun yerine borca uygun olmayan tüm haller tek başlık olan 'sözleşmeye aykırılık' altında toplanmaktadır⁵.

² Atakan Adem Selanik / Orkun Bayram / Işıl Talay Değirmenci, 'Vienna Satım Antlaşması'nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı', Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 4, Yıl: 2018, ss. 1353 - 1367, s. 1353, 1354.

³ 30.08.2023 tarihi itibarı ile Antlaşma'ya taraf olan devletlerin sayısı için bkz.: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview-status-table.pdf>, Erişim Tarihi 30.09.2023.

⁴ Haziran 2023 tarihi itibarı ile Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayınlanan ithalat ve ihracat verileri için bkz.: <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dis-Ticaret-Istatistikleri-Haziran-2023-49625>, Erişim Tarihi 30.09.2023.

⁵ Murat Sarıkaya, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017 s. 10, 11; Selin Sert, '11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde (Vienna Satım Sözleşmesi) İfa Engelleri Kavramının Düzenlenişi', Sinan Okur (ed), Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 294; İlhan Gülel, 'Vienna Satım Sözleşmesinin (CISG) İfa Engelleri Sistemi ve Bu Sistemde Alıcının Sahip Olduğu Haklar', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 38, Yıl: 2019, ss. 131 - 162, s. 131, 170; Tarık Gökhan Tosun, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında İfa Engelleri', Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 104, Yıl: 2018, ss. 31 - 39, s. 31, 32.

Taraflarca, kararlaştırılan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya Antlaşma hükümlerine uygun davranılmaması halinde sözleşmeye aykırılık ortaya çıkmaktadır⁶. Esaslı ihlal konusu ise tam bu noktada önem kazanır. Zira Antlaşma kapsamında bir ihlal meydana geldiğinde buna uygulanacak olan hukuki yaptırımlar ihlalin esaslı olup olmamasına bağlı olarak değişiklik gösterir⁷. Öyle ki sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi halinde alıcının aynen ifayı talep etme (CISG m. 46/1), mallar sözleşmeye uygun değilse malların onarılmasını isteme (CISG m. 46/3) veya semenin indirilmesini talep etme (CISG m. 50) hakkı bulunur. Fakat satıcının ihlali esaslı nitelikte ise alıcı, ikame mal teslimini talep etme (CISG m. 46/2) veya sözleşmeden dönme (CISG m. 49) hakkına sahiptir. İhlalin alıcı tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise satıcının aynen ifayı talep etmesi (CISG m. 62) mümkündür. Ancak ihlal esaslı ise satıcının da sözleşmeden dönme (CISG m. 64) hakkı vardır. Son olarak Antlaşma'da tüm bu imkanlara ek olarak veya tek başına satıcıya ve alıcıya tazminat talebinde bulunma hakkı da (CISG m. 74 - m. 77) tanınmaktadır. Dolayısıyla bir ihlal mevcut olduğunda bunun hangi şartları sağlaması halinde esaslı olacağının hukuki uyumsuzluğa uygulanacak olan yaptırımın belirlenmesi için tespit edilmesi gerekir.

Esaslı ihlalin hangi koşullar altında varlık gösterebileceği açık hüküm yoluyla düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle taraflardan biri Antlaşma'dan veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü ihlal etmelidir. Bu ihlal sebebiyle karşı taraf sözleşme gereğince beklemekte haklı olduğu bir menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmalı ve sözleşmenin ihlali neticesinde ortaya çıkan bu menfaat kaybı olumsuz bir sonuç oluşturmalıdır. Söz konusu sonuç da borca aykırı davranan tarafta öngörülmeli ve aynı konum ve koşullar içindeki ma-

⁶ Ulrich G. Schroeter, 'Bölüm I Genel Hükümler', Ingeborg Schwenzer / Pinar Çağlayan Aksoy (ed), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 556; Zafer Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG - INCOTERMS, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 127; Yeşim M. Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 298; Işıl Yelkenci, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 35; Süleyman Yılmaz, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 91; Kutluhan Erkan, CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 65; Yavuz Dayıoğlu, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 36; Ali Gümrak Tokur, 'Vienna Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali', Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 33, Sayı: 1, Yıl: 2013, ss. 213 - 250, s. 213, 223.

⁷ Sarıkaya, s. 10, 11; Ali Gümrak Tokur, 'CISG'te Sözleşmenin Esaslı İhlali (CISG m. 25): Esaslı İhlalin TBK'da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri ile Karşılaştırılması', Sinan Okur (ed), Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 129; Gülel, s. 170; Tosun, s. 32.

kul bir kişi tarafından da öngörülebilir olmalıdır⁸. Görülmektedir ki Antlaşma esaslı ihlalin mevcut olması için hem objektif hem de subjektif kriterler aramaktadır. Dolayısıyla bir ihlalin esaslı olup olmadığı, Antlaşma'da açık hüküm yoluyla belirlenen bu kıstaslar çerçevesinde, her somut olayın kendine ait koşulları altında bir değerlendirme yapılarak belirlenecektir. İncelemenin sonucunda mevcut hukuki uyumsuzluk, Antlaşma ile düzenlenen tüm bu koşulları sağlıyorsa ihlalin niteliği esaslı olacaktır.

II. ESASLI İHLALIN VARLIĞI İÇİN ARANAN KISTASLAR

A. Sözleşmenin İhlal Edilmesi

1. Antlaşma'dan veya Satım Sözleşmesinden Doğan Yükümlülüklerin İhlali

Viyana Satım Anlaşması kapsamında esaslı ihlalin oluşabilmesi için öncelikle bir sözleşme ihlalinin varlığı gerekmektedir⁹. Bu anlamda sözleşmenin ihlal edilmesi (a breach of contract committed by one of the parties) ile alıcının ya da satıcının Antlaşma'dan veya satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması kast edilmektedir¹⁰. Yalnızca bir yükümlülüğün ihlali, esaslı ihlal oluşturabileceği gibi birden fazla yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda da mevcut hal esaslı ihlal olarak değerlendirilebilecektir. Bu ihlalin taraflarca değil de borcun tamamının veya bir kısmının ifası bakımından sorumluluk üstlenen üçüncü kişilerce gerçekleştirilmiş olması halinde de sonuç değişmeyecektir¹¹.

⁸ CISG m. 25: "Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."

⁹ Sankaya, s. 93; Schroeter, Madde 25, s. 556; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 127; Zafer Zeytin, 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Sözleşmenin Esaslı İhlali', Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Yıl: 2014, ss. 642 - 654, s. 642, 645; Yılmaz, s. 90; Robert Koch, 'The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)', Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Yıl: 1998, ss. 177 - 354, s. 177, 261.

¹⁰ Schroeter, Genel Hükümler, s. 556; Koch, Fundamental Breach, s. 261; Franco Ferrari, 'Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Convention - 25 Years of Article 25 CISG', Journal of Law and Commerce, Cilt: XXV, Sayı: 2, Yıl: 2006, ss. 489 - 508, s. 489, 493; Andrew Babiak, "Defining 'Fundamental Breach' Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Temple International and Comparative Law Journal, Cilt: VI, Sayı: 1, Yıl: 1992, ss. 113 - 143, s. 113, 127; Sarıkaya, s. 94; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 127; Zeytin, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 645; Dayıoğlu, s. 36; Toker, Esaslı İhlalin TBK'da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri ile Karşılaştırılması, s. 133.

¹¹ Borcun ifası bakımından sorumluluk üstlenen üçüncü kişilerin sözleşmeyi ihlal etmesi, ihlalin niteliğinin esaslı olmasına engel değildir. Örneğin Avusturyalı satıcı, İsviçreli olan alıcısına, kimyasal gübre gönderimi için Ukraynalı sağlayıcı ile anlaşmıştır. Fakat Ukraynalı sağlayıcı teknik sebepler dolayısıyla borcunu ifa edememiştir. Mahkeme, ihlalin kimyasal gübre gönderiminin sorumluluğunu alan üçüncü kişi sebebiyle olduğuna bakmaksızın, sözleşmeyi satıcının esaslı bir şekilde ihlal ettiğine karar vermiştir; Schroeter, Genel Hükümler, s. 556.

Satım akdinde tarafların sözleşme müzakereleri, zımnî anlaşmalar veya yerel hukuktan doğan yükümlülükleri olabilmektedir¹². Viyana Satım Antlaşması ise ihlalin esaslı olabilmesini yalnızca Antlaşma hükümlerinden veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerle bağlamaktadır¹³. Bu sebeple Antlaşma'da işaret edilen iki kaynağa dayanan yükümlülükler dışında kalan borçlar CISG m. 25 kapsamına girmemektedir.

Viyana Satım Antlaşması, hangi tür yükümlülüklerin ihlal edilmesini CISG m. 25 çerçevesinde değerlendirebileceğimiz konusunda bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla borca aykırılık neticesinde sorumluluğun doğması bakımından ihlalin asli veya yan edim yükümlülüğüne ilişkin olması önemli değildir¹⁴.

Dikkat etmek gerekir ki sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi CISG m. 71'de olduğu gibi bir hakkın kullanılmasından kaynaklanıyor olabilir. Böyle bir durumda ise sözleşmenin ihlalinden bahsedilememektedir. Zira açık hüküm gereğince borçlunun borcunu yerine getirmesi önemli ölçüde belirsiz hale gelmişse alacaklı kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkına sahiptir (CISG m. 71). Örneğin sözleşme kurulduktan sonra satıcı, alıcının ödeme kabiliyetindeki ciddi yetersizlik sebebiyle, borcu olan malı teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmezse sözleşmeyi ihlal etmiş olmayacaktır¹⁵.

¹² Schroeter, Genel Hükümler, s. 556; Ali Gümrah Toker, 'Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Sözleşmenin Esaslı İhlali', Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 33, Sayı: 1, Yıl: 2013, ss. 213 - 250, s. 213, 224; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 128; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 298.

¹³ Bununla birlikte Antlaşma'nın farklı maddelerinde de bu yükümlülük çeşitlerine atıf yapılmaktadır. Örneğin, CISG m. 49/1(a): "*Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa...*"; CISG m. 64/1(a): "*Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa...*"; CISG m. 45/1: "*Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse...*"; CISG m. 61/1: "*Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse...*"; Schroeter, Genel Hükümler, s. 556; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 224; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 128; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 298.

¹⁴ Schroeter, Genel Hükümler, s. 561; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 127; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 302; Yelkenci, s. 36; Yılmaz, s. 91; Erkan, s. 65; Dayıoğlu, s. 36; Toker, Esaslı İhlalin TBK'da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri ile Karşılaştırılması, s. 133. Örnek ihlalleri malın veya belgelerin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesi, işletme sırlarının gizli tutulmaması, rekabet yasağına uygun hareket edilmemesi, genel işlem şartlarına aykırı davranılması, sözleşme ile kararlaştırılmasına rağmen karşı tarafın bilgilendirilmemesi, semenin ödenmemesi veya mal tesliminin gecikmesi şeklinde söyleyebilmek mümkündür; Schroeter, Genel Hükümler, s. 557; Ercüment Erdem, 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3, Yıl: 1992, ss. 35 - 105, s. 35, 76; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 134 - 181; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 224; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 153 - 166; Zeytin, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 645.

¹⁵ Christiana Fountoulakis, 'Satıcı ve Alıcı Ortak Yükümlülükleri', Ingeborg Schwenzer / Pinar Çağlayan Aksoy (ed), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 1126; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 127; Toker, Esaslı İhlalin TBK'da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri ile Karşılaştırılması, s. 133, 134.

Esaslı ihlal bakımından teamüller ve alışkanlıklar konusu önem arz etmektedir. Çünkü Viyana Satım Antlaşması'na göre taraflar uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklar ile bağlıdır (CISG m. 9/1)¹⁶. Dolayısıyla bunlara uygun olmayan tutumlar borca aykırılık olarak değerlendirilmektedir.

Satım sözleşmesinde teamüllere yapılan atıflar ve yerleşmiş alışkanlıklardan doğan hükümler CISG m. 6 gereğince Antlaşma kurallarından öncelikli gelmektedir¹⁷. Bu prensip uyarınca tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları hükümler aynı konunun düzenlendiği Antlaşma hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulama alanı bulmaktadır¹⁸. Tarafların anlaşmaya vardıkları teamüller ve aralarında gelişen alışkanlıklar bu yönde bir irade açıklamasının ortaya çıkması sonucu uygulanacakken, milletlerarası ticari teamül kuralları taraf iradelerine bağlı olmaksızın uygulanmaktadır¹⁹.

Teamül, Antlaşma'da tanımlanmamıştır. Genel görüş bu kavram açıklanırken otonom ve yeknesak bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği yönündedir²⁰. Buna göre teamülü, belirli bir ticari branşın veya belirli bir pazarın üyeleri tarafından, milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmelere yaygın olarak uygulanan davranış kurallarının bütünü olarak tanımlamak mümkündür²¹.

Tarafların sözleşmede bir teamül üzerine anlaşma sağlayıp sağlamadığı Antlaşma'daki genel kurallar çerçevesinde belirlenmektedir. Buna göre CISG m. 9/1 gereğince taraflarca açık veya örtülü bir şekilde kararlaştırılmış olan her

¹⁶ Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 78; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 98; Martin Schmidt-Kessel, 'Bölüm II Genel Hükümler', Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (ed), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi (On İki Levha Yayıncılık 2015) 326; Unidroit Prensipleri'nde de bu hususun açıkça düzenlendiği belirtilmektedir. Madde 1.9.1 uyarınca, taraflar sözleşme ile üzerinde mutabık kaldıkları teamüllerle ve kendi aralarında tesis ettikleri uygulamalarla bağlıdır. Alman hukukunda da aynı yönde düzenlemeler yer almaktadır; Ceyda Süral, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, 1. Baskı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s. 71; 2016 UNIDROIT Prensipleri için bkz.: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>, Erişim Tarihi 30.09.2023.

¹⁷ CISG m 6: "Taraflar, bu Antlaşma'nın uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. Madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler."; Erdem, s. 60; Schmidt-Kessel, s. 328; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 79; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 98.

¹⁸ Ingeborg Schwenzer / Pascal Hachem, 'Uygulama Alanı ve Genel Hükümler', Ingeborg Schwenzer / Pınar Çağlayan Aksoy (ed), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 244; Sarıkaya, s. 38.

¹⁹ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 98; Schmidt-Kessel, s. 324; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 78; Erdem, s. 60.

²⁰ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 98; Schmidt-Kessel, s. 326; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 79.

²¹ Schmidt-Kessel, s. 326; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 99; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 79; Sarıkaya, s. 60.

davranış, milletlerarası ticarete geçerli olup olmadığına bakılmaksızın bağlayıcıdır²². Aksinin kararlaştırılmadığı teamüller için ise CISG m. 9/2 hükmüyle bir sınırlama getirilmiştir²³. Buna göre hükümde taraflar arasında kararlaştırılmayan bir durumun uluslararası teamül olarak uygulanabilmesi için öncelikle bunlar tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği teamüller olmalıdır²⁴. Örneğin tarafların ilgili teamülün düzenli olarak gözlemlendiği bölgelerde devamlı bir biçimde faaliyette bulunduğunu düşünelim. O halde bu teamülün sözleşmenin taraflarınca bilindiği veya bilinmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁵. Son olarak ise bu teamüllerin uluslararası nitelik kazanabilmesi için milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından da yaygın olarak bilinmesi ve düzenli şekilde uygulanıyor olması aranmaktadır. Özetle taraflarca kararlaştırılmış teamüller doğrudan bir yükümlülük teşkil edecekken, aksi kararlaştırılmayan teamüller, bunların taraflarca bilinmesine ve milletlerarası ticarete belirli bir endüstri alanıyla ilgili olan kişilerin çoğunluğu tarafından da bilinip gözlemlenmesine bağlı olarak yükümlülük arz edecektir²⁶.

Taraflar arasında oluşmuş alışkanlıklar Viyana Satım Antlaşması kapsamında bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple taraflar tıpkı teamüllerde olduğu gibi aralarında ki mevcut alışkanlıklar ile de bağlıdır²⁷.

²² Schmidt-Kessel, s. 326; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 78; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 98; Sarıkaya, s. 58. İçtihat için bu yönde bkz.: Österr. OGH v., 06.02.1996, CISG-online no: 224.

²³ CISG m 9/2: “Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.”

²⁴ İçtihat için bu yönde bkz.: İsviçreli satıcı ile İtalyan bir alıcı 5.000 ton beyaz bulgur üresi satımı konusunda anlaşmaya varmıştır. Fakat alıcının satım bedelini ödememesi üzerine İsviçreli satıcı İtalyan alıcıya dava açmıştır. Taraflar satım sözleşmesinde bir konişmentonun ve diğer birkaç belgenin tesliminden sonraki 30 gün içinde ödeme yapılması konusunda anlaşmışlardır. Fakat taraflar sözleşmede, ödemenin ne şekilde yapılacağına ilişkin bir karar vermemiştir. Yargılamada satıcı, ithalat ticaretinde, ödemenin satıcının hesabına havale yapılması gereken bir alışverişin var olduğu ve taraflarca bunun bilindiği iddiasında bulunmuştur. Ancak mahkeme iddiayı reddederek CISG m. 57/1 uyarınca ödeme borcu bakımından ifa yerinin Binningen olduğuna karar vermiştir; Zivilgericht Basel-Stadt, 03.12.1997, CISG-online no: 346.

²⁵ Her durumda, işlemin, teamülün gözlemlendiği yerle yeterli ölçüde bağlantılı olması gerekmektedir. Yalnızca taraflardan birinin gözlem alanına giriyor olması yeterli değildir; Schmidt-Kessel, s. 332.

²⁶ Erdem, s. 60; Schmidt-Kessel, s. 326; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 79 - 81; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 99.

²⁷ Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 78; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 98; Schmidt-Kessel, s. 328. İçtihat için bu yönde bkz.: Avusturya Yüksek Mahkemesi’nde görülen bir davada, davalının önceden hazırlayarak sözleşmelerinde kullandığı genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olup olmadığına yönelik hüküm kurulması gerekmekteydi. Mahkemeye göre, genel işlem şartları kullanan davalı tarafın, her sipariş formunun ön yüzü İngilizce ve arka yüzü Almanca olacak şekilde kaleme alınmış olan genel işlem şartlarının uygulama alanı bulacağına ilişkin atfı, ilgili genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olacağı yönünde taraflar arasında bir alışkanlık (taraflara arasında sürekli olarak uygulama alanı bulan davranış) oluşması anlamına gelmekteydi. Burada sözleşme müzakerelerinin İngilizce yürütülmüş olması

Antlaşma uyarınca alışkanlık ile taraflar arasında sürekli olarak uygulama alanı bulan davranışlar kastedilmektedir²⁸. Bu noktada süreklilik belirli bir vakittir tekrarlanma durumudur. Dolayısıyla tarafların daha öncesinde birçok kere sözleşme yapmış olmaları gerekmekte ve çoğunlukla, geçmişte bir veya iki kez sözleşme yapılmış olmasının bu anlamda süreklilik ifade etmeyeceği kabul edilmektedir²⁹. Bununla beraber alışkanlıkların taraflar arasında uygulanıyor olması yeterli olup bu davranışlar için evrensel bir uygulama aranmaktadır³⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki hem teamüller hem de alışkanlıklar bakımından ispat yükü, bunların varlığına dayanan tarafa aittir³¹.

2. Koruma Yükümlülüklerinin ve Sözleşme Öncesi Yükümlülüğün İhlali

Sözleşme kurma amacıyla gerçekleştirilen müzakereler sırasında taraflardan sergilenmesi beklenen uygun davranışlar sözleşme öncesi yükümlülükler olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat muhataplar arasındaki görüşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin, Antlaşma'nın kendisinden doğabilecek bir borç olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Nitekim sözleşme öncesi müzake-

önemli bulunmamıştır. Nitekim mahkeme, uluslararası ticaretle uğraşan tarafların, muhatap oldukları dili anlamamaları halinde derhal itiraz etmesi gerektiğini belirtmiştir ve o güne kadarki siparişleri, satıcının itiraz etmeden yerine getirmiş olmasını ilgili Almanca genel işlem şartlarının uygulanmasına itiraz edilmediğine delalet kabul ederek davayı ilk derece mahkemesine iade etmiştir; Oberster Gerichtshof, 17.12.2003, CISG-online no: 828.

²⁸ Schmidt-Kessel, s. 327; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 99; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 78.

²⁹ Schmidt-Kessel, s. 327; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 99; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 78. İçtihat için bu yönde bkz.: Almanya'da bir pizza firmasının sahibi olan davalı, bir İtalyan pizza kartonu üreticisi olan davacıdan 90 deste pizza kartonu sipariş etmiştir. Davalı, bedeli peşin ödemiştir. Temmuz 1998'de kartonlar teslim edildiğinde davalı, kartonların taşıma esnasında zarara uğradığını fark etmiş ve durumu davacıya bildirmiştir. Daha önce ki benzer iki olayda davacı, davalıya hasarın miktarını yatırmıştır. Ancak bu olayda davacı, davalıya herhangi bir hasar miktarı yatırmamıştır. Ekim 1998'de davalı, davacıdan hasarsız olarak gelen pizza kartonlarını yeniden sipariş etmiştir. Davalı, davacının Ekim sevkiyatının sözleşme bedeline ilişkin talebini, hatalı Temmuz sevkiyatından kaynaklanan hasar miktarına karşılık olarak mahsup ettiğini ileri sürdüğü bir karşı iddiada bulunarak bedel ödemeyi reddetmiştir. Bu iddiasını ise taraflar arasında tesis edilmiş olan uygulamalara dayandırmıştır. Fakat mahkeme, daha öncesinde iki kere hasarın karton üreticisi tarafından karşılanmış olmasını, satım sözleşmesinin tarafları arasında oluşmuş bir alışkanlığın var olması bakımından yeterli görmeyerek davalının iddiasını reddetmiştir. (CISG m. 9/1) Mahkeme, davalının, Ekim sevkiyatının bedelini Kasım 1998'den beri işlenen faizi ile birlikte ödemesine karar vermiştir; Amtsgericht Duisburg, 13.04.2000, CISG-online no: 659.

³⁰ Schmidt-Kessel, s. 327; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 78; Bu noktada Atamer'in normlar hiyerarşisine ilişkin yapmış olduğu değerlendirmeye yer vermemiz gerekmektedir. Atamer'e göre bir hakimin taraf iradelerini yorumlamasına, onların aralarında gelişen alışkanlıkları göz önünde bulundurmasına ve milletlerarası ticari teamülleri dikkate almasına rağmen hukuki uyumsuzluğa uygulanacak olan bir norm bulamaması mümkündür. Böyle durumda normlar hiyerarşisinde izlenecek yol sırasıyla şu şekildedir; CISG'in emredici kuralları, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hususlar, CISG m. 9/1 uyarınca tarafların uygulanması konusunda anlaşmaya vardıkları teamüller, CISG m. 9/1 uyarınca taraflar arasında oluşmuş olan alışkanlıklar, CISG m. 9/2 uyarınca sözleşme içeriği olduğu farz edilen milletlerarası ticari teamüller, CISG'in tüm yedek hükümleri; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 67.

³¹ Erdem, s. 60; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 100.

reler Antlaşma'nın kapsamına dahil edilmemiştir³². Duruma netlik kazandırmak amacıyla Antlaşma'nın ilkelerinden yola çıkarak bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre Viyana Satım Antlaşması'nın genel yaklaşımı, sözleşme öncesi yükümlülüklerin varlığı, kapsamı ve içeriğine yönelik bir uyuşmazlık ortaya çıktığında kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca hangi ülke hukukuna başvurulmuşsa o ülke hukukun uygulanması gerektiği yönündedir. Kaldı ki sözleşme görüşmelerinin Antlaşma'nın kapsamı ile yakından ilişkili olduğu da kabul edilmektedir. Taraflar arasındaki bir sorun açıkça, örtülü olarak veya Antlaşma'nın temelini oluşturan genel ilkeler vasıtasıyla çözüme kavuşturulabiliyorsa, Antlaşma'nın ulusal hukuka kıyasla öncelikli olarak uygulanması gerektiği savunulmaktadır³³.

Tarafların borcun konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan karşılıklı mal ve kişi varlıklarını muhafaza etmeye yönelik davranışlar koruma yükümlülüklerini oluşturur³⁴. Viyana Satım Antlaşması'na baktığımızda koruma yükümlülükleri bakımından herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Çünkü Antlaşma bu tür borçları sözleşme dışı özen yükümlülükleri gibi dikkate almaktadır. Buna göre anılan yükümlülüklerin CISG m. 25 kapsamında esaslı ihlal teşkil edebilmesi bunların, taraflarca kurulan sözleşmede bir yükümlülük olarak kabul edilmesine veya CISG m. 8 ve CISG m. 9 kapsamında sözleşme içeriği olarak tespit edilmesine bağlıdır³⁵. Yükümlülükler bu iki durum bakımından da Antlaşma kapsamına girmiyorsa bunların ihlali halinde uygulanacak olan yaptırım, uyuşmazlığın görüldüğü yer mahkemesinin atfı yaptığı ülkenin hukuk kurallarına göre belirlenecektir³⁶.

Son olarak taraflar, aralarındaki hukuki uyuşmazlık sebebiyle sözleşmenin ihlal edildiği iddiasında bulunabilmektedir. Antlaşma'ya göre taraflardan hangisi sözü edilen sava dayanmışsa ispat yükü de ona aittir³⁷.

³² Ulrich G. Schroeter, 'Sözleşmenin Kurulması', Ingeborg Schwenzer / Pinar Çağlayan Aksoy (ed), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 391.

³³ Schroeter, Sözleşmenin Kurulması, s. 391-392; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 88, 89; Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 346.

³⁴ İbrahim Aydın, 'İşverenin Koruma Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemelerin Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağlı) Bakımından Değerlendirilmesi', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, ss. 51 - 65, s. 51, 52.

³⁵ Schroeter, Genel Hükümler, s. 558; Toker, Esaslı İhlalin TBK'da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri ile Karşılaştırılması, s. 134.

³⁶ Toker, Esaslı İhlalin TBK'da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri ile Karşılaştırılması, s. 134.

³⁷ Schroeter, Genel Hükümler, s. 556; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 146; Sarıkaya, s. 110.

B. Sözleşme Uyarınca Beklemekte Haklı Olunan Menfaatten Önemli Ölçüde Yoksun Kalmak

1. Tarafların Beklemekte Haklı Oldukları Menfaatler

Sözleşmeler taraflarca belirli bir menfaate ulaşma amacıyla yapılmaktadır. Tarafların sözleşmeyle erişmeyi umdukları bu menfaatler, gerek Antlaşma gerekse satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerle uygun davranılması ile elde edilir. Menfaatlerin yitirilmesi ihlalin esaslı olabilmesi bakımından mühimdir. Zira Antlaşma, mevcut ihlali esaslı olarak değerlendirebilmek için bu ihlalin karşı tarafı beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa sebep olmasını aramaktadır³⁸. O halde esaslı ihlalin varlığı için aranan bu kıstas bakımından öncelikle bir tarafın diğerinden satım sözleşmesi yahut Antlaşma gereğince beklemekte haklı olduğu bir menfaati olmalı ve borca aykırı davranış neticesinde bu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalınmalıdır.

Viyana Satım Antlaşması kapsamında beklemekte haklı olunan şeyin ne olduğu meselesi net değildir³⁹. Çünkü sözleşmesel menfaatlerin neler olabileceği her somut olayda değişebilmektedir. Dolayısıyla taraflardan biri sözleşmeyi ihlal ettiğinde diğer tarafın hangi beklentilerinin sözleşme uyarınca korunduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu ise CISG m. 8 kapsamında akdin yorumlanması ile mümkündür.

Viyana Satım Antlaşması'nın düzenlemiş olduğu açık hüküm çerçevesinde ilk olarak tarafların gerçek iradelerinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira hükme göre tarafların tutumlarına ve beyanlarına yönelik doğru bir yorum yapabilmek ancak bu şekilde sağlanabilir. Sonrasında ise irade açıklamasının yöneldiği taraf tespit edilmelidir. Çünkü bu hükmün uygulanabilmesi, karşı tarafın bu iradeyi bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmamasına bağlıdır (CISG m. 8/1)⁴⁰.

Taraf iradelerinin CISG m. 8/1 uyarınca tespit edilememesi halinde CISG m. 8/2'ye başvurulmaktadır. Buna göre taraflardan birinin beyanları veya davranışları, karşı taraf ile aynı konumdaki makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanacaktır⁴¹. Güven teorisini temel alan bu yaklaşım ile amaçlanan, irade açıklamasının yöneldiği tarafın vereceği ob-

³⁸ Bkz. CISG madde 25.

³⁹ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 131.

⁴⁰ CISG m. 8/1: "Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olsun."

⁴¹ CISG m. 8/2: "Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır."

jektif anlamın esas alınarak, tarafların her ikisi içinde geçerli olabilecek bir yorum yapabilmektir⁴².

Antlaşma kapsamında gerçek irade beyanları ve böylelikle tarafların beklemekte haklı oldukları menfaatler saptanırken izlenmesi gereken yol ise CISG m. 8/3 ile gösterilmiştir. Hükme göre tarafların menfaatleri tespit edilirken, sözleşme ile açıkça karara bağlanmış hususlar, teamüller ve taraflar arasındaki alışkanlıklar, sözleşme öncesi müzakereler ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınacaktır⁴³. Bu menfaatlerin tespiti, yalnızca sözleşme ihlalinin muhatabı olan tarafın elde etmeyi beklediği yararlar açısından değil bunun yanı sıra ilgili tarafın sözleşme ile ummadığı fakat sözleşmenin objektif bir biçimde yorumlanması ile ortaya çıkan kazanımlar da değerlendirilerek gerçekleştirilecektir⁴⁴.

Sözleşme CISG m. 8 kapsamında yorumlanırken tarafların irade bozuklukları sebebiyle ortaya çıkan karmaşık açıklamalar olabilmekte ve bu durum akdin geçerliliğine ilişkin bir sorun teşkil edebilmektedir. Bu noktada hakim görüşün çözümü, CISG m. 8/2'deki güven teorisine göre yorum ilkesi çerçevesinde irade açıklamasında bulunan tarafın bundan doğan hata riskine katlanması gerektiğidir⁴⁵. Örneğin kimi zaman uluslararası hukuki ilişkilerde farklı dillerin kullanılması sebebiyle uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda öncelikle sözleşmenin dili belirlenecektir. Şayet belirli bir dil tespit edilemiyorsa o halde dili kullanan taraf, karşı tarafın bu dilbilgisindeki yetersizlik sebebiyle sözleşme-deki ifadeleri yanlış anlaması veya hiç anlamaması riskine katlanacaktır.

Tarafların sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatler objektif ya da subjektif nitelik arz edebilmektedir. Nitekim taraflar sözleşmeyi hazırlarken bir yükümlülüğe ne denli önem atfedildiğini belirtebilmekte veya hangi noktaların esaslı olduğunu açıkça kararlaştırabilmektedir⁴⁶. Böyle bir belirleme yapılması durumunda ilgili menfaatler, kurulan sözleşmeden kaynaklanacağından subjektif nitelikte olacaktır. Örneğin taraflarca sözleşme konusu malların kalitesine dikkat çekilebilir veya teknik özellikleri esas-

⁴² Schmidt-Kessel, s. 295, 296; Sarıkaya, s. 55; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 95; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 71.

⁴³ CISG m. 8/3: "*Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.*"; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 300; Dayıoğlu, s. 38; Erkan, s. 70; Yelkenci, s. 43; Yılmaz, s. 93.

⁴⁴ Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 300; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 133.

⁴⁵ Schmidt-Kessel, s. 289; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 96.

⁴⁶ Schroeter, Genel Hükümler, 554; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 300; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 133; Zeytin, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 648; Tokar, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 227; Dayıoğlu, s. 38; Erkan, s. 69, 70; Yılmaz, s. 92, 93.

lı nokta olarak belirlenebilir. Böylelikle bu malların karşılaştırılan kaliteden veya teknik özelliklerden farklı bir şekilde alıcıya teslim edilmesi durumunda sözleşmenin esaslı ihlali için aranan, beklemekte haklı olunan menfaat kaybı şartı varlık bulacaktır. O halde taraflarca bir veya birden fazla noktaya dikkat çekilmesi ya da bazı konuların açıkça düzenlenmiş olması ilgili hususların Antlaşma kapsamında beklemekte haklı olunan menfaat olarak gösterilmesi-ne olanak sağlayacaktır⁴⁷.

Viyana Satım Antlaşması uyarınca sözleşmenin esaslı ihlali belirlenirken ihlal edilen yükümlülüğün bir asli veya yan edim yükümlülüğüne ilişkin olması önem taşımamaktadır. Şayet taraflar satım sözleşmesinde bir yan edim yükümlülüğüne önem atfetmiş ise bu yükümlülüğün ihlali de esaslı ihlal teşkil edebilecektir⁴⁸. Örneğin malın nakliyyeye uygun olacak şekilde paketlenmesi borcu bir yan edim yükümlülüğüdür⁴⁹. Ancak taraflar sözleşmede satım konusu malların belirli bir ambalajla teslim edilmesine dikkat çekerek bu hususta anlaşmışlarsa, ambalajsız teslim esaslı ihlal oluşturabilecektir.

Sözleşme ile taraflarca belirli yükümlülükler karşılaştırılmakta ve bu yükümlü olma durumları bir genel işlem koşulu altında ortaya çıkabilmektedir⁵⁰. Tarafların genel işlem koşulları içerisinde bir yükümlülük tanımlaması halinde ilgili sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmayacağı konusuna Antlaşma'da bir açıklık getirilmemiştir. Bu sebeple genel işlem koşullarıyla herhangi bir yükümlülüğün önemi artırılarak onun esaslı bir sözleşme yükümlülüğü haline getirilmesi meselesi, Antlaşma'nın uygulandığı mahkeme kararları çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre genel işlem koşulu olarak belirlenmiş bir borca ilişkin hukuki uyumsuzluğun varlığı halinde bu sözleşme hükmünün geçerli olup olmayacağı uygulanacak olan yerel hukuk kurallarınca belirlenecektir⁵¹.

2. Beklemekte Haklı Olunan Menfaatten Önemli Ölçüde Yoksun Kalmak

Esaslı ihlalin varlığı için borca aykırı davranış sonucu bir tarafın satım sözleşmesiyle ulaşmak istediği menfaatten önemli ölçüde yoksun kalıyor olması gerekmektedir. Bu noktada Antlaşma'da geçen önemli kavramının işlevini değerlendirmek tıpkı menfaatte olduğu gibi CISG m. 8'in yorumlan-

⁴⁷ Schroeter, Genel Hükümler, s. 560; Erkan, s. 70; Yılmaz, s. 93.

⁴⁸ Schroeter, Genel Hükümler, s. 561; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 127; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 302; Yelkenci, s. 36; Yılmaz, s. 91; Dayıoğlu, s. 36; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 224; Erkan, s. 69.

⁴⁹ Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 302.

⁵⁰ TBK m. 20/1: "Genel işlem koşulları bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir."

⁵¹ Schroeter, Genel Hükümler, s. 561; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 301; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 227; Dayıoğlu, s. 38.

masını zorunlu kılmaktadır⁵². Hükme göre sözleşme metni, teamüller, taraflar arasında devamlılık gösteren davranışlar, sözleşme öncesi görüşmeler ve önem taşıyabilecek diğer tüm hususlar yorum yapılırken dikkate alınacaktır. Nitekim bu yol ile ulaşılmak istenen tarafların ilgili yükümlülüğe ne denli önem atfetmiş olduklarını ve bununla mağdur olan tarafın hangi menfaatlerini korumayı amaçladıklarını tespit etmektir.

Tarafların iradelerine bakarak bir borca ne kadar önem atfettikleri saptanabilmektedir. Bir yükümlülüğün sözleşmede açıkça kararlaştırılması halinde durum böyledir⁵³. Zira belirlenen borçlar, taraflar için öyle büyük bir öneme sahip olur ki bunlara aykırı tutumlar ihlali esaslı hale getirir. Artık bu aşamada sözleşmeyi ihlal eden tarafın davranışının bir kasıt taşıyıp taşıyamaması dikkate alınmaz. Örneğin taraflarca sözleşmede satım konusu malın rengi hakkında açıkça anlaşmaya varılması bu hususun önemini gösterir. Dolayısıyla buna rağmen ifa kararlaştırılan renkten farklı olarak gerçekleşmişse bu sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlal edilmiş olduğu anlamına gelebilecektir.

Önemli kavramının işlevi belirlenirken esas alınan kıstas satım sözleşmesi gereğince beklemekte haklı olunan şeyden yoksun kalma durumunun meydana getirdiği sonuçtur. Çünkü menfaatten mahrum olmayı önemli hale getiren ihlalin ortaya çıkardığı sonucun ağırlığıdır. Belirtmek gerekir ki sözü edilen ağırlığın menfaat kaybının miktarı ile ilgisi yoktur⁵⁴. Bu noktada sözleşmenin hangi amaca ulaşmak maksadıyla kurulduğu konusu büyük oranda belirleyici olmaktadır. Şayet ihlal sebebiyle bir tarafın sözleşme ile ulaşmak istediği amacın gerçekleşmesi artık mümkün değilse veya elde edilmesi büyük ölçüde engellenmişse o takdirde burada taraf beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli derecede yoksun kalmıştır denilmektedir⁵⁵.

C. Olumsuzluk

Viyana Satım Antlaşması kapsamında bir veya birden fazla yükümlülüğe aykırı davranılmasının esaslı ihlal oluşturabilmesi için bu ihlalin olumsuz bir sonuç meydana getirmesi şarttır⁵⁶. Nitekim ihlal sebebiyle olumsuz bir sonuç

⁵² Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 301; Yılmaz, s. 93; Erkan, s. 70. Koch'a göre Antlaşma'nın 25. Maddesi ile tarafların sözleşme uyarınca elde etmeyi umdukları beklentiye yapılan atf, bunun her şeyden önce satım akdinin açık ve zımni şartlarında bulunacağını açıkça ortaya koymaktadır; Robert Koch, The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Yüksek Lisans Tezi, Institute of Comparative Law Faculty of Law McGill University, Montréal Québec, 1998, s. 71.

⁵³ Schroeter, Genel Hükümler, s. 561; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 301, 302; Yılmaz, s. 93.

⁵⁴ Schroeter, Genel Hükümler, s. 560; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 131; Sarıkaya, s. 125.

⁵⁵ Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 300; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 132.

⁵⁶ Bkz. CISG m. 25.

gerçekleşmediği sürece hükümde (CISG m. 25) aranan diğer şartlar sağlanıyor olsa dahi bu ihlalin niteliğinin esaslı olması mümkün değildir⁵⁷. Örneğin satım sözleşmesine aykırı olarak mallar uygun olmayan ambalajla fakat hiçbir zarar görmeden alıcıya teslim edilmişse burada esaslı ihlalin varlığı için aranan olumsuz bir sonucun meydana gelmesi şartı sağlanmadığından ihlal esaslı olamaz. Ancak bu mallar alıcı tarafından satılmak için alınmış ve sözleşmeye aykırılık oluşturan ambalaj ile tekrar satılamıyorsa burada ihlalin esaslı olduğundan bahsedilebilecektir⁵⁸.

Olumsuzluk kavramı Antlaşma'da tanımlanmamakla birlikte Antlaşma metninin başka hiçbir yerinde de geçmemektedir. Dolayısıyla kavramın özellikle Antlaşma'nın hazırlık çalışmaları dikkate alınarak geniş yorumlanması ve CISG m. 74'te geçen zarar kavramı ile karıştırılmaması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹.

Olumsuzluk zarara nazaran daha kapsamlı bir kavramdır. Zarar, bir kimşenin mal varlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır. Dolayısıyla zarar deyimi tek başına kullanıldığında maddi bir kaybı ifade etmektedir⁶⁰. Olumsuzluk ise mevcut ve gelecekteki durum bakımından parayla ölçülebilir zararı değil, borca aykırılıktan kaynaklanan tüm negatif sonuçları kapsamaktadır⁶¹. Bu noktada olumsuzluk ve zarar arasındaki ilişkiyi anlamak esaslı ihlalin mantığını kavramak bakımından önemlidir. Çünkü kimi zaman büyük bir zararın varlığı önemli ölçüde menfaat kaybına işaret ederek esaslı ihlal oluşturabilir⁶². Fakat bir zarar varsa sonuç da muhakkak olumsuzdur yahut ortada bir zarar olmadığından olumsuz bir sonuç da meydana gelmemiştir şeklinde düşünülemez. Çünkü ihlal neticesinde somut bir zararın olmadığı durumlarda da olumsuzluk mevcut olabilmektedir. Öte yandan menfaat kaybı için ölçülebilir bir zararın

⁵⁷ İçtihat için bu yönde bkz.: İtalyan imalatçı (satıcı) ve Alman alıcı, 24 Ekim 1994 tarihinde 243 çift ayakkabı satımı konusunda anlaşmaya varmıştır. Satıcı bu ayakkabıları kararlaştırılan zamanda alıcıya teslim etmemiş ve sonrasında teslim borcunu gecikmeli bir şekilde ifa etmiştir. Alıcı, karşı tarafın borcunu vaktinde yerine getirmediği gerekçesiyle ihlalin esaslı olduğu iddiasında bulunmuştur. Fakat davanın görüldüğü mahkemeye göre geç teslim başlı başına bir esaslı ihlal teşkil etmemektedir. Zira bunun için ifadaki gecikme sebebiyle olumsuz bir sonucun meydana gelmesi şarttır. Bunun yanı sıra mahkeme, taraflarca kararlaştırılan ifa tarihinde sözleşmenin konusu olan malın teslim edilmemesi, yalnızca alıcının zamanında teslimatta özel bir çıkarının olması ve satıcının, alıcının geç ifa yerine, söz konusu malın teslim edilmemesini tercih edeceğini öngörebilmesi durumunda ihlalin esaslı hale geleceğini belirtmiştir. Nihayetinde mahkeme gecikmiş ifanın esaslı ihlale sebep olduğu iddiasını, geç ifanın somut olay bakımından olumsuz bir sonuç meydana getirmediği gerekçesiyle reddetmiştir; Calzaturificio Piceno di Roberto Catinari & Uvaldo Raccosta v. Vivace Mode GmbH, 24.04.1997, CISG-online no: 385.

⁵⁸ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 132; Yılmaz, s. 92; Dayıoğlu, s. 39; Yelkenci, s. 41.

⁵⁹ Yılmaz, s. 92; Dayıoğlu, s. 92; Yelkenci, s. 40, 41; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 225.

⁶⁰ Yelkenci, s. 41.

⁶¹ Yılmaz, s. 92; Yelkenci, s. 41.

⁶² Schroeter, Genel Hükümler, s. 559; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 132.

olmasına da gerek yoktur⁶³. Bu sebeptendir ki esaslı ihlalin varlığı, henüz bir zararın olmadığı fakat ileride meydana gelme olasılığının mümkün olduğu durumlar bakımından da saptanabilmektedir⁶⁴. Örneğin bir ayakkabı taciri, İtalyan ayakkabı imalatçısı ile belirli sayıda ayakkabının üç ay içinde tarafına teslimi noktasında anlaşmıştır. Ayrıca taraflar, ayakkabı tacirinin özel önem verdiği bir markanın, satıcı tarafından başka bir yerde kullanılmaması konusunu da sözleşme ile hükme bağlamıştır. Fakat ayakkabı taciri, satıcının, sözleşmede özellikle kararlaştırdıkları markaya ait ayakkabıları Milano'daki bir fuarda sergilediğini öğrenmiş ve sözleşme ilişkisini hemen sona erdirmiştir⁶⁵. Örneğimizde alıcının marka hakkı ihlal edilmiştir ve taraflar arasındaki güven ilişkisi de artık zedelenmiştir. Dolayısıyla gerek mevcut akit bakımından gerekse gelecekte taraflarca akdedilecek sözleşmeler içinde aynı veya benzer türde bir ihlalin gerçekleşme ihtimali bulunduğundan satıcının bu hareketi, alıcı için önemli bir menfaat kaybına sebep olan olumsuzluk haline gelmiştir.

Viyana Satım Antlaşması düzenlenirken objektif zarar kriterinden ayrılarak subjektif zarar kriteri benimsenmiştir⁶⁶. Objektif zarar ve subjektif zararı daha iyi anlayabilmek adına şöyle bir örnek verilebilmektedir. Alıcı tarafından kahve çekirdeği siparişi verilir. Fakat siparişin verildiği tarih ile teslim tarihi arasında geçen sürede kahve çekirdeği fiyatları fazlasıyla düşer. Bunun üzerine satıcı, kahve çekirdeği teslim etmek yerine alıcıya pamuk teslim eder ve bu davranışın esaslı bir ihlal oluşturmayacağını savunur. Çünkü satıcıya göre alıcının maddi bir zararı yani objektif bir zararı yoktur. Görülmektedir ki örneğimizde objektif kritere göre zarar oluşmadığından ihlal esaslı değildir. Ancak subjektif kritere göre esaslı ihlal mevcuttur. Zira sözleşme ile kararlaştırılan malın teslim edilmesi, alıcının beklemekte haklı olduğu asli bir menfaattir ve satıcı bu borcunu gereği gibi ifa etmemiştir⁶⁷. Şu halde objektif bir zararın olmadığı durumda dahi borca aykırı tutum sonucu sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan şeyin elde edilmesinin ortadan kalkması veya önemli ölçüde kaybolması ihlalin sebep olduğu sonuç bakımından olumsuzluğun mevcut olduğunu göstermektedir. O halde özetle Antlaşma kapsamında olumsuzluğu, ihlal sebebiyle sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan bir menfaatin elde edilmesinin önemli ölçüde gerçekleşmemesi hali olarak ifade edebiliriz.

Esaslı ihlal, Viyana Satım Antlaşması uyarınca sözleşmeden dönme hakkı verir ve bu hak Antlaşma'nın temel felsefelerinden olan sözleşmeyi ayakta

⁶³ Schroeter, Genel Hükümler, s. 559, 560; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 225.

⁶⁴ Schroeter, Genel Hükümler, s. 560; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 132.

⁶⁵ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 132.

⁶⁶ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 132.

⁶⁷ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 132.

tutma ilkesi gereğince son çare (Ultima Ratio) olarak kabul edilir⁶⁸. Bu sebeple taraflar arasında bir hukuki uyumsuzluk meydana geldiğinde mevcut ihlalin esaslı olup olmadığına ilişkin hüküm kurma noktasında şüphe edilmesi halinde CISG m. 25'in sınırlayıcı şekilde yorumlanması ve esaslı ihlalin gerçekleşmediğine karar verilmesi gerektiğine dair bir yaklaşım mevcuttur. Bununla birlikte ihlalin niteliğinin tespiti bakımından hakim görüş, somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak Antlaşma'nın ilgili maddeleri ve taraflarca kurulan satım sözleşmesi çerçevesinde bir değerlendirme yapmak suretiyle hüküm verilmesi gerektiği yönündedir⁶⁹.

Sözleşmenin ihlali ve önemli menfaat kaybının ispat yükü, esaslı ihlal nedeniyle mağdur olduğunu iddia eden tarafa aittir⁷⁰. Bu noktada esaslı ihlalin ispatı için öncelikle bir yükümlülüğün ihlal edildiğini iddia eden taraf bunu ispat etmelidir. Bunun yanı sıra ihlalin esaslı nitelikte olduğunu ispat etmek için de bu yükümlülüğün sözleşme veya Antlaşma uyarınca önemli bir yükümlülük olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Zira mevcut ihlalin esaslı olması borca aykırılık sonucu zararın gerçekleşip gerçekleşmemesi veya büyüklüğüne göre değil, tarafların ihlal edilen yükümlülüğe ne kadar önem verdiğine göre belirlenmektedir⁷¹.

D. Öngörülebilirlik

1. Olumsuzluğun Öngörülebilirliği

Esaslı ihlalin varlığı değerlendirilirken taraflardan birinin borca aykırı davranışının, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep olmasının yanı sıra böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişinin de öngöremeyecek olması aranmaktadır⁷². Hükümde ifade edilen öngörülebilirlik bakımından ihlalinin kendisi veya sebepleri dikkate alınmaz. Burada mühim olan borca aykırı tutumun sebebiyet verdiği olumsuz sonuçların öngörülebilirliği⁷³.

⁶⁸ Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 228; Yılmaz, s. 139; Dayıoğlu, s. 59.

⁶⁹ Sarıkaya, s. 120.

⁷⁰ Schroeter, Genel Hükümler, s. 566; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 231; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 146.

⁷¹ Schroeter, Genel Hükümler, s. 566; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 301, 302.

⁷² Nitekim Antlaşma'nın 25'inci maddesi "... böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun." şeklinde ifade edilmek suretiyle durumu açıkça ortaya koymuştur.

⁷³ Schroeter, Genel Hükümler, s. 562; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 135; Dayıoğlu, s. 38. Öngörülebilirlik kavramına CISG m. 74'de de yer verilmiştir. Ancak hükümde düzenlenen öngörülebilirliğin konusu CISG m. 25'de yer alandan farklıdır. Şöyle ki CISG m. 25 ile aranan borca aykırı davranışın

Öngörülebilirliğin anlamı ve fonksiyonu bakımından Viyana Satım Antlaşması'nın taslakları ve nihai metni birbirlerinden farklıdır. 1976 Cenevre Taslağı (m. 9), 1977 Viyana Taslağı (m. 8) ve 1978 New York Taslağı'nda (m. 23) ihlalin esaslı olabilmesi için önemli olumsuzluğun öngörülebilirliğine ilişkin bir düzenleme yapılırken; Antlaşma'nın nihai metni, bir tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak olumsuzluğun öngörülebilir olmasını dikkate almıştır⁷⁴. CISG m. 25'in hazırlık çalışmaları sırasında birden fazla değişikliğe maruz kalması, öngörülebilirliğin kıstası konusunda farklı yorumlamaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁷⁵. Öğretideki genel görüş öngörülemezliğin sözleşmeyi ihlal eden sorumluluktan kurtaran sübjektif bir etken olduğudur. Diğer yaklaşım ise öngörülemezlik şartının esaslı ihlalin tespiti için ek bir filtre görevi gördüğüdür. *Schroeter* sözü edilen fıkirlere katılmamakla birlikte öngörülebilirlik unsurunun üç farklı olasılığa göre yorumlanması gerektiğini savunmaktadır⁷⁶. İlk olasılığa göre taraflar sözleşmede bir yükümlülüğün önemini açıkça vurgulamış olabilir. Böyle bir durumda ihlalde bulunan taraf sebep olduğu olumsuz sonucu öngöremediğini iddia ederek sözleşmenin ortadan kalkmasını engelleyemeyecektir⁷⁷. Örneğin taraflarca ifa tarihi için kesin vade belirlenmesi halinde borcun vaktinde yerine getirilmemesi esaslı ihlal teşkil edecektir ve yükümlülüğe aykırı davranışta bulunan tarafın sonucu öngöremediği savına dayanması ihlalin niteliğini değiştirmeyecektir. Ayrıca sözleşmenin lafzının açık olduğu durumlarda da karşı tarafın ihlalin getirdiği olumsuz sonuçları aşmak için sahip olduğu sübjektif imkanlar yetersiz olacaktır. Zira “*aynı durum-*

meydana getirdiği olumsuz sonucun sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülebilir olup olmadığı iken, CISG m. 74 kapsamında ihlalin sebep olduğu zararların öngörülebilir olmasına bakılır; Atamer, CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış, s. 243; Dayıoğlu, s. 40. CISG m. 74 hükmü ile düzenlenen öngörülebilirliğin konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ayşe Elif Uslu, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 129.

⁷⁴ Andığımız taslaklar Antlaşma'nın orijinal dillerinden İngilizce olarak şu şekildedir: Cenevre Taslağı m. 9: “*A breach committed by one of the parties to the contract is fundamental if it results in substantial detriment to the other party and the party in breach fore saw or had reason to foresee such a result.*”; United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook, Cilt: VII: 1976, Yıl: 1977, s. 90; Viyana Taslağı m. 8: “*A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result.*”; United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook, Cilt: VIII: 1977, Yıl: 1978, s. 12; New York Taslağı m. 23: “*A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result.*”; United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook, Cilt: IX: 1978, Yıl: 1981, s. 15; Schroeter, Genel Hükümler, s. 562; Yelkenci, s. 45.

⁷⁵ Schroeter, Genel Hükümler, s. 562; Yelkenci, s. 45; Erkan, s. 72, 73.

⁷⁶ Farklı olasılıklara göre çözüm aranması gerektiği görüşüne Atamer'de katılmaktadır. Bkz: Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 304.

⁷⁷ Schroeter, Genel Hükümler, s. 563; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 304; Yelkenci, s. 45.

daki makul kişi”nin söz konusu sözleşme metnini yanlış anlaması mümkün olmayacaktır⁷⁸. İkinci olasılıkta taraflarca sözleşme müzakereleri sırasında bir yükümlülüğün önemine dikkat çekilmiş olabilir. Bu durumda da tıpkı ilk olasılıkta olduğu gibi sözleşmeyi ihlal edenin bunun neticelerini öngöremeyeceği iddiası dinlenmeyecektir⁷⁹. Örneğin alacaklı tarafından bir yükümlülüğe aykırı davranılması halinde ortaya çıkacak olumsuzluğa sözleşme öncesi görüşmelerde atıfta bulunulmuş olması, karşı tarafın bu borca dikkatinin çekilmiş olmasının emaresidir ve yükümlülüğe verilen önemi artırır. Böyle durumlarda da öngörülemezlik sebebiyle sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir⁸⁰. Son olasılıkta ise yükümlülüğün taraflar için arz ettiği önem ne sözleşmede belirtilmiş ne de müzakereler sırasında ortaya konmuştur. Öngörülebilirlik unsuru ise işte tam bu noktada işlev kazanmaktadır. Çünkü yükümlülüğe ne denli önem verildiği sözleşmeden veya müzakerelerden anlaşılmamak ve bu durum öngörülebilirlik araştırılması yapılmasını zorunlu kılmaktadır⁸¹.

2. Öngörülebilirliğin Araştırılması

Viyana Satım Antlaşması menfaat kaybının meydana getirdiği olumsuz sonucun öngörülebilir olmasını sadece sözleşmeyi ihlal eden taraf bakımından ele almamış makul bir üçüncü kişi de değerlendirmeye katılmıştır. Madde hükmü gereğince esaslı ihlalin oluşması için hem subjektif hem de objektif kıstasın mevcut olması şarttır. Böylelikle açık hüküm (CISG m. 25) kapsamında subjektif bir bilgi eksikliğinin yanı sıra olumsuzluğun objektif olarak da bilenebilir olmaması gerektiği açıkça ortaya konmuştur⁸². O halde öngörülebilirlik araştırması yapılırken bu iki kıstasın da bir arada bulunması ve taraf iradelerinin bunlara uygun şekilde yorumlanması elzemdir.

Antlaşma’nın ilgili maddesi (CISG m. 8) uyarınca ilk olarak yapılması gereken alıcının ve satıcının beyanlarıyla uyuşacak şekilde iradelerin yorumlanmasıdır⁸³. Böylelikle tarafların yaklaşımının subjektif içeriği belirlenmiş olacaktır. Fakat bu aşamada karşı tarafın bu iradeyi bilmediği veya bilmesinin de gerekmediği durumlar olabilmekte ve bu sebeple beyanın muhatabı, ifadeyi gerçek içeriğinden farklı anlayabilmektedir. O halde hakim, beyanın objektif içeriğini saptayacak ve ihlal edilen yükümlülüğün aynı sektörde iş yapan makul bir kişi tarafından öngörülebilir olup olamayacağına göre hüküm verecektir.

⁷⁸ Schroeter, Genel Hükümler, s. 563.

⁷⁹ Schroeter, Genel Hükümler, s. 563; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 304; Yelkenci, s. 45.

⁸⁰ Schroeter, Genel Hükümler, s. 563.

⁸¹ Schroeter, Genel Hükümler, s. 564; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 304; Yelkenci, s. 45.

⁸² Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 228; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 303; Yelkenci, s. 46; Dayıoğlu, s. 39; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 136.; Yılmaz, s. 93, 94.

⁸³ Schroeter, Genel Hükümler, s. 564; Yelkenci, s. 47.

Antlaşma’da “*aynı konum ve koşullardaki makul bir kişi*” ile kastedilen, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile aynı sektörde ve mesleki statüde bulunan kişidir⁸⁴. Bu anlamda makul üçüncü kişinin niteliklerinin neler olması gerektiği “*aynı konum*” ve “*aynı koşullar*”ın dar veya geniş yorumlanmasına göre farklıdır. İstenen ayniyet aranırken makul kişiyle somut olaydaki kişinin koşullarının ne oranda benzerlik gerektirdiği meselesi yorumun niteliğine göre değişeceğinden subjektif unsurların daha fazla dikkate alınarak objektif bir saptamanın yapılması engellenmemelidir⁸⁵.

Makul üçüncü kişinin, borca aykırı davranışta bulunan taraf ile eğitimi, mesleki tecrübesi ve yabancı dil seviyesi aynı olmalıdır⁸⁶. Nitekim çoğu zaman beyanların yanlış anlaşılması bakımından büyük ölçüde risk taşıyan unsur yabancı dil konusundaki yetersizliklerdir⁸⁷. Bununla birlikte makul kişinin, sözleşmeyi ihlal eden tarafla gerek sektör gerekse piyasa koşulları gibi çevresel faktörler bakımından da ayniyet göstermesi beklenmektedir⁸⁸. Son olarak üçüncü kişinin makul biri olması gerekmektedir. Örneğin basiretli olmayan veya dürüstlük kuralına uygun hakaret etmeyen bir kişi hükmün (CISG m. 25) aradığı anlamda makul biri olmayacaktır⁸⁹.

3. Öngörülebilirliğin Zamanı

Antlaşma müzakereleri sırasında öngörülebilirliğin ne zaman aranması gerektiği konusu bir karara bağlanmamıştır⁹⁰. Dolayısıyla bu meseleye ilişkin olarak doktrinde çeşitli tartışmalar mevcuttur. Buna göre Milletlerarası Satım İlişkin Yeknesak Kanunu (ULIS) 10. maddesinin değerlendirmenin akdin kurulduğu ana göre yapılması gerektiğini açıkça ortaya koymuş olmasından yola çıkan birtakım yazarlar, öngörülebilirliğin en geç sözleşmenin kurulduğu sırada aranması gerektiğini belirtmişlerdir⁹¹. Bir diğer

⁸⁴ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 136; Antlaşma’da geçen “reasonable person” kavramını doktrinde Graffi “business people”, Babiak ise “reasonable merchant” olarak ifade etmektedir; Yılmaz, s. 94; Koch ise makul kişiden “reasonable merchant” olarak bahsetmektedir; Koch, The Concept of Fundamental Breach, s. 72.

⁸⁵ Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 72.

⁸⁶ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 136.

⁸⁷ Schmidt-Kessel, s. 307.

⁸⁸ Schroeter, Genel Hükümler, s. 564; Yılmaz, s. 94; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 136; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 229.

⁸⁹ Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 136; Yılmaz, s. 94.

⁹⁰ Resmi kayıtlarda geçen ifade şu şekildedir: “Article 23 does not specify at what moment the party in breach should have foreseen the consequences of the breach, whether at the time the contract was concluded or at the time of the breach. In case of dispute, that decision must be made by the tribunal.”; United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records, Yıl: 1991, s. 26.

⁹¹ Schroeter, Genel Hükümler, s. 565; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 305; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 136; Yılmaz, s. 94; Yelkenci, s. 48, 49.

grup yazar ise akit kurulduktan sonra elde edilen bilgiler dikkate alınarak öngörülebilirliğin zamanı hakkında değerlendirme yapılması gerektiği görüşünü savunmuştur⁹². Burada çözüme ihtiyaç duyulan mesele sözleşmeyi ihlal eden tarafın hangi andaki bilgisi esas alınarak öngörülebilirliğin tespit edileceğidir.

Öngörülebilirliğin zamanı bakımından sözleşmenin kuruluş anının esas alınması gerektiğini savunan *Koch*'a göre CISG m. 25'in Antlaşma'nın resmi dillerinden olan İngilizce metninde dilbilgisi bakımından geniş zaman (present tense) ile ifade edilmesi, hakim tarafından, sözleşme ihlalinin ortaya çıktığı anı dikkate alınması gerektiği şeklinde anlaşılabilir. Fakat Antlaşma'nın kaleme alındığı diğer resmi dillerden olan Fransızca, İspanyolca ve Rusça metinlere bakıldığında sözü edilen hükmün geçmiş zamanla (past tense) kullanıldığı görülmektedir. Buradan yola çıkan *Koch* ise öngörülebilirliğin zamanını belirleme noktasında sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir⁹³. Bunun yanı sıra *Koch*, Antlaşma'nın sistematikliğinden de aynı sonuca ulaşılacağını savunmaktadır⁹⁴.

Öngörülebilirliğin zamanı bakımından sözleşmenin akdi anını temel alan bir diğer yazar ise *Schroeter*'dir⁹⁵. Yazara göre mevcut durum için öngörülebilirliğin varlığı araştırılırken dikkate alınan kıstaslar öngörülebilirliğin zamanı meselesini de açıklığa kavuşturmaktadır⁹⁶. Bununla birlikte aksi görüşte olan yazarların bu fikri savunmalarına Antlaşma'nın değil, 1978 tarihli taslak metindeki ifadelerin sebep olduğu görüşündedir. Dolayısıyla karşıt yaklaşımların CISG m. 25 çerçevesinde dayanaksız kaldığını belirtmektedir⁹⁷.

Önemle ifade etmek gerekir ki *Schroeter* ve *Schlechtriem*'a göre sözleşme akdedildikten sonra ortaya çıkmış olmakla beraber taraflardan birinin diğerini bilgilendirdiği ve bu meselenin karşı tarafça kabul edildiği durumlarda, somut olay bakımından gerçekleşen yeni gelişme öngörülebilirlik tespit edi-

⁹² "Zarar sözleşmenin karşı tarafınca veya aynı durumda bulunan makul kişi tarafından ihlalde bulunulduğu sırada öngörülebilirliktir."; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770; Schroeter, Genel Hükümler, s. 565; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 305; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 137; Yılmaz, s. 95; Yelkenci, s. 49.

⁹³ Fransızca metinde "est" yerine "était", İspanyolca metinde "tiene" yerine "tenia" ve Rusça metinde "yest" yerine "byla" eklerinin kullanılması, hükmü, geniş zaman yerine geçmiş zamanla ifade etmenin tercih edildiğini göstermektedir; Koch, The Concept of Fundamental Breach, s. 72.

⁹⁴ Erkan, s. 75. Atamer de Antlaşmanın sistematik yorumunun sözleşmenin akdi anına işaret ettiğini ifade etmektedir. Zira Antlaşma'da tarafların bilmesi veya bilmesinin gerekmesi, öngörmesi ya da öngörmesinin gerekmesi gibi kriterleri kullandığı birçok maddesinde sözleşmenin kurulma anının esas alındığının açıkça ifade edildiğini belirtmektedir; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 305.

⁹⁵ Schroeter, Genel Hükümler, s. 566; Erkan, s. 76; Dayıoğlu, s. 39, 40.

⁹⁶ Schroeter, Genel Hükümler, s. 566.

⁹⁷ Erkan, s. 76.

lirken değerlendirmeye alınabilecektir⁹⁸. Fakat *Schlechtriem* ile karşıt görüşte olan *Will*'e göre akit kurulduktan sonra varlık kazanan yeni olgunun göz önünde bulundurulması bunun karşı tarafça kabul edilmesine bağlı değildir. Zira *Will* var olan yeni olguların dikkate alınabilmesi bakımından bunların karşı tarafça öğrenilmiş olmasını yeterli bulmaktadır⁹⁹.

Sözleşmenin akdedilmesi sonrasında elde edilen yeni bilgilerin bazı durumlarda öngörülebilirliğin tespitinde dikkate alınması gerektiğini savunan *Graffi*, görüşünü Antlaşma'nın iyi niyet ilkesine dayandırmaktadır. Yazara göre akit kurulduktan sonra ortaya çıkan yeni gelişmelerden yükümlülüğü ihlal eden taraf bir şekilde haberdar olmuşsa bu durumun öngörülebilirliğin tespiti aşamasında Antlaşma'nın geneline hakim olan iyiniyet kriteri gereğince dikkate alınması gerekmektedir¹⁰⁰.

Kanaatimizce öngörülebilirliğin zamanı bakımından hakim olan görüşe katılmak yerinde olacaktır. Öyle ki somut bir olayda sözleşmenin kurulma anı esas alınacak ve bununla birlikte akit gerçekleştirildikten sonra ortaya çıkan yeni gelişmelerin değerlendirmeye alınması ilgili tarafın bunu kabul etmesine bağlı olacaktır. Çünkü sonradan ortaya çıkan durumlar sözleşmeyi değişikliğe uğrattıkları ölçüde onaya muhtaçtır. Nitekim tarafların birbirlerine uygun irade beyanları olmaksızın sözleşmenin değiştirilmesi mümkün değildir.

Sözleşme ihlalinin ve beklemekte haklı olunan menfaat kaybının ispat yükü ihlalin esaslı olduğunu iddia eden tarafa aitti. Fakat öngörülebilirlik bakımından bu durum farklıdır. Şöyle ki ihlal sebebiyle ortaya çıkan olumsuz sonucun öngörülemez olduğuna ilişkin ispat yükü sözleşmeyi ihlal eden tarafa aittir. Antlaşma uyarınca bu kişinin sonucun öngörülebilir olmadığını ve olamayacağını hem kendi hem de aynı konum ve koşullardaki makul bir kişi bakımından ispat etmesi gerekmektedir¹⁰¹.

SONUÇ

Uluslararası hukuk uyumlaştırma çalışmalarının en güzel örneklerinden biri olan Viyana Satım Antlaşması bugün dünya üzerinde varlık gösteren birçok ülkenin kendisine taraf olmasıyla birlikte uygulama alanını geniş-

⁹⁸ Schroeter, Genel Hükümler, s. 557; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 306; Erkan, s. 76; Dayıoğlu, s. 39, 40.

⁹⁹ Erkan, s. 76; Dayıoğlu, s. 40; Will'in verdiği bir örnekte, satıcı, teslim etmesi gereken malın belirli bir şekilde etiketlenmesinin alıcının ülkesinde satılabilmesi açısından zorunlu olduğunu başka kaynaklardan öğrenmiştir. Satıcının, sözleşme kurulurken alıcı tarafından kendisine verilmemiş olan bu bilgiyi daha sonrasında dolaylı bir biçimde elde etmesi halinde borca aykırılığın sonuçlarını öngöremediği iddiası yazara göre dinlenmez. Örnek için bkz.: Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 307.

¹⁰⁰ Erkan, s. 75.

¹⁰¹ Schroeter, Genel Hükümler, s. 567; Yılmaz, s. 95; Toker, Sözleşmenin Esaslı İhlali, s. 231; Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku, s. 146.

leterek küresel çapta bir önem kazanmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu bu Antlaşma'ya ülkemizin büyük oranda ticari ilişkilerini yürüttüğü devletler de üye olduğundan bir hukuki uyumsuzluk ortaya çıktığında taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe CISG hükümleri uygulanmaktadır.

Antlaşma, yeknesak bir sözleşmeye aykırılık modeli benimsemektedir. Öyle ki inşa edilen bu sistemde sözleşme ihlalleri türlere ayrılmamakta, borca uygun olmayan her türlü davranış sözleşmeye aykırılık başlığı altında toplanmaktadır.

Taraflar kurdukları sözleşmeden veya Antlaşma'dan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğinde sözleşmeye aykırılık gerçekleşmektedir. Bu ihlalin ortaya çıkması ile birlikte uygulanacak olan hukuki yaptırımın belirlenmesi için de somut olay bakımından esaslı ihlal incelemesi yapılmaktadır. Zira ihlalin niteliğine göre uygulanan yaptırımlar değişiklik göstermekte ve en önemlisi de esaslı ihlal sözleşmeden dönme imkanı vermektedir.

Antlaşma uyarınca bir ihlalin esaslı olabilmesi için açık hükümle aranan tüm kıstasların eksiksiz biçimde sağlanıyor olması gerekmektedir. Buna göre öncelikle taraflardan biri sözleşmeyi ihlal etmelidir ve bu ihlal diğer tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu bir menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakmalıdır. Bunun yanı sıra söz konusu menfaatin elde edilememesi olumsuz bir sonuç meydana getirmelidir. Olumsuzluk ise sözleşmeden doğan bir menfaatin elde edilmesinin ihlal sebebiyle büyük ölçüde gerçekleşmemesidir. Hükümün somut olayda varlık bulmasını istediği son kıstas ise bu olumsuzluğu sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmemiş ve aynı konum ve koşullarda ki makul bir kişinin de öngöremeyecek olmasıdır.

KAYNAKÇA

- ATAMER, Yeşim M., ‘İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 217-260.
- ATAMER, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- AYDINLI, İbrahim, ‘İşverenin Koruma Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemelerin Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Değerlendirilmesi’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, ss. 51-65.
- BABIAK, Andrew, ‘Defining Fundamental Breach Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’, Temple International and Comparative Law Journal, Cilt: VI, Sayı: 1, Yıl: 1992, ss. 113-143.
- DAYIOĞLU, Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- ERDEM, Ercüment, ‘Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 3, Yıl: 1992, ss. 35-105.
- ERDEM, Ercüment, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ERKAN, Kutluhan, CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- FOUNTOULAKIS, Christiana, “Satıcı ve Alıcı Ortak Yükümlülükleri”, Ingeborg Schwenzer (Ed.), Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.) Gizem Alper (Çev.), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 1124-1177.
- FRANCO, Ferrari, ‘Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention - 25 Years of Article 25 CISG’, Journal of Law and Commerce, Cilt: XXV, Sayı: 2, Yıl: 2006, ss. 489-508.
- GÜLEL, İlhan, ‘Viyana Satım Sözleşmesinin (CISG) İfa Engelleri Sistemi ve Bu Sistemde Alıcının Sahip Olduğu Haklar’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 38, Yıl: 2019, ss. 131-162.
- KOCH, Robert, ‘The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)’, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, ss. 177-354.

- KOCH, Robert, The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Institute of Comparative Law Faculty of Law McGill University, Montréal Québec, 1998, <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/g732dc09c>, (erişim tarihi: 5.10.2023).
- OKUR, Sinan (Ed.), Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2016.
- SARIKAYA, Murat, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi), 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin, “Bölüm II Genel Hükümler”, Ingeborg Schwenzer (Ed.), Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.) N. Nilay Dayanç (Çev.), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 285-338.
- SCHROETER, Ulrich G., “Bölüm I Genel Hükümler”, Ingeborg Schwenzer (Ed.), Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.) Tuğçe Oral (Çev.), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 549-607.
- SCHROETER, Ulrich G., “Sözleşmenin Kurulması”, Ingeborg Schwenzer (Ed.), Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.) S. Derya Yakupoğlu (Çev.), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 362-443.
- SCHWENZER, Ingeborg (Ed.) / ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar (Ed.), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- SCHWENZER, Ingeborg / HACHEM, Pascal, “Uygulama Alanı ve Genel Hükümler”, Ingeborg Schwenzer (Ed.), Pınar Çağlayan Aksoy (Ed.) Yasemin Kabaklıoğlu (Çev.), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 240-258.
- SELANİK, Atakan Adem / BAYRAM, Orkun / TALAY DEĞİRMENCİ, Işıl, ‘Viyana Satım Antlaşması’nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı’, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 4, Yıl: 2018, ss. 1353-1367.
- SÜRAL, Ceyda, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, 1. Baskı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008.
- TOKER, Ali Gümrah, ‘Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali’, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 33, Sayı: 1, Yıl: 2016, ss. 213-250.
- TOKER, Ali Gümrah, “CISG’te Sözleşmenin Esaslı İhlali (CISG m. 25): Esaslı İhlalin TBK’da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri ile Karşılaştırılması”, Sinan Okur (Ed.), Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG), Adalet Yayınları, Ankara, 2016, ss. 127-173.

- TOSUN, Tarık Gökhan, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında İfa Engelleri’, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 104, Yıl: 2018, ss. 31-39.
- ULUSU, Ayşe Elif, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, Yearbook Cilt VII: 1976, New York, 1977.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, Yearbook Cilt VIII: 1977, New York, 1978.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, Yearbook Cilt VII: 1978, New York, 1981.
- YELKENCİ, Işıl, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- YILMAZ, Süleyman, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ZEYTİN, Zafer, ‘Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Sözleşmenin Esaslı İhlali’, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 100, Yıl: 2014, ss. 642-654.
- ZEYTİN, Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG - INCOTERMS*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

İnternet Kaynakları

cisg-online.org
 uncitral.un.org
 www.tuik.gov.tr
 www.unidroit.org

Limited Ortaklıkta Nama Yazılı Pay Senetlerinin Devri^(*)

Transfer of Registered Shares in Limited Partnership

Recep ORHAN^()**

Öz:

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile limited şirketlerde köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu önemli değişikliklerin bir bölümü de esas sermaye pay devri konusunda gerçekleşmiştir. Özellikle esas sermaye payının devri ve tedavülü kolaylaştırılarak limited şirketin sermaye şirketi niteliği güçlendirilerek şahıs şirketi özelliği zayıflatılmıştır. Esas sermaye payı ortaklık hakkı sunması nedeniyle önem taşımaktadır. Esas sermaye payının geçiş yöntemlerinden biri de devirdir. Esas sermaye payının devri hususunda TTK ile yapılan değişikliklerle pay devri daha da kolaylaştırılmış ve limited şirketler sermaye şirketlerine yakınlaştırılmıştır.

Esas sermaye payının ispat aracı şeklinde veya nama yazılı pay senedi olarak düzenlenebileceği TTK sistematüğinde hüküm altına alınmıştır. Nama yazılı esas sermaye pay senedinin niteliği ile devir ve tedavülü hususları ticari hayattaki kullanıma sıklıkları nedeniyle oldukça önem arz etmektedir. Nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığı ve bu bağlamda devrine ilişkin olarak bazı konularda öğretide tartışmalı konular bulunmaktadır. Bu nedenlerle çalışmamızda limited şirkette nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin devri konusu, öğretide görüş farklılığı olan hususlar ve bu konulardaki Yargıtay görüşleri ele alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Limited Şirket, Esas Sermaye Payı, Nama Yazılı Senet, Payın Devri ve Şartları.

Abstract:

With the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC), fundamental changes have been made in limited liability companies. Some of these important amendments have been realised with respect to the transfer of shares of the share capital. In particular, by facilitating the transfer and circulation of the main capital share, the capital company characteristic of the limited liability company has been strengthened and the private company characteristic has been weakened. The share of the share capital is important

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 04.03.2023 - Makalenin kabul tarihi: 09.05.2023.

Bu makale, yazarın Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı bünyesinde yazmakta olduğu tez çalışmasından üretilmiştir.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Kocaeli-Türkiye;

E-posta: orhan.recep@kocaeli.edu.tr,

Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0003-6349-1310>.

as it provides shareholding rights. One of the methods of transfer of the capital share is transfer. With the amendments made to the TCC, the transfer of shares has been further facilitated and limited liability companies have been brought closer to capital companies.

The systematics of the TCC stipulates that the share of the share capital may be issued as a proof instrument or as registered share certificates. The nature, transfer and circulation of registered share certificates are of great importance due to their frequency of use in commercial life. There are controversial issues in the doctrine on the question of the nature of negotiable instruments and the conditions regarding the transfer of registered capital share certificates. For these reasons, in our study, the issue of transfer of registered capital share certificates in limited liability companies is analysed by discussing the issues that have differences of opinion in the doctrine and the opinions of the Court of Cassation on these issues.

Keywords:

Limited Liability Company, Basic Capital Share, Registered Deed, Transfer and Terms of the Share.

GİRİŞ

Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından yasal olarak yasak olmayan her türlü iktisadi amaçla kurulabilen, ortaklık borçlarından dolayı ortakların ilke olarak yalnızca koymayı vaad ettikleri esas sermaye payı ile sınırlı ve sadece şirkete karşı sorumluluklarının bulunduğu, esas sermayesi belirli ve bu esas sermaye paylarının toplamından oluşan şirket türüdür. 6102 sayılı TTK ile getirilen yeniliklerle limited şirketin sermaye şirketi özellikleri güçlendirilmekle birlikte, TTK m. 124 hükmünde açıkça sermaye şirketi olduğu da kabul edilmiştir. Özellikle de esas sermaye payının devrinde örneğin genel kurul onayı için özel bir karar nisabı aranmaması, payın devrinin kolaylaştırılması, bir ortak bir pay ilkesinin terkedilmesi hususları göz önüne alındığında limited şirketin anonim şirketlere yakınlığı söylenebilecektir.

Limited şirketlerde esas sermaye payının geçiş yöntemlerinden biri de pay devridir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda (eTK) olduğu gibi 6102 sayılı TTK'da da esas sermaye payının devri için yazılı devir sözleşmesi ve taraf imzalarının noter tarafından onaylanması gerekir. Yine esas sözleşmede aksi yönde bir düzenleme bulunmadıkça genel kurulun devre onay vermesiyle birlikte pay devir işlemi tamamlanmış olacaktır. Payın devredilmesiyle beraber devreden ortaklıktan çıkacak, devralan ise mülkiyetine geçirdiği esas sermaye payının sağladığı haklara kavuşacak ve yükümlülüklerine de katlanacaktır.

Limited şirket esas sermaye payının ispat aracı şeklinde veya nama yazılı senet olarak çıkarılması da mümkündür. Çalışmamızın da konusunu oluşturan nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin devrinde çıplak esas sermaye payların devrinin düzenlendiği TTK m. 595 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin devri konusunun daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle nama yazılı pay senedinin hukuki niteliği ve bu bağlamda kıymetli evrak niteliğine sahip olup olmadığı incelenmiş, bu hususta öğretideki görüş farklılıklarına yer verilmiştir. Çünkü 6762 sayılı eTK düzenlemesinde limited şirkette nama yazılı esas sermaye payının çıkarılması mümkün olsa da bu senetlerin kıymetli evrak niteliğinde değil, ancak ispat aracı olarak çıkarıldığı belirtilmişti. Oysa 6102 sayılı TTK’da nama yazılı pay senedinin niteliği hususunda bir düzenleme yapılmadığından bu husus tartışmalara neden olmuştur.

Limited şirketlerde nama yazılı düzenlenen esas sermaye pay senedinin ticari hayattaki önemine binaen bu pay senetlerinin niteliğine ilişkin tartışmalar, nama yazılı pay senedinin devrinin şartları ve devir esnasında ortaya çıkabilecek sorunlar, devre ilişkin tartışmalı konularda öğretideki görüşler ve çözüm önerileri, yine devir sonrası özellikle pay defterine kayıt ve ticaret siciline tescil hususundaki görüşler 6762 sayılı eTK ve 6102 sayılı TTK ile karşılaştırmalı olarak ve Yargıtay kararları ile desteklenerek ele alınmış, limited şirketlerde nama yazılı pay senetlerinin devrinin daha güvenli ve anlaşılır şekillerde gerçekleştirilmesine katkı sağlamak ve literatüre faydalı olmak amaçlarıyla konu işlenmeye çalışılmıştır.

I. LIMITED ORTAKLIK ESAS SERMAYE PAYI VE PAYIN SENEDE BAĞLANMASI

A. Genel Olarak Esas Sermaye Payı

Esas sermaye payı, limited şirkette ortaklık sıfatı bahşeden ve bu nedenle hak ve yükümlülükleri bünyesinde barındıran bir bütündür¹. Diğer bir ifadeyle esas sermaye payı, şirket esas sermayesinin bir parçası olup, her ortağın mutlaka taahhüt etmesi gereken, ortak ile şirket arasındaki tüm hak ve borçların karşılığıdır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda (eTK) esas sermaye payı kavramı için “sermaye payı, şirket payı, katılma payı” gibi terimler kullanılmakta ve terim konusunda uygulama birliği bulunmamaktaydı². 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile birlikte esas sermaye payı terimi kullanılarak bu farklılığa son verilmiştir.

TTK 580/1 maddesine göre limited ortaklığın esas sermaye tutarı en az on bin Türk Lirası olmakla beraber, bu esas sermaye miktarının şirket esas söz-

¹ Halil Arslanlı / Hayri Domanıç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt: 3, 1989 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 214; Ertan Demirkapı, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, s. 18; Turgut Öz, ‘Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 52, Sayı: 2011/1-4, Yıl: 2011, s. 345-386, s. 348.

² Demirkapı, s. 15.

leşmesinde belirtilmesi de mecburidir. TTK 580/2 maddesi gereğince madde- de belirtilen en az tutar Cumhurbaşkanınca on katına kadar artırılabilir³.

Limited ortaklıkta her bir ortak farklı sayıda esas sermaye payına sahip olabilir. Esas sermaye paylarının itibari değerleri de birbirinde farklı olabilir- mektedir. Ancak TTK 583/1 maddesi gereğince limited ortaklıkta esas serma- ye paylarının itibari değerleri 25 Türk Lirası ve katları şeklinde olmalıdır. Bu madde hükmüne uyulmadan çıkarılan esas sermaye payları geçerli olmayacak ve bu nedenden kaynaklanan zararlardan ilgililerin sorumlulukları gündeme gelecektir⁴.

TTK 583/3 maddesindeki “*Bir ortak birden fazla esas sermaye payına sahip olabilir*” hükmü ile eTK’da yer alan ortak sayısı ile pay sayısının eşit olacağına ilişkin payın bütünlüğü ve bölünmezliği ilkesinin uygulanmasına son verilerek esas sermaye payının devri kolaylaştırılmış ve bu şekilde limi- ted şirketlerin sermaye şirketi özellikleri güç kazanmıştır⁵.

B. Limited Ortaklık Esas Sermaye Payının Senede Bağlanması

TTK 593/2 maddesinde esas sermaye pay senetlerinin ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenleneceği belirtilmiştir. Her ne kadar maddede “düzenlenir” ibaresi kullanılarak sanki esas sermaye pay senetlerinin ispat aracı şeklinde ya da nama yazılı olarak düzenlenmesinin bir gereklilik oldu- ğu şeklinde anlam çıkmakta ise de, maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere esas sermaye payının senede bağlanması gibi bir zorunluluk bulunma- yıp, hiçbir senede bağlanmadan çıplak pay olarak çıkarılabileceği, ispat aracı şeklinde ya da nama yazılı olarak senede bağlanabilmesi de seçenekler ara- sındadır⁶.

TTK 593/2 maddesinin aksine eTK 518/3 maddesinde esas sermaye payı- nın kıymetli evrak vasfında olmamak şartıyla senede bağlanabileceğini, yani nama yazılı olarak düzenlenemeyeceğini ancak ispat aracı şeklinde düzenle- nebileceğini hüküm altına almıştı⁷. Ayrıca eTK zamanında ispat aracı şekline düzenlenen pay senetlerinin devredilemeyeceği de düzenlenmişti⁸. Esas ser- maye payının kıymetli evrak niteliğinde senede bağlanmasının kesin olarak

³ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 352.

⁴ Oruç Hami Şener, Limited Ortaklıklar Hukuku, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 264.

⁵ Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Basım, On İki Levha Yayın- cılık, İstanbul, 2016, s. 487.

⁶ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Tek Kişi Ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Or- taklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 548.

⁷ Bahtiyar, s. 354.

⁸ Demirkapı, s. 34-35.

engellenmesinin amacı ise payın kolayca dolaşımının önüne geçilmesi idi ve bu nedenle senede bağlı esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinde olması halinde payın geçersiz olduğu kabul edilmekteydi⁹. TTK ile birlikte limited şirket esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanması da önü açılmıştır.

Esas sermaye payının ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak çıkarılabilmesi için bu hususta ortaklık esas sözleşmesinde düzenleme bulunmasına gerek bulunmamaktadır¹⁰. Her ne kadar kanunda bu hususta bir düzenleme bulunmasa da doktrinde esas sermaye paylarının senede bağlanması hususunda karar alma yetkisinin genel kurulda olduğu, bu kararın ortaklık müdürlerince uygulanarak senede bağlı pay çıkarılabileceği, şirket ortaklarının ise kendi esas sermaye paylarının senede bağlanması yönünde bir talepte bulunmalarının söz konusu olmadığı kabul edilmektedir¹¹.

Esas sermaye payları gerek ispat aracı şeklinde gerekse nama yazılı senet olarak çıkarılsın, TTK 593/2 maddesindeki düzenleme gereği, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri, ağırlaştırılmış veya bütün ortakları kapsayacak biçimde düzenlenmiş rekabet yasağı ve şirket sözleşmesinde öngörülmuş önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarına, bu pay senetlerinde ve pay devir sözleşmesinde açık olarak yer verilmesi gerekir. Bu hususların düzenlenecek pay senedinde ve pay devir sözleşmesinde belirtilme zorunluluğu açıklık ilkesinin bir gereğidir¹². Ancak bu kayıtların senette ve devir sözleşmesinde yer almamasının senedi ve devir sözleşmesini geçersiz hale getirip getirmeyeceği hususu tartışmalıdır¹³.

II. ESAS SERMAYE PAYININ NAMA YAZILI OLARAK DÜZENLENMESİ

TTK 593/2 maddesi gereği esas sermaye payları ispat aracı şeklinde düzenlenebileceği gibi nama yazılı olarak da çıkarılabilirler. Maddenin lafzından hareketle limited şirket esas sermaye paylarının emre veya hamiline yazılı

⁹ Arslanlı / Domaniç, s. 73; Barbaros Çağa, 'Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1974/3, Yıl: 1974, s. 581-602, s. 590.

¹⁰ Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 720.

¹¹ Ayşegül Sezgin Huysal, 'Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senedinin Hukukî Niteliği', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2016/1, Yıl: 2016, s. 317-346, s. 325; Şener, s. 269.

¹² Sezgin Huysal, s. 326. Aksi yöndeki görüş için bkz: Demirkapı, s. 23.

¹³ Bahse konu kayıtların çıkarılacak pay senedinde veya devir sözleşmesinde bulunmaması veya eksik olarak bulunması halinde pay senedinin veya devir sözleşmesinin geçersiz olacağı yönünde bakınız: Bilgili / Demirkapı, s. 720; Yıldız, s. 161; Bahse konu kayıtların bulunmamasının devir sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayaacağı yönünde bakınız: Hanife Doğrusöz Koşut, 'Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2016/1, Yıl: 2016, s. 365-387, s. 372.

olarak düzenlenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁴. Limited ortaklıklar bu noktada anonim şirketlerden ayrılmaktadır. Çünkü limited ortaklıkların şahıs şirketi niteliği ve özellikle de pay devrinin yazılı sözleşme, taraf imzalarının noterce onaylanması ve sonunda pay devrinin genel kurul onayına bağlı oluşu, esas sermaye paylarının emre ve hamiline yazılı senet olarak düzenlenmesinin önüne geçmektedir¹⁵. Bu nedenle nama yazılı olarak düzenlenen limited ortaklık esas sermaye payının anonim ortaklıktaki nama yazılı pay senedine benzediği söylenebilse de, devredilebilmesi için onay şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir¹⁶. Buradan hareketle limited ortaklık payının nama yazılı olarak düzenlenmesinin paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlamayacağı açıktır¹⁷. Oysa TTK 484/1 maddesinde anonim şirket esas sermaye paylarının nama veya hamiline olarak çıkarılabileceği açıkça düzenlenmiştir ve kıymetli evraka özgü devir yöntemleriyle serbest olarak devredilebilmektedir.

Esas sermaye payının nama yazılı olarak düzenlenmesi ispata ilişkin kolaylık sağlamaktadır. Gerçekten de nama yazılı senetlerdeki çift taraflı ibraz kaydı sayesinde sadece senedin sunulması, ortaklık sıfatının ispatı açısından yeterli olacaktır. Senedin ibraz edilmemesi halinde ise ortaklık sıfatından kaynaklanan kazanımların kullanılması mümkün olmayacaktır¹⁸. Senedin ibraz edilmesiyle birlikte ortaklık sıfatının sağlamış olduğu hakların kullanımı seri olarak gerçekleşecektir¹⁹.

A. Nama Yazılı Esas Sermaye Payının Hukuki Niteliği

Limited şirket esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanabilmesine imkân tanınmasının ardından nama yazılı esas sermaye payının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir kısım yazarlar, nama yazılı esas sermaye payının kıymetli evrak vasfında olduğunu savunurken²⁰, aksi görüşteki yazarlar nama yazılı esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinde olamayacağını savunmuşlardır²¹.

¹⁴ Şener, s. 271.

¹⁵ Sezgin Huysal, s. 318.

¹⁶ Bahtiyar, s. 354.

¹⁷ Bahtiyar, s. 380.

¹⁸ Demirkapı, s. 42-43.

¹⁹ Tekinalp, s. 481.

²⁰ Levent Biçer / Esra Hamamcıoğlu, 'Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payının Rehnî', Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2013/2, Yıl: 2013, s. 59-88, s. 76; Bahtiyar, s. 354, 379; Kendigelen, s. 498-499; Şener, s. 382; Tekinalp, s. 480.

²¹ Bilgili / Demirkapı, s. 720-721; Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 376-377; Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 34; Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 133.

Limited şirket esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinde olduğunu savunan yazarlardan Biçer/Hamamcıoğlu'na göre, TTK 593/2 maddesinin lafzi yorumuna bakıldığında yasa yapıcının amaç itibarıyla nama yazılı esas sermaye paylarını kıymetli evrak olarak düzenlediğinin kabulü gerekmekte ve bu nedenle de senedin zilyetliği geçirilmeden pay devri gerçekleşmemelidir²². Bahtiyar, anonim ortaklıktaki nama yazılı pay ile limited ortaklıktaki nama yazılı esas sermaye payının devir yönünden ayrı yöntemlere tabi olduğunu, limited ortaklıkta nama yazılı esas sermaye payının da kıymetli evrak vasfında olduğunu ifade etmektedir²³. Kendigelen ise, esas sermaye paylarının 6102 sayılı TTK ile beraber yalnızca ispat aracı şeklinde değil, kıymetli evrak niteliğinde nama yazılı olarak da çıkarılabileceğini ifade etmesine karşılık bunun bir faydası bulunmadığından eleştiri konusu yapmıştır²⁴. Huysal ise, kanun koyucunun limited şirket esas sermaye payının ispat aracı şeklinde ve nama yazılı olarak çıkarılabileceğini ayrı ayrı düzenlediğini, buradan hareketle nama yazılı düzenlenen esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinde olduğunu, aksinin düşünülmesi halinde nama yazılı esas sermaye payı ile ispat aracı şeklindeki esas sermaye payının bir farkının kalmadığını ve bu durumda da kanunda her ikisinin de ayrı ayrı düzenlenmesinin bir anlamı kalmayacağını belirtmiştir²⁵.

Moroğlu ise, TTK 593/2 maddesinin belirli olmadığını, nama yazılı olarak düzenlenen esas sermaye paylarının kıymetli evrak vasfında kabul edilmesi halinde ispat aracı şeklindeki esas sermaye payına gerek bulunmayacağını, nama yazılı esas sermaye paylarının kıymetli evrak vasfında kabul edilmemesi halinde ortaya iki tane ispat aracı niteliğinde esas sermaye payı düzenlemesi çıkacağını ve bunun da gereksiz olduğunu, sonuç olarak nama yazılı çıkarılan esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinin bulunmadığının kabulünün daha doğru olacağını belirtmiştir²⁶.

Limited şirket esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinde olmadığını savunan yazarlara göre, nama yazılı olarak düzenlenen esas sermaye paylarının devrinde yazılı bir sözleşme şartı ile taraf imzalarının noterce onaylanması şartının bulunması hususları kıymetli evrakın niteliği ile bağdaşmadığından nama yazılı olarak çıkarılan esas sermaye paylarının kıymetli evrak niteliğinde olmadığının kabulü gerekir²⁷. Bu görüşü savunan yazarlar, limited

²² Biçer / Hamamcıoğlu, s. 76.

²³ Bahtiyar, s. 379.

²⁴ Kendigelen, s. 498 vd.

²⁵ Sezgin Huysal, s. 322.

²⁶ Moroğlu, s. 376-377.

²⁷ Yıldız, s. 133.

ortaklıkta, anonim ortaklıktakine benzer şekilde kıymetli evrak niteliğinde bir esas sermaye pay senedi çıkarılmasının imkânsız olduğunu ve limited ortaklıkta yalnızca ortaklığı ispata yarayan esas sermaye pay senedi çıkarılması mümkün olduğunu belirtmektedir²⁸.

Limited şirket esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanması halinde kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığı hususunun tartışıldığı Yargıtay kararları da mevcuttur. Yargıtay bir kararında, nama yazılı olarak çıkarılan esas sermaye pay senetlerinin payın tedavülünde kolaylık sağlamayacağını, esas sermaye payının devrinde her halükârda TTK 595. maddesinin uygulanacağını, limited ortaklıklarda çıkarılan pay senetlerinin yalnızca ispat aracı vasfında olduğunu belirtmiş ve pay senetlerinin teslimiyle ortaklık hakkının devir ve temlik edilmiş olmayacağına, ortaklık hakkına haciz ve rehin uygulanamayacağına ve pay senedinin kazanımının TTK 595. maddesine rağmen sermaye payının devrini sağlamayacağına karar vermiştir²⁹.

Kıymetli evrak, TTK 645. maddesinde düzenlenmiştir. Söz okunu bu maddede kıymetli evrakın içerdiği hakkın, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği ve başkasına da devredilemeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kıymetli evrakı, bir senet ile varlığı bu senede bağlı ve devredilebilir bir hak oluşturmaktadır³⁰. Bu nedenle bir senedin kıymetli evrak niteliğinde kabul edilebilmesi için öncelikle maddede belirtilen bu hususların karşılanıp karşılanmadığının tespiti gerekir. Senedin üzerinde kıymetli evrak olduğu belirtilmemiş ise, bu durumda senedin içeriğine bakılıp kıymetli evrak olup olmadığının tespiti gerekir. Senet içeriğinde çift taraflı ibraz kaydının bulunması halinde kıymetli evrak vasfında olduğunun kabulü gerekecektir³¹.

Nama yazılı senet ise, TTK 654. maddesinde, “*Belli bir kişinin adına yazılı olup da onun emrine kaydını içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak nama yazılı senet sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkılarak nama yazılı senedin zorunlu unsurlarını, belli bir kişi adına yazılmış olması, emre kaydını içermemesi ve yasal olarak da emre yazılı senetlerden olmaması oluşturmaktadır³². TTK 490/2 maddesinde hukuki işlemle devrin, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle olacağı düzenlenmiştir. Ancak nama yazılı olan li-

²⁸ Bilgili/Demirkapı, s. 720-721.

²⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 29.11.2016 Tarih 2016/30527 Esas, 2016/23256 Karar sayılı ilamı, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 24.02.2023).

³⁰ Reha Poroy /Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 27.

³¹ Sezgin Huysal, s. 320.

³² Poroy / Tekinalp, s. 78.

imited şirket esas sermaye paylarının devrinde ise kanuni bağlam geçerlidir ve TTK 595. maddesi uygulama alanı bulacaktır³³.

Limited ortaklıkta nama yazılı çıkarılan esas sermaye payının devrinde anonim ortaklıktan ayrı olarak kıymetli evraka özgü devir şartları haricinde yazılı sözleşme, taraf imzalarının noter tarafından onaylanması ve ortaklık onayı şartları vardır. Fakat limited ortaklıkta nama yazılı çıkarılan esas sermaye payının devri için noter onayının şart olması, bu senetlerin kıymetli evrak vasfıyla çelişen bir husustur.

Doktrinde limited ortaklıkta nama yazılı çıkarılan esas sermaye paylarının kıymetli evrak vasfında olmadığını savunan görüşler bulunsada, 6762 sayılı eTK’da esas sermaye payının kıymetli evrak niteliğinde olmadığına açık olarak yer verilmesine rağmen 6102 sayılı TTK’da bu yönde bir düzenleme bulunmaması, ayrıca TTK 593/2 maddesinde yer alan “*Esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir.*” hükmünün lafzına bakıldığında “veya” bağlacının kullanılmış olması nedeniyle nama yazılı çıkarılan esas sermaye paylarının kıymetli evrak vasfında olduğu kabul edilmelidir. Tam tersi kabul edilmiş olsa idi hükümde sadece ispat aracı şeklindeki esas sermaye payı düzenlenip nama yazılı esas sermaye payına hiç değinilmeyebilir, cümle “veya” bağlacıyla değil “ve” bağlacı ile düzenlenebilirdi³⁴. Zaten TTK 593. maddesinin gerekçesinde de “... *nama yazılı pay senetleri basit kıymetli evrak kaydını içerdiği için...*” şeklinde belirtilmekle nama yazılı olarak düzenlenen limited ortaklık esas sermaye payının açık olarak kıymetli evrak vasfında olduğu ifade edilmiştir³⁵.

III. NAMA YAZILI ESAS SERMAYE PAYININ DEVRİ

Limited şirket esas sermaye payının devrine ilişkin yasal düzenleme TTK 595. maddesinde düzenleme alanı bulmuşken, ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak çıkarılan esas sermaye paylarının devrine yönelik yasada herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TTK 595. maddesinin gerekçesinde, nama yazılı olarak düzenlenen esas sermaye pay senetlerinin devrinde TTK 595. maddesinin de uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir³⁶.

eTK 520/5 hükmünde olduğu gibi, TTK 595. maddesinde “devir ve devir borcu doğuran işlemler” denilmek suretiyle pay devir işleminde taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Öğretide de esas sermaye pay devir

³³ Şener, s. 270.

³⁴ Biçer / Hamamcıoğlu, s. 76.

³⁵ TTK Gerekçe madde 593.

³⁶ Bu derecede önemli bir konunun gerekçede değil, TTK 595. maddenin içeriğinde düzenlenmesi gerektiği hususunda bakınız: Demirkapı, s. 41.

işlemlerinde taahhüt ve tasarruf işlemlerinin birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir³⁷. Tasarruf işleminin yapılmasıyla taahhüt işlemi de icra edilmiş olacaktır³⁸. Pay devrinin taahhüdü işlemindeki şekle aykırılık nedeniyle oluşacak bozukluk, tasarruf işleminin usule uygun yerine getirilmesi suretiyle giderilmiş olacaktır³⁹.

TTK 595. maddesinde limited şirket esas sermaye payının devri için öngörülen şartlar arasında yazılı bir devir sözleşmesi, sözleşmedeki taraf imzalarının noter tarafından onaylanmış olması ve esas sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça genel kurulun onayı aranmaktadır. TTK 647/1 maddesinde ise nama yazılı kıymetli evrakın devri için ise yazılı bir devir beyanı ile senedin zilyetliğinin devri yeterlidir. Nama yazılı olarak düzenlenen esas sermaye payı kıymetli evrak olarak kabul edilse de, devir için imzaların noter tarafından onaylanması ve genel kurul onayı şartlarının bulunması hususları nama yazılı kıymetli evrakın devir şartları ile çelişmektedir⁴⁰. Demirkapı, yazılı devir sözleşmesi ve imzaları noter tarafından onaylanmış nama yazılı esas sermaye payı için devir koşullarının oluştuğunu, zira buradaki yazılı devir sözleşmesinin, nama yazılı kıymetli evrakın devri için gerekli olan yazılı devir beyanının yerine geçtiğini belirtmektedir⁴¹.

TTK 595. maddesinde belirtilmemiş olsa da, nama yazılı olarak düzenlenen esas sermaye payının devri için pay senedinin zilyetliğinin de devredilmiş olması zorunludur⁴².

Limited şirket esas sermaye payının nama yazılı olarak çıkarılmasının paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlayacağını söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü madde gerekçesinde de belirtildiği üzere esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanmış olması durumunda dahi devre ilişkin TTK 595. maddesindeki bağlam kuralları uygulanacaktır. Bu nedenle nama yazılı olarak düzenlenen limited şirket esas sermaye payının anonim ortaklıktaki paya yakınlaştığından söz edilemeyecektir⁴³.

³⁷ Arslanlı / Domanıç, s. 241; Demirkapı, s. 67-68; Ünal Tekinalp, 'Limited Ortaklık Payının Devrinde Tescil Davası' Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIX, 2003, s. 3-9, s. 3.

³⁸ Şener, s. 280-281.

³⁹ Tekinalp, Tescil Davası, s. 3.

⁴⁰ Esra Hamamcıoğlu, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 191-192.

⁴¹ Demirkapı, s. 41.

⁴² Biçer / Hamamcıoğlu, s. 77; Murat Türe, 'Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 2022/51, Yıl: 2022, s. 143-172, s. 147, dipnot. 17.

⁴³ Yıldız, s. 80.

Nama yazılı esas sermaye payının devrinde özellikle hangi ortaklıkta hangi ortağa ait hangi nama yazılı payın devredildiğinin ve devir iradesinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde belirli olması zorunludur⁴⁴. Bu bakımdan devir sözleşmesinden devreden açısından devretme iradesinin, devralanın açısından da devralma iradesinin açıkça anlaşılması gerekir⁴⁵.

A. Nama Yazılı Esas Sermaye Payının Devrine İlişkin Koşullar

1. Esas Sözleşmede Devir Yasağının Bulunmaması

TTK 595/4 maddesinde ortaklık esas sözleşmesi ile esas sermaye payının devrinin yasaklanabileceği düzenleme altına alınmıştır. 6762 sayılı eTK 520/4 maddesinde ise şirkete ayın sermaye taahhüdünde bulunan ortağın payını devredebilmesinin üç yıl boyunca yasak olduğuna yönelik düzenlemeye 6102 sayılı TTK'da yer verilmemiştir. Ancak 6102 sayılı TTK m. 595/4 hükmü gereği şirket esas sözleşmesinde nama yazılı olarak düzenlenen esas sermaye paylarının devredilemeyeceğine yönelik hüküm konulması halinde artık nama yazılı esas sermaye paylarının devredilebilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁶.

Şirket esas sözleşmesinde nama yazılı esas sermaye paylarının devredilemeyeceğine dair hüküm bulunsa da, payını devretmek isteyen ortak sırf bu nedenle haklı sebeple ortaklıktan çıkma hakkını kullanabilecektir⁴⁷. Şirket esas sözleşmesi ile pay devrinin yasaklanmış olması veya ortaklık genel kurulunca devre onay verilmemesi durumları tek başına, devreden ortağın çıkması için haklı sebep teşkil etmez. Her somut olaya göre mahkemece haklı sebep teşkil edip etmediği hususlarının değerlendirilmesi gerekir⁴⁸.

TTK 621/1-c maddesinde esas sermaye pay devrinin sınırlandırılması, yasaklanması ya da kolaylaştırılması önemli kararlardan sayılmıştır. TTK 621/1 maddesinde bahsedilen genel kurul kararları, temsil edilen oyların en az üçte ikisi ve oy hakkı olan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun varlığı durumunda alınabilecektir. Dolayısıyla ortaklığın kurulmasından sonra pay devrinin sınırlandırılması, yasaklanması ve kolaylaştırılması durumları TTK 621/1-c maddesine göre limited ortaklık yönünden önemli karar niteliğinde bulunduğundan, bu kararlarda genel kurulda temsil edilen oyların en az üçte ikisi ve oy hakkı olan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu ile karar alınması gerekecektir.

⁴⁴ Arslanlı / Domanıç, s. 242.

⁴⁵ Demirkapı, s. 217.

⁴⁶ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: I-II-III, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 2770.

⁴⁷ Şener, s. 320.

⁴⁸ Bahtiyar, s. 381; Kendigelen, s. 502.

2. Yazılı Devir Sözleşmesinin Bulunması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) sözleşmelerin şekli başlığı altındaki 12. maddesinde “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” düzenlemesi ile sözleşme serbestisi ilkesine kanunda yer verilmiştir. Maddenin devamında ise kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin geçerlilik şekli olduğu ve bu şekil şartlarına uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin geçersizlik yaptırımına tabi olduğu düzenlenmiştir. TTK 595/1 maddesinde ise esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılacağı ve taraf imzalarının da noter tarafından onanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla nama yazılı esas sermaye paylarının devri için öncelikle yazılı bir devir sözleşmesi yapılması gerekmektedir⁴⁹. Bu yazılı devir sözleşmesi ise TBK 12. maddesindeki sözleşmelerde şekil serbestisi kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Burada bahsedilen şekil geçerlilik şeklidir⁵⁰.

Nama yazılı esas sermaye payının devrinin temelini oluşturan devir vaadi sözleşmesi de devir sözleşmesi ile aynı şekil şartına tabidir. Bu nedenle nama yazılı esas sermaye payının devir vaadi ve devir sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmaması halinde gerek sözleşme tarafları arasında gerekse ortaklığa karşı hüküm ifade etmeyecektir⁵¹.

Nama yazılı esas sermaye payının devrinde yazılı olarak düzenlenecek sözleşmede objektif ve subjektif esaslı unsurların tereddütsüz, açık ve anlaşılır şekilde belirtilmesi gereklidir⁵². Nama yazılı pay devir vaadi sözleşmesi ile devir sözleşmesi aynı metin içerisinde olabileceği gibi, farklı zamanlarda iki ayrı metin olarak düzenlenmeleri de mümkündür⁵³.

Nama yazılı pay devir sözleşmesinin sadece yazılı bir metin olarak hazırlanması tek başına yeterli olmayacak, devreden ve devralan tarafından da imzalanmasıyla beraber sözleşme tamamlanmış olacaktır⁵⁴. Devir sözleşmesinin unsurlarını devre konu pay ve bunun karşılığı olan ivaz oluşturur. Ancak devir sözleşmesi ivazsız olarak da yapılabilecektir. Bu takdirde TBK’nın bağışlamaya ilişkin hükümleri uygulanacak, devir sözleşmesi ivazsız yapılsa dahi her iki tarafın sözleşmede imzalarının bulunması gerekecektir⁵⁵. Çünkü devralan bu işlemle ortaklık sıfatı kazanacağından haklar kazanacağı gibi yükümlülükleri de olacaktır.

⁴⁹ Bahtiyar, s. 379, Kendigelen, s. 500 ve devamı.

⁵⁰ Arslanlı / Domaniç, s. 267; Tekinalp, s. 483; Türe, s. 149.

⁵¹ Çağa, s. 595.

⁵² Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt: 1, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 279, dipnot. 10.

⁵³ Çağa, s. 594.

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 280 ve devamı.

⁵⁵ Arslanlı / Domaniç, s. 262; Demirkapı, s. 116 ve devamı.

3. İmzaların Noter Tarafından Onaylanması

Nama yazılı esas sermaye payının devrinde sadece yazılı devir sözleşmesi şekil açısından yeterli görülmemiş, TTK 595/1 maddesinde devir sözleşmesindeki taraf imzalarının noter tarafından onaylanması da aranmıştır. Ancak bu onayın, şirket merkezinin bulunduğu yer veya taraflardan birinin bulunduğu yer gibi belirli bir noter tarafından yapılmasında bir zorunluluk bulunmayıp, herhangi bir noter tarafından onaylama işlemi yapılabilecektir⁵⁶. Noterlikçe onaylanacak sözleşmede devreden ve devralanın kimliği, ad soyadı, adresi, vergi kimlik numarası gibi unsurların yer alması açıklık ve hukuki belirlilik ilkeleri gereği mecburidir⁵⁷.

Nama yazılı düzenlenen pay devir sözleşmesinde imzaların noter tarafından onaylanma şartı nama yazılı kıymetli evrakın devir şartları ile çelişkili olsa da, nama yazılı kıymetli evrakın devrinde TTK 647/3 maddesindeki “*Kanun veya sözleşme ile başkalarının, bu arada, özellikle borçlunun da devre katılmaları zorunluluğu öngörülebilir.*” düzenlemesi gereği, noterlerin kanun gereği devre katılması zorunlu olan üçüncü kişi olarak kabul edileceği ve bu sayede nama yazılı esas sermaye paylarının devrindeki noter onayının, bu senetlerin kıymetli evrak vasfıyla çalışmayaceği ifade edilmektedir⁵⁸.

Nama yazılı olarak düzenlenen esas sermaye pay senedinin üzerine yazılı devir beyanının yazılması halinde imzaların noter tarafından onaylanmasının senet üzerinde de yapılabilmesi noterlik uygulamalarının izin verdiği oranda mümkündür⁵⁹.

Kanunda devir sözleşmesinde taraf imzalarının noter huzurunda veya noter yokluğunda atılacağı hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide taraf imzalarının noter huzurunda atılması gerektiği veya imzalar huzurda atılmamışsa bile taraflarının noter huzurunda imzaların kendilerine ait olduğunu beyan etmeleri gerektiği aranmıştır⁶⁰. Noterin burada yapacağı denetim sözleşmenin içeriğine ilişkin olmayıp, yalnızca imzaların sözleşme taraflarına ait olup olmadığına yöneliktir⁶¹.

Nama yazılı esas sermaye payının devir sözleşmesindeki taraf imzalarının noter onayına bağlanmasının, hem tarafların güvenliği, hem de ispat açı-

⁵⁶ Ertan Demirkapı, ‘Noterlik Uygulaması Açısından Pay Devir Vaadi ve Pay Devri’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2008/2, Yıl: 2008, s. 143-178, s. 149.

⁵⁷ Demirkapı, Noterlik Uygulaması, s. 150.

⁵⁸ Sezgin Huysal, s. 328.

⁵⁹ Biçer / Hamamcıoğlu, s. 80.

⁶⁰ Sinem Camcı, ‘Limited Şirketlerde Pay Devri’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2020/163, Yıl: 2020, s. 516-535, s. 519; Demirkapı, Noterlik Uygulaması, s. 151.

⁶¹ Camcı, s. 519.

sından oldukça önemli ve yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir. Ancak taraf imzalarının noter tarafından onaylanması şeklindeki geçerlilik şartının getirilmesindeki asıl amaç, esas sermaye paylarının devrinin zorlaştırılmasıdır. Çünkü esas sermaye payının kolay bir şekilde piyasada alınıp satılması halinde şirkete istenmeyen kişiler, örneğin rakipler, ortak olabilecek ve spekülasyon işlemlerin önü açılarak işlem güvenliği zayıflamış olacaktır⁶².

B. Nama Yazılı Pay Devrinde Şekle Aykırılık

eTK 520/5 maddesindeki “*Payın devri ve devir vaadi hakkındaki mukavele yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterlikçe tasdik ettirilmiş olmadıkça ilgililer arasında dahi, hüküm ifade etmez*” düzenlemesiyle, yazılı devir sözleşmesi ve taraf imzalarının noterlikçe onaylanmasına ilişkin şartlar, tereddüde yer vermeyecek şekilde geçerlilik koşulu olarak getirilmişti⁶³. Ancak 6102 sayılı TTK ile devir sözleşmesindeki şekil şartlarına aykırılık halinde yaptırımın ne olacağı hususunda bir düzenleme yapılmamıştır.

Pay devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının geçerlilik koşulu olduğu ve bu şarta uyulmamasının yaptırımının geçersizlik olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak imzaların noter tarafından onaylanması şartının geçerlilik şartı olup olmadığı hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Birtakım yazarlar, TTK 595/1 maddesindeki devir sözleşmesinin yazılı olması ve imzaların noter tarafından onaylanmasına ilişkin koşulun hukuki güvenliğin korunması ve ispatın kolay olması için yapıldığını ifade ederek tarafların imzasının noterce onaylanmasını geçerlilik şartı olarak görmeyip, ispat yönünden mecburi olduğunu belirtmektedir⁶⁴. Bu nedenle bu görüşü savunanlar, pay devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılması durumunda ve genel kurul bu devir işlemini onaylamışsa, bu halde tarafların imzasının noterden onaylanmamışsa dahi pay devrinin geçerliliğini ileri sürmektedir⁶⁵.

⁶² Mustafa İsmail Kaya, ‘Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri ve Devir Borcu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu’ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2008/2, Yıl: 2008, s. 361-376, s. 367.

⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 14/03/2017 Tarihli 2015/13742 Esas 2017/1491 Karar sayılı kararı: “... TTK’nın 520/5 maddesi uyarınca limited şirket ortaklarının pay devirlerinin yazılı ve imzalarının noterce tasdik edilmesinin geçerlilik şartı olup, taraflar arasında protokol başlıklı belge adi yazılı olduğundan geçersiz olup, tarafları bağlamayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 14/03/2017 Tarihli 2015/13742 Esas 2017/1491 Karar sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 01.03.2023).

⁶⁴ Pulaşlı, s. 2755.

⁶⁵ Pulaşlı, s. 2755-2756. Yazar, şekle aykırılık durumunda 6762 sayılı eTK’daki tarafların kendi içinde dahi hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin hükme TTK madde 595’te yer verilmediğinden taraf imzalarının noterce onaylanmasının geçerlilik şartı olamayacağını, bu nedenle yazılı bir pay devir akdinde tarafların imzası no-

Fakat doktrindeki çoğunluğun katıldığı görüşe göre, pay devir akdinin geçerli olması için yazılı devir sözleşmesi tek başına yetersiz olup, aynı zamanda tarafların imzasının noter onaylı olması da geçerlilik koşuludur⁶⁶. Bu hususta Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda tarafların imzasının noterde onaylanmadan yapılan pay devir akdinin geçerlilik koşulu yerine getirilmeden yapılmış olduğunu, dolayısıyla bu devir sözleşmesinin başından itibaren hüküm doğurmayacağı ifade edilmiştir⁶⁷.

Yazılılık şartı ve imzaların noter tarafından onaylanmasına ilişkin geçerlilik koşulları yerine getirilmeden akdedilen devir sözleşmeleri ortaklık genel kurulunca onaylansa bile geçersizliğini koruyacaktır⁶⁸. Geçerlilik şekline aykırı olarak yapılan devir sözleşmesi, en başından beri hüküm ifade etmeyeceğinden burada sözleşmenin iptali de söz konusu olamayacaktır⁶⁹.

TTK 593. maddesinin gerekçesinde, nama yazılı esas sermaye payı çıkarılmasının, söz konusu paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlamayacağı, TTK 595. maddesindeki pay devrine ilişkin bağlam kurallarının aynen uygulanmaya devam edeceği belirtilmiştir. Ancak esas sermaye payının nama yazılı olarak çıkarılması ile birlikte kıymetli evraka bağlanmış olmasına payın devri

terden onaylanmasa bile pay devrini genel kurul onaylamış ise, bu halde devrin geçerli olacağını ifade etmektedir. Yazara göre, noterce yapılacak işlem, ancak imzalara itiraz edilmesi halinde önemli olup, devir işleminde bütünüleyici ve olmazsa olmaz bir işlem değildir.

⁶⁶ Şener, s. 288; Demirkapı, s. 219; Pay devir merasiminde tarafların imzasının noterden onaylanma şartının, ortaklık ana sözleşmesinde yer verilerek bile iptal edilemeyeceğine yönelik bakınız: Demirkapı, Noterlik Uygulaması, s. 154; Biçer / Hamamcıoğlu, "İsviçre Borçlar Kanunu madde 785/1'de, 1 Ocak 2008'de yürürlüğe giren değişikliklerle, esas sermaye paylarının devrine ilişkin işlemlerde tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması koşulunun kaldırıldığını, hukukumuzda kanun koyucunun amacının sadece yazılı şekli geçerlilik şartı olarak öngörmek olsaydı, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi TTK'da da, pay devri veya pay devri borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılmasını yeterli gören bir hükme yer verilmiş olacağını, bu yönde bir düzenleme de yapılmadığından pay devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin geçerli olmaları için yazılı şekilde yapılmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda tarafların imzalarının noterce onaylanmasının da şart olduğu" görüşündedir. Levent Biçer / Esra Hamamcıoğlu, 'Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar' İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2017/2-1, Yıl: 2017, İstanbul, s. 343-383, s. 360, dipnot. 65.

⁶⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01/02/2021 Tarihli, 2020/1478 Esas, 2021/620 Karar sayılı kararı: "... Ancak 6102 Sayılı TTK'nın 595/1. maddesiyle, hisse devir vaadi sözleşmelerinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi yazılı şekilde yapılması ve taraf imzalarının noterce onaylanması şartına bağlı tutulmuştur. TBK'nın 12/2 maddesinde Kanunun sözleşmeler için öngördüğü şeklin geçerlilik şekli olduğu belirtilerek, bu şekle uyulmadan akdedilen sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Taraflar arasındaki hisse devir vaadi sözleşmesinin yazılı şekilde yapıldığı ancak taraf imzalarının noterce onaylanmadığı anlaşıldığından Kanunun öngördüğü şekle riayet edilmeksizin akdedilen sözleşmenin geçersiz olduğunun kabulü zorunludur. Bu nedenle, mahkemece, geçersiz olan sözleşmede dönme hakkının saklı tutulduğundan bahisle hüküm tesisi yoluna gidilmesi doğru görülmemiştir..." Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01/02/2021 Tarihli, 2020/1478 Esas, 2021/620 Karar sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 03.03.2023).

⁶⁸ Arslanlı / Domaniç, s. 267.

⁶⁹ Çağa, s. 595.

açısından bir anlam yüklenmemiş olması doktrinde eleştiri konusu olmuştur⁷⁰. Taraf imzaları noterce onaylanmamış bir pay devir sözleşmesinin daha sonradan geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK 2. maddesi gereği dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Böyle bir durumda da devir işleminin geçerliliğinden bahsedilebilmesi için nama yazılı kıymetli evraka mahsus olan çift taraflı ibraz kaydı gereği senedin ortaklığa ibraz edilmesi gerekecektir⁷¹.

C. Devir İçin Şirket Genel Kuruluna Başvurulması

TTK 595/7 maddesinde “*başvurunun gerçekleştirilmesinden itibaren üç aylık süre içerisinde genel kurul ret kararı vermediği takdirde devre onay vermiş sayılır*” düzenlemesinden yola çıkılarak pay devrinin tamamlanmış sayılması için ortaklık genel kuruluna başvuru yapılması gerektiği örtülü şekilde ifade edilmiştir⁷². Maddede üç aylık sürenin başlangıcı için şirkete başvurunun yapıldığı tarih belirtilmiştir. Buna göre şirkete pay devir işleminin bildirilmesiyle birlikte üç aylık süre başlayacaktır⁷³.

Payın devredildiğine ilişkin şirkete bildirimin yapılması, sadece genel kurulun onayı reddi için üç aylık sürenin başlangıcı açısından değil, devir taraflarının konumlarının belirlenmesi, hukuki belirlilik ve güvenliğin sağlanması açısından da önem taşımaktadır⁷⁴.

Şirket esas sözleşmesinde pay devrine ilişkin genel kurul onay şartının gerekli olmadığı yönünde bir hüküm bulunması halinde ise pay devir işleminin ortaklığa bildirilmesine gerek kalmayacak, pay sahipliğinin tespiti amacıyla şirketçe senedin ibrazı istenebilecektir⁷⁵.

Payın devrinin şirkete bildirimi, devir açısından kurucu nitelikte olmayıp, pay devrinin gerçekleşerek devredenin ortaklığının sona erdiği, devralanın da paydaş olduğu yönündeki irade açıklamasından ibarettir⁷⁶.

Pay devrinin şirkete bildiriminin kim tarafından ve ne şekilde yapılması gerektiği hususunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, devreden veya devralanın her ikisi de bildirimi yapabilecek ve böylelikle genel kurulun devri red için üç aylık süresi başlayacak ancak üçüncü kişi tarafından yapılan bildirim ise şirket nezdinde herhangi bir anlam ifade etmeyecek üç aylık sürede

⁷⁰ Kendigelen, s. 501 ve devamı; Yıldız, s. 133 ve devamı.

⁷¹ Demirkapı, s. 42-43.

⁷² Bahtiyar, s. 381-382; Bilgili / Demirkapı, s. 751; Şener, s. 305; Yıldız, s. 139.

⁷³ Şener, s. 305.

⁷⁴ Demirkapı, s. 255.

⁷⁵ Doğrusöz Koşut, 376.

⁷⁶ Arslanlı / Domaniç, s. 238 ve devamı.

başlamamış olacaktır⁷⁷. Pay devir bildiriminin ispat kolaylığı açısından noter aracılığıyla yapılması mümkün ise de, devir sözleşmesinin bir örneğinin şirkete verilmesi de bildirimin yapılmış sayılması ve dolayısıyla üç aylık sürenin başlangıcı için yeterli olacaktır⁷⁸.

D. Genel Kurulun Onayı

TTK 595/2 maddesindeki düzenlemeden yola çıkılarak şirket sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça nama yazılı esas sermaye payının devri için ortaklık genel kurulunun onayı şarttır ve devir, bu onayla birlikte tamam olacaktır. Şirket esas sözleşmesinde genel kurul onayının kaldırıldığına yönelik hüküm bulunması nama yazılı esas sermaye payına devir kolaylığı sağladığından bu durum, limited ortaklığın sermaye şirketi özelliğini güçlendirci niteliktedir⁷⁹.

TTK 595/7 maddesine göre pay devir başvurusundan itibaren genel kurul üç ay içinde devir işlemini reddetmemişse, devre onay vermiş sayılır. Buradan hareketle genel kurulun onayı açık veya zımni olarak gerçekleştirilebilir. Bu üç aylık süre ise pay devrinin şirkete bildirildiği andan itibaren başlayacaktır⁸⁰. Pay devrinin genel kurula bildirilme işlemini kimin yapacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide Öz, pay devir bildiriminin mutlaka devreden tarafından yapılması gerektiğini belirtse de⁸¹, çoğunluk görüşe göre pay devrinin bildirimi devralan veya devreden tarafından ayrı ayrı yapılabileceği gibi bildirimi birlikte de yapabileceklerdir⁸². Genel kurulun onay yetkisi emredici olup, bu yetki başka bir organa devredilemez⁸³. Pay devrinin onaylanması hususundaki bu yetkinin şirket sözleşmesi ile veya bir karar ile şirket müdürlerine ya da bir başkasına devredilmesi hukuken geçerli olmayacaktır⁸⁴.

eTK'daki esas sermaye pay devri için genel kurulda ortakların dörtte üçünün oy vermesi ve bu oy verenlerin de sermayenin en az dörtte üçünü oluşturmamasının gerektiği düzenlenmemenin aksine TTK'da esas sermaye pay

⁷⁷ Arslanlı / Domanıç, s. 238; Bilgili / Demirkapı, s. 75 1; Çağa, s. 576.

⁷⁸ Çağa, s. 597; Doğrusöz Koşut, s. 377; Şener, s. 305.

⁷⁹ Demirkapı, s. 306.

⁸⁰ Bilgili / Demirkapı, s. 751; Hakan Çebi, Limited Şirketler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 236; Yıldız, s. 139.

⁸¹ Öz, s. 369-372.

⁸² Işık Özer, 'Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri ve Pay Defterinin Hukuki Niteliği, Mustafa Topaloğlu ve Işık Özer (eds), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, 30 Ekim 2017, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 184.

⁸³ Arslanlı / Domanıç, s. 246; Çağa, s. 598;

⁸⁴ Arslanlı / Domanıç, s. 246; Demirkapı, s. 315.

devrinde genel kurul onayı için belirli bir oran düzenlenmemiştir. Bu nedenle genel nisabın düzenlendiği TTK 620 maddesine göre genel kurulun nama yazılı esas sermaye payının devrinin onaylanmasına yönelik kararı olağan işlerden sayıldığından toplantıda temsil olunan oylardan salt çoğunluğun kararı gereklidir⁸⁵. Buradan da anlaşılabacağı üzere ortaklıkta ağır nisaplar aranmayarak, daha az sayıda bir sayıyla onay kararı alınarak nama yazılı esas sermaye paylarının devrinin kolaylaştırılması sağlanmıştır⁸⁶.

Pay devrinin ortaklık pay defterine işlenmesi hüküm ifade edeceğine ilişkin eTK 520/1 maddesine, 6102 sayılı TTK 595 maddesinde yer verilmediğinden nama yazılı esas sermaye payının devrinin gerçekleşmiş sayılması için genel kurulun onay kararı yeterlidir, bunun dışında devir işleminin pay defterine kaydına gerek yoktur⁸⁷.

Nama yazılı esas sermaye payının devrini ortaklık genel kurulu herhangi bir sebep göstermeksizin reddedebilir. Ancak şirket esas sözleşmesinde genel kurulun devre vereceği onay kaldırılabilmesi gibi sınırlandırılması da mümkündür. Örneğin, nama yazılı payların yalnızca aile üyelerine devredilebileceği, yalnızca belirli özelliklerdeki kişilere devredilebileceği gibi şartlar getirilmesi mümkündür⁸⁸.

Limited ortaklık genel kurulunun nama yazılı esas sermaye payının devrinin reddi kararına karşı iptal davası açma yoluna gidilebilecektir⁸⁹. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, ortaklık genel kurulunun gerekçesiz olarak esas sermaye pay devrini reddetme kararının iptaline ve pay devir akdinin geçerli sayılarak payı devralan kişinin ortaklığa paydaşlığının tespitine karar veril-

⁸⁵ Bahtiyar, s. 382; Kendigelen, s. 501; Yıldız, s. 165.

⁸⁶ Demirkapı, s. 325; Doğrusöz Koşut, s. 378.

⁸⁷ Çağa, s. 599; Tekinalp, s. 485. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12/06/2015 Tarihli, 2014/19205 Esas 2015/8209 Karar sayılı kararında "Limited şirkette geçerli bir pay devri için yazılı şekilde yapılmış pay devri sözleşmesinin imzasının noterde tasdik ettirilmesi, ortakların ağırlaştırılmış nisap ile devre muvafakat etmeleri ve devrin pay defterine işlenmesi gerekir. Somut uyuşmazlıkta 23.06.2008 tarihinde alınan ortaklar kurulu kararı ile devre muvafakat edildiği, akabinde 24.06.2008 tarihinde imzaları noterde tasdik edilen hisse devir sözleşmesi ile dava dışı B. T. tarafından davalı şirketteki 1186 hissenin davacı B. T.'a devredildiği anlaşılmaktadır. Pay devri limited şirket hakkında, ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek şartıyla sonuç doğurur. Davacı tarafca, geçerli bir devrin son aşaması olarak, devrin pay defterine işlendiği ve davacının davalı şirkete ortak olduğu iddia olunmuş, mahkemece devrin şirkete bildirilmediği ve pay defterine işlenmediği kabul edilerek bu gerekçeyle hüküm kurulmuştur. Ancak, davalı şirketin pay defteri üzerinde bu hususta bir inceleme yapılmış değildir. Bu itibarla, öncelikle davalı şirketin pay defteri incelenmek suretiyle devrin geçerli olup olmadığının belirlenmesi ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." şeklinde aksi yönde hüküm kurmuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12/06/2015 Tarihli, 2014/19205 Esas 2015/8209 Karar sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 04.03.2023).

⁸⁸ Çebi, s. 234; Şener, s. 318.

⁸⁹ Doğrusöz Koşut, s. 379.

mesine yönelik davada, devreden haklı nedenle şirketten çıkma hakkının bulunduğunu ve genel kurulun yasanın verdiği yetkiye dayanarak hareket ettiğini belirterek, davacı paydaşın genel kurulun red kararının iptal edilmesine ilişkin davasının hukuka uygun olmadığına hükmedilmiştir⁹⁰. TTK 622 maddesinde genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılabilmesinin düzenlenmiş olmasına karşın, Yargıtay'ın bu kararında esas sermaye payının devrinin reddi yönündeki genel kurul kararına karşı payını devredememiş ortağın iptal davası açma hakkının bulunmadığı, ancak haklı nedenle şirketten çıkma hakkını kullanabileceği ya da TTK 636/3 maddesi gereği fesih davası açabileceği belirtilmektedir⁹¹.

Nama yazılı esas sermaye payının devir işleminin genel kurul tarafından onaylanmasıyla birlikte devir işlemi tamam olur ve devralan kişi ortaklık hak ve yükümlülüklerine sahip olur⁹². Ancak devreden ortaklık hakkına değil de kişiliğine bağlı haklar (örneğin veto hakkı, kişiliğine bağlı yan edim yükümlülüğü gibi) devralana geçmeyecek, payın devriyle sona erecektir⁹³.

E. Nama Yazılı Esas Sermaye Payının Devrinin Hüküm ve Sonuçları

1. Pay Defterine Kayıt

Anonim ortaklıklardan farklı olarak limited şirketlerde nama yazılı esas sermaye payları da dahil olmak üzere tüm esas sermaye paylarının şirketin pay defterine kaydedilmesi gereklidir. Pay defterine kaydetme işlemi şirket müdürleri tarafından yerine getirilir⁹⁴. Nama yazılı esas sermaye payının devrinde devir işleminin şirketin pay defterine kaydedilmesi için devreden veya devralanın bildirimde bulunmasına gerek bulunmayıp, bu işlem şirket müdürlerince resen yerine getirilir⁹⁵. Ancak ortaklık müdürleri nama yazılı payın devredildiğini pay defterine kaydetmez ise tarafların mahkemeye başvurarak devrin pay defterine kaydedilmesini sağlama hakkı bulunmaktadır⁹⁶.

⁹⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.03.2017 Tarihli, 2016/2794 Esas 2017/1590 Karar sayılı ilamı., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 04.03.2023).

⁹¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.03.2017 Tarihli, 2016/2794 Esas 2017/1590 Karar sayılı kararının aksi yöndeki görüş olan genel kurulun pay devrinin reddi kararına karşı devreden tarafından iptal davası açılabilmesine ilişkin için bakınız: Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 423.

⁹² Şener, s. 311.

⁹³ Çebi, s. 235.

⁹⁴ Sevda Bora, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri - Devrin Sonuçları ve Devre İlişkin Önemli Hususlar', Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2013/7, Yıl: 2013, s. 75-93, s. 81.

⁹⁵ Çağa, s. 599; Demirkapı, s. 382.

⁹⁶ Şener, s. 325.

Pay defterine yapılan kaydın kurucu mu açıklayıcı mı olduğu hususunda 6762 sayılı eTK döneminde görüş ayrılıkları bulunsa da⁹⁷ 6102 sayılı TTK m. 594 hükmünde esas sermaye paylarını içeren bir pay defteri tutulacağı ve pay defterine kayıt edilecek hususlar da belirtildiğinden, pay defterine yapılan kayıt işleminin pay devrinin geçerliliğini etkilemediği, yapılan kaydın açıklayıcı nitelik taşıdığı söylenebilecektir⁹⁸.

Nama yazılı esas sermaye payının devrinin pay defterine kayıt edilmesi, devreden ve devralanın kimlikleri, nama yazılı pay senedin kime ait olduğunu ve benzeri hususlarda ispat kolaylığı sağlamasına karşın, bu hususların aksi başka delillerle de ispat olunabilir⁹⁹. Dolayısıyla pay defterine yapılan kaydın esas sermaye payının aidiyeti hususunda ispatlayıcı nitelik taşıdığı söylenebilir¹⁰⁰.

2. Ticaret Siciline Tescil ve İlan

6762 sayılı eTK döneminde esas sermaye pay devrinin ticaret siciline tesciline yönelik bir düzenleme bulunmamakta ise de, 6102 sayılı TTK 598. maddesinde esas sermaye pay geçişlerinin tescil edileceği açıkça belirtilmiştir. Hükmün gerekçesinde ise ticaret siciline tescilin, payını devreden kişinin ve üçüncü şahısların korunması amacına yönelik olduğu belirtilmiştir¹⁰¹. Aynı madde hükmünde ticaret siciline tescil işleminin şirket müdürleri tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Ancak bu görev müdürlerin devredilemez yetkilerinden olmayıp, müdürlerce görevlendirilecek şahıslarca da tescil talebinde bulunulabilecektir¹⁰².

Nama yazılı esas sermaye payının devrinin ticaret sicil müdürüne bildiriminden sonra sicil müdürünce devre yönelik yasal şartların gerçekleşip gerçekleşmediği resen kontrol edildikten sonra tescil işlemi yapılacaktır¹⁰³.

Nama yazılı esas sermaye payının devrinin otuz gün içinde ticaret siciline bildirilmemesi halinde ayrılan ortağın adının bu paylarla ilgili olarak silinmesi için ticaret siciline başvurabileceği TTK m. 598/2 hükmünde belirtilmiştir. Bu nedenle nama yazılı payların devrinin şirket müdürleri tarafından otuz gün içinde ticaret siciline tescil için bildirimde bulunulmaması halinde, devreden (ayrılan ortağın) ticaret sicil müdürlüğüne başvurarak devredilen nama

⁹⁷ Arslanlı/Domanıç, s. 229; Çağa, s. 599.

⁹⁸ Bahtiyar, s. 382; Kendigelen, s. 507; Özer, s. 192; Şener, s. 325.

⁹⁹ Pulaşlı, s. 2761.

¹⁰⁰ Pulaşlı, s. 2761-2762; Yıldız, s. 135.

¹⁰¹ TTK Gerekçe madde 598.

¹⁰² Demirkapı, s. 404; Doğrusöz Koşut, s. 382.

¹⁰³ Tekinalp, s. 483.

yazılı senetlerle ilgili adının silinmesini talep etme hakkının olduğu söylene-
bilecektir¹⁰⁴.

Ticaret siciline tescil başvurusu için gerekli olan otuz günlük sürenin baş-
langıcı konusunda yasada açık bir düzenleme bulunmasa da, nama yazılı esas
sermaye payının devri, genel kurulun onay kararıyla tamam olduğu için, onay
tarihi itibarıyla otuz günlük sürenin başlayacağı söylenebilir¹⁰⁵.

Nama yazılı esas sermaye payının devri ortaklık genel kurulu kararıyla
tamam olmuş olacağından devrin ticaret siciline tescilinin kurucu etkisinden
bahsedilemeyecektir. Ticaret siciline tescil, devreden şahsın ve üçünü kişi-
lerin korunmasına hizmet eden bildirici/açıklayıcı nitelikte bir işlemdir¹⁰⁶.
Kendigelen'e göre ise, devrin ticaret siciline tescil edilmesine kadar olan za-
manda iyi niyetli şekilde esas sermaye payını devralan kişinin hukuki ya-
rarının korunması gerekli olduğundan tescilin aslında devralan bakımından
koruyucu niteliğinin olması gerekmektedir¹⁰⁷. TTK 598/3 maddesinde "sicil
kaydına güvenen kişinin iyi niyetinin korunacağı" ifade edilmekle ticaret si-
cilinden terkin veya tescil işleminin gerçekleştirilmesine kadarki süreçte bu
kayda güvenerek işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin korunması hedeflen-
miştir¹⁰⁸. Ancak kanunda tescilin kurucu nitelikte olduğunun düzenlenme-
miş olmasına, hatta TTK 598 maddesinin gerekçesinde tescilin devredeni ve
üçüncü kişileri koruma amacından bahsedilerek açıklayıcı niteliğine vurgu
yapılmasına rağmen, TTK 598/3 maddesi ile tescile güvenen iyiniyetli üçün-
cü kişilerin kazanımlarının korunacağını belirtmesi öğretide haklı olarak
eleştiri konusu olmuştur¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25/05/2016 Tarihli, 2015/10797 Esas 2016/5710 Karar sayılı kararı: "... Dava, şirket hisse devirlerinin ve şirket müdürlük görevinin istifa ile sona ermesine ilişkin limited şirket ortaklar kurulu kararının tescil ve ilanı istemine ilişkindir. Ancak, 6102 sayılı TTK'nın 595. maddesi gereğince, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için, ortaklar genel kurulunun onayı şarttır ve devir bu onayla geçerli olur. Aynı Kanun'un 598. maddesi gereğince esas sermaye paylarının geçişlerinin tescil edilmesi için, şirket müdürleri tarafından ticaret siciline başvurulur. Başvurunun otuz gün içinde yapılmaması hâlinde, ayrılan ortak, adının bu paylarla ilgili olarak silinmesi için ticaret siciline başvurabilir. Bu durumda, mahkemece, Yasa'nın bu hükmüne göre, davacının işbu davayı açmakta hukuki yararının bulunmadığı gözetilerek dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiş hisse devirlerine ilişkin kararın tescil ve ilanına ilişkin talep yönünden verilen ve sonucu itibarıyla doğru olan red hükmünün HUMK'nin 436. maddesi uyarınca gerekçesi değiştirilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25/05/2016 Tarihli, 2015/10797 Esas 2016/5710 Karar sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (erişim tarihi: 06.03.2023).

¹⁰⁵ Şener, s. 326-327.

¹⁰⁶ Bahtiyar, s. 386; Özer, s. 194; Tekinalp, s. 484; Yıldız, s. 142.

¹⁰⁷ Kendigelen, s. 507.

¹⁰⁸ Pulaşlı, s. 2762. Esas sermaye payının devrinin ticaret siciline yapılan tescil yönünden üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunmaması gerektiğine ilişkin bakınız: Bilgili / Demirkapı, s. 754; Demirkapı, s. 408; Yıldız, s. 463.

¹⁰⁹ Demirkapı, s. 408; Tekinalp, s. 484, Yıldız, s. 463.

Nama yazılı esas sermaye payının devrinin sicile tescil edilmesiyle beraber TTK 35/3 maddesi dikkate alınarak ticaret sicil gazetesinde ilan da yapılması gereklidir¹¹⁰.

SONUÇ

TTK 573. maddesinde belirtildiği üzere limited şirketler esas sermayesi belirli ve bu esas sermaye paylarının toplamından oluşan şirket türüdür. Kanundaki tanımından da anlaşılacağı üzere limited şirketler için esas sermaye payı oldukça önemlidir. Çünkü esas sermaye payı, sahibine ortaklık hakkı bahsetmekte ve ortak olunmasından kaynaklanan haklar sağladığı gibi bir takım yükümlülükler de yüklemekte, bir nevi ortak ile şirket arasındaki hukuki bağı kurmaktadır.

6762 sayılı eTK döneminde limited şirketlerde her ortağın yalnızca bir tane esas sermaye payı bulunmakta ve bu esas sermaye paylarının değerleri birbirinden farklı olabilmekteydi. Yani payların bütünlüğü ilkesi hâkimdi. 6102 sayılı TTK ile payların bütünlüğü ilkesinden vazgeçilerek ortakların birden fazla pay edinmesinin önü açılmış, böylelikle esas sermaye paylarının devredilebilmesi için bölünmesine gerek kalmamış, payların devri kolaylaştırılmış ve limited şirketlerin sermaye şirketi nitelikleri artırılmıştır.

Limited şirket esas sermaye payı TTK 593/2 maddesi gereğince ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak da düzenlenebilir. Çıplak esas sermaye payı ile ispat aracı şeklinde veya nama yazılı senet olarak çıkarılan esas sermaye payının sağladığı haklar ve yüklediği yükümlülükler arasında bir fark bulunmamaktadır. TTK 593/2 maddesinde “düzenlenir” denilmek suretiyle limited şirket esas sermaye payının sanki sadece ispat aracı şeklinde veya nama yazılı senet olarak çıkarılacağı anlamı çıkmakta ise de, TTK 593/2 maddesinin gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere limited şirket esas sermaye payı çıplak pay olarak çıkarılabileceği gibi ispat aracı şeklinde veya nama yazılı senet olarak da çıkarılabilecektir. Yani esas sermaye payının ispat aracı şeklinde veya nama yazılı senet olarak çıkarılması bir zorunluluk değil, bir alternatif olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle madde metnindeki anlam karmaşasına yol açan “düzenlenir” ibaresinin gerekçedeki açıklamalar doğrultusunda “düzenlenebilir” olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

İspat aracı şeklinde düzenlenen esas sermaye paylarının, payın sahibinin kim olduğunun tespitine ilişkin kanıtlayıcı rolü bulunduğundan bunların kıymetli evrak niteliğinde olmadığı hususunda tereddüt bulunmamakta ise de nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin niteliği hususunda doktrinde farklı

¹¹⁰ Çebi, s. 237.

görüşler bulunmaktadır. Her ne kadar bazı yazarlar nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin kıymetli evrak olarak kabul edilemeyeceğini belirtse de, TTK 593. maddesinin gerekçesinde, “... *nama yazılı pay senetleri basit kıymetli evrak kaydını içerdiği için...*” şeklindeki ifadeyle nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğinde olduğunun belirtilmesi, 6762 sayılı eTK sistematığındeki limited şirket esas sermaye payının nama yazılı senet olarak düzenlenemeyeceğine yönelik hükmün 6102 sayılı TTK içeriğine alınmaması ve çift taraflı ibraz kaydının bulunması hususları hep birlikte göz önüne alındığında nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir.

Nama yazılı esas sermaye payının devri geçerlilik şekli olarak bir takım koşullara bağlanmıştır. Buna göre nama yazılı esas sermaye pay senedinin devredilmiş sayılması için önce taraflar arasında yapılmış bir yazılı devir sözleşmeli bulunmalı, daha sonra bu yazılı devir sözleşmesindeki taraf imzalarının noter tarafından onaylanması ve en son genel kurul tarafından devir işlemine onay verilmesi gerekmektedir. Genel kurulun devre ilişkin onay şartı şirket esas sözleşmesiyle kaldırılarak payın tedavülünün kolaylaştırılması mümkündür.

Nama yazılı esas sermaye pay senedinin devrinde yazılı devir sözleşmesinin geçerlilik şartı olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmazken, taraf imzalarının noter tarafından onaylanmasının geçerlilik koşulu olup olmadığı hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Taraf imzalarının noter tarafından onaylanmasına yönelik koşulun ispat koşulu olduğunu, bu nedenle de yazılı devir sözleşmesi yapılarak ve genel kurulca onaylanan devir işleminin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini savunan azınlık görüşü bulunsada, nama yazılı esas sermaye pay senetlerinin ticari hayattaki önemine binaen tarafların hukuki güvenliklerinin sağlanması ve şirketin de korunması adına noter onayının geçerlilik koşulu olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Ancak genel kurul onayının esas sözleşmeyle kaldırıldığı hallerde sadece yazılı devir sözleşmesi yapılarak pay devredildikten sonra özellikle devreden noter onayı bulunmadığından şekil eksikliğine dayanarak sözleşmenin iptalini talep ettiği durumlar dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği takdirde iyi niyetin korunması gereklidir.

Şirket esas sözleşmesinde aksi yönde bir düzenleme bulunmadıkça nama yazılı esas sermaye pay senedinin devredilebilmesi için genel kurulun devre onay vermesi gerekmektedir. Bu onay için kanunda üç aylık süre belirlenmiştir. Buna göre tarafların aralarında yazılı olarak yaptıkları ve imzaları noterden onaylanmış pay devir sözleşmesinin onaylanması için şirket genel kuruluna yapacakları başvurudan itibaren üç ay içinde genel kurul red kararı

vermezse pay devrini zımni olarak onaylamış sayılacaktır. Genel kurulun pay devrinin onayına yönelik yetkisi devredilemez yetkilerindendir.

Genel kurul tarafından nama yazılı esas sermaye pay senedinin devrine dair onay veya red kararı alınırken yasada özel bir nisap belirlenmediğinden TTK 620 maddesindeki genel karar alma nisabı olan toplantıda hazır bulunanların salt çoğunluğu yeterli olacaktır. Buradan hareketle esas sermaye payının tedavülünün kolaylaştırıldığı söylenebilecektir.

Genel kurulun hangi nedenlerle nama yazılı pay devrini reddedebileceği hususunda yasada bir hüküm bulunmadığından, TTK 595/5 maddesi gereği herhangi bir nedene dayanmaksızın pay devir işlemi reddedilebilecektir. Ancak ortaklık esas sözleşmesinde nama yazılı esas sermaye pay senedinin devrinin hangi durumlarda reddedileceği belirlenmiş ise, genel kurul artık sebep göstermeksizin red kararı veremeyecektir. En nihayetinde genel kurulun red kararının sınırını Türk Medeni Kanununun 2. maddesi gereği dürüstlük kuralı belirleyecektir. Genel kurulun sebebe dayanmaksızın devir işlemini reddetmesine karşılık kanun koyucu devreden ortağa haklı sebeple ortaklıkta çıkma hakkı tanımıştır.

Genel kurul tarafından nama yazılı esas sermaye pay devrinin onaylanmasından sonra devir işlemi şirket müdürleri tarafından pay defterine resen kaydedilecektir. Söz konusu kayıt işlemi kurucu nitelikte değil, açıklayıcı/bildirici nitelikte olduğundan pay defterine kayıt işleminin pay devir işlemine bir etkisi bulunmamaktadır.

Aynı şekilde pay devri gerçekleştikten sonra otuz gün içinde şirket müdürleri tarafından nama yazılı esas sermaye pay devrinin ticaret siciline tescil edilmesi için bildirimde bulunulması gerekir. TTK 598/3 maddesine göre ticaret siciline iyiniyetli güvenen kişinin güveninin korunacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde ise ticaret siciline tescilin amacının, devreden kişinin ve üçüncü kişilerin korunması olduğu belirtilerek tescilin bir nevi açıklayıcı nitelikte olduğu vurgulanmıştır. İşte öğretide de kurucu niteliği bulunmayan tescile güvenilerek iyi niyetle hak iktisap edenin kazanımının korunması eleştirilmektedir. Bu noktada yasal düzenleme yapılarak TTK 598/3 maddesindeki tescile iyi niyetle güvenen üçüncü kişinin kazanımının korunacağı yönündeki hüküm kaldırılarak sorun çözülebilecektir.

KAYNAKÇA

- ARSLANLI, Halil / DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III, 1989 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.
- BİÇER Levent / HAMAMCIOĞLU Esra, ‘Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payının Rehni’, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2013/2, Yıl: 2013, s. 59-88.
- BİÇER, Levent / HAMAMCIOĞLU, Esra, ‘Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2017/2-1, Yıl: 2017, s. 343-383.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.
- BORA, Sevda, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri - Devrin Sonuçları ve Devre İlişkin Önemli Hususlar’, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2013/7, Yıl: 2013, s. 75-93.
- CAMCI, Sinem, ‘Limited Şirketlerde Pay Devri’, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2020/163, Yıl: 2020, s. 516-535.
- ÇAĞA, Barbaros, ‘Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1974/3, Yıl: 1974, s. 581-602.
- ÇEBİ, Hakan, Limited Şirketler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- DEMİRKAPI, Ertan, ‘Noterlik Uygulaması Açısından Pay Devir Vaadi ve Pay Devri’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2008/2, Yıl: 2008, s. 143-178.
- DEMİRKAPI, Ertan, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008.
- DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife, ‘Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2016/1, Yıl: 2016, s. 365-387.
- HAMAMCIOĞLU, Esra, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KAYA, Mustafa İsmail, ‘Limited Ortaklıkta Esas Sermaye Payı Devri ve Devir Borcu Doğuran İşlemlerde Tarafların İmzalarının Noter Tarafından Onaylanması Zorunluluğu’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2008/2, Yıl: 2008, s. 361-376.
- KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- MOROĞLU, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÖZ, Turgut, ‘Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 52, Sayı: 2011/1-4, Yıl: 2011, s. 345-386.
- ÖZER, Işık, “Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri ve Pay Defterinin Hukuki Niteliği”, Mustafa Topaloğlu ve Işık Özer (eds), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, 30 Ekim 2017, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- POROY, Rena / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I-II-III, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- SEZGİN HUYSAL, Ayşegül, ‘Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senedinin Hukukî Niteliği’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2016/1, Yıl: 2016, s. 317-346.
- ŞENER, Oruç Hami, Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- TEKİNALP, Ünal ‘Limited Ortaklık Payının Devrinde Tescil Davası’ Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIX, 2003, s. 3-9.
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- TÜRE, Murat, ‘Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirkette Esas Sermaye Payının Devri’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 2022/51, Yıl: 2022, s. 143-172.
- YILDIZ, Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Nedeniyle Sözleşmeden Dönme^(*)

Cancellation of Contract and Legal Consequences in Case of Contractor's Default in Construction Contracts in Return for Land Share

Gürkan UYSAL^(**)

Öz:

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser (istisna) sözleşmesi ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin unsurların bir arada bulunduğu, her iki tarafa da borç yükleyen isimli ve karma bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme de olmayıp, hem eser hem de taşınmaz satış vaadine sözleşmelerine ilişkin hükümlere tabidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici (*müteahhit, contractor, conductor*) bir inşaat yapmayı, iş sahibi (*arsa sahibi*) ise inşaat karşılığında ücret ödemek yerine yapılan inşaatın bağımsız bölümlerin ve bunlara tekabül eden arsa payının verilmesini taahhüt ederler. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tarafların özellikle de yüklenicinin borcunu ifa etmeyerek temerrüde düşmesine sık rastlanmaktadır. Yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda iş sahibinin bir takım seçimlik hakları vardır. İş sahibinin bu seçimlik haklardan hangisini kullanacağını belirlemesi gerek iş sahibinin gerek yüklenicinin gerekse sözleşme dışı üçüncü kişilerin hukuki durumlarında bir takım değişiklikler meydana getirmektedir. Bu çalışmada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının yüklenicinin ve sözleşme dışı üçüncü kişilerin hukuki durumlarında meydana getireceği etkiler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi, Yüklenici, Temerrüt, Seçimlik Hak, Sözleşmeden Dönme, Menfi Zarar, Müspet Zarar.

Abstract:

A construction contract in return for land share is an anonymous and mixed contract, in which the elements of a work contract and an real estate sales promise contract are combined, which imposes debts on both parties. The construction contract in return for land share is not a *sui generis* contract, but is subject to the provisions of both contract of work and real estate sales promise contract. In the construction contract

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.
Makalenin geliş tarihi: 24.04.2023 - Makalenin kabul tarihi: 06.11.2023.

^(**) Avukat, Arabulucu, LL.M;
Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Kocaeli-Türkiye,
E-posta: av.gurkanuysal@gmail.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-7910-8617>.

in return for land share, the contractor (*conductor*) undertakes to make a construction, and the employer (*land owner*) undertakes to give the independent sections of the construction and the corresponding land share instead of paying a fee for the construction. In construction contracts in return for land share, it is common for the parties, especially the contractor, to default by not performing their debt. In the event of the contractor's default, the employer has some elective rights. The employer's determination of which of these optional rights to use brings about some changes in the legal status of the employer, the contractor and the third parties entitled to the contract. In this study, the effects of the employer's right to cancellation of contract due to the contractor's default in construction contracts in return for land share entitled to the contract will be examined on the legal status of the contractor and third parties.

Keywords:

Construction Contract in Return for Land Share, Work Contract, Contractor, Default, Elective Right, Cancellation of Contract, Negative Damage, Positive Damage.

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin işi (inşaatı) teslim borcunda temerrüde düşmesi ve yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin (arsa sahibi) seçimlik haklarını kullanması uygulamada çok sık rastlanan bir hukuki uyuşmazlıktır. Bu hukuki uyuşmazlığın temelinde, yüklenici bakımından temerrüt koşullarının oluşup oluşmadığı, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin hangi seçimlik haklarını kullanabileceği, iş sahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması durumunda meydana gelecek hukuki sonuçların neler olacağı hususları yer almaktadır. Çalışmada tüm bu hususlar iki bölüm halinde incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde genel hükümler kapsamında “*borçlu temerrüdü*” kavramı ile yüklenici temerrüdünün koşulları ve sonuçları incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise “sözleşmeden dönme” kavramı ile iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmelerinin hem arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları yönünden hem de sözleşme dışı üçüncü kişiler yönünden hukuki sonuçları incelenmiştir.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ, ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ VE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

A. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, sözleşme serbestisi ilkesinin bir görünümü olan tip serbestisi prensibinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹.

¹ Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2022, s. 590.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, karşılıklı borç yükleyen (sinallagmatik), ani edimli, iki (çift) tipli karma sözleşmedir².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaat (yapı) yapma edimi için eser sözleşmesine; arsa payı mülkiyetinin devir borcu için de taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş (arsa) sahibinin borcu taşınmaz devri olduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gereklidir ve bu sözleşmelerde resmi şekil geçerlilik şartıdır⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmasının sonucu olarak hem iş sahibine hem de yükleniciye (müteahhit) borç yüklenmesi söz konusudur.

İş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borçları eser sözleşmesinden kıyasla; inşaatın yapılacağı arsayı teslim borcu, yükleniciye vekâlet verme borcu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin asli edim yükümlülüğü olarak arsa payını (mülkiyetini) devretme borcu ve diğer yan edim yükümlülükleri olarak sayılabilir⁵.

Yüklenici bakımından ise bir eser (bağımsız bölüm) meydana getirme (inşa etme), yapıyı teslim etme borçları asli edim borçlarıdır⁶. Ayrıca yüklenicinin bir takım yan edim yükümlülükleri de vardır ki bunlar sadakat ve özen borcu, işe zamanında başlama ve devam ettirme borcu ile ayıba karşı tekeffül borçlarıdır⁷.

² Yavuz / Acar / Özen, s. 595; Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 779-780; Canan Ruhi / Ahmet Cemal M, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 28; Hüseyin Tangüner, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü ve Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 15; Semih Çeçindir, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Uygulanacak Hükümler", Vehbi Umut Erkan (ed.), İnşaat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 690; Hüseyin Tokat, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2016, ss. 181-245, s. 187.

³ Aydoğdu / Kahveci, s. 783.

⁴ Aydoğdu / Kahveci, s. 784.

⁵ Ahmed Selim Akal, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Borçları", Vehbi Umut Erkan (ed.), İnşaat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 21.

⁶ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 2074; Aydın Zevkililer / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 483; Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 369; Erzan Erzurumluoğlu, Sözleşmeler Hukuku, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 182; Burak Doğan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 28.

⁷ Doğan, s. 28.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asıl borcu, inşaatı tamamlayıp, sözleşmede öngörülen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmektir⁸. Teslim olgusu sözleşme ile kararlaştırılan işin tamamlanmış ve amacına uygun, kullanmaya elverişli bir şekilde iş sahibinin hâkimiyetine başka bir ifadeyle zilyetliğine verilmesidir⁹. İşin tesliminde iki ana unsur bulunmaktadır; ilki işin ruhsat ve eklerine uygun yapılmış ve sözleşmeye göre eksiksiz tamamlanmış olması, ikincisi ise iş veya arsa sahibinin fiil ve iradesi ile hâkimiyetine geçmesidir¹⁰.

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenici Temerrüdü

1. Yüklenici Temerrüdü

Temerrüt (mora) kökleri Roma hukukuna dayanan bir kavram olup, borcun vadesi geldiği halde ifa edilmemesini; *borçlu temerrüdü (mora debitoris)* ise borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesini ve bu suretle borç ilişkisine aykırı davranmasını ifade etmektedir¹¹.

Borçlunun temerrüdü kavramı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 117’de düzenlenmiş olmakla birlikte TBK’da temerrütle ilgili bir tanımlama yapılmamıştır. Doktrinde *borçlunun temerrüdü* kavramı genel olarak borçlunun edimini -haklı bir neden olmaksızın- zamanında ifa etmemesi¹² olarak tanımlanmaktadır. Temerrüde düşen borçlu *mütemerrid* sıfatını alır¹³.

⁸ Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Bası, DER Yayınları, İstanbul, 2010, s. 33; İsmail Atamulu, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 65; Oğuz Usta, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 41.

⁹ Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2017, s. 575.

¹⁰ Kostakoğlu, s. 575.

¹¹ Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, DER Yayınları, İstanbul, 2021, s. 93; Belgin Erdoğmuş, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, DER Yayınları, İstanbul, 2021, ss. 158-159; Türkan Rado, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, ss. 178-179; Pervin Somer, 100 Soru - 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 91; Duygu Özer Sarıtaş, Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2. Bası, Dora Basım, Bursa, 2018, s. 107.

¹² Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt 1-2, (çev. C. Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 605; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 1374; M. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 1498; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 3398; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021, s. 186; Andreas Furrer / Markus Muller-Chen / Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 1537; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 867.

¹³ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 907.

TBK'da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ve bu sözleşmelerde yüklenicinin temerrüdüne ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı için yüklenicinin temerrüdüne ilişkin olarak TBK m. 117-125 hükümleri uygulanır¹⁴.

2. Yüklenici Temerrüdünün Şartları

Genel hükümler bağlamında borçlunun temerrüdünden bahsedebilmek için birtakım şartların varlığı gerekmektedir. Öncelikle edimin ifası mümkün olmalıdır, borç muaccel olmadan önce objektif olarak imkânsız hale gelirse bu durumda borcun ifa edilmemesi temerrüt olarak nitelendirilemez¹⁵. İkinci olarak ortada ifa/ödeme günü gelmiş¹⁶ başka bir ifadeyle muaccel veya talep edilebilir bir borç bulunmalıdır¹⁷.

Üçüncü olarak; TBK m. 117/1 hükmü borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için alacaklının borçluya, borcunu ifa etmeyi ihtar etmesini aramaktadır¹⁸. Ancak, ifa günü olarak taraflarca belirli bir gün tayin edilmişse, başka bir ifadeyle vadenin belirli olduğu söylenebiliyorsa, taraflarca kararlaştırılan vadenin gelmesiyle birlikte ihtarla gerek kalmaksızın borçlu temerrüdü gerçekleşmiş olacaktır¹⁹. Yine borcun muaccel olacağı tarih sözleşmeye dayanarak taraflardan birinin yaptığı ihbarla belirlenmiş ve ifa gününü belirleme yetkisi taraflardan birine bırakılmışsa -tartışmalı olmakla birlikte- borcun muacceliyetinden önce borçlunun ifa etmeme niyetini açık bir biçimde ortaya koyması durumunda da ihtarla gerek olmadığı ileri sürülmektedir²⁰.

TBK'da açıkça ifade edilmiş olmamasına rağmen borçlu temerrüdünün gerçekleşmesinde dördüncü şart borçlunun borcunu ifa etmemesi onun yükümlülüğüne aykırı olmalı²¹, başka bir ifadeyle borçlu bakımından edimin ifasını reddetmeyi haklı kılacak bir sebep bulunmamalıdır²². Buradaki haklı sebepler alacaklı temerrüdünün varlığı²³ ile borçluya borcunu ifadan kaçınma imkânı veren defî hakkını ileri sürmemiş olmasıdır²⁴.

¹⁴ Tangüner, s. 128.

¹⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 3406; Gümüş, s. 907; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,3, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 2430.

¹⁶ Antalya, s. 2435.

¹⁷ Von Tuhr, s. 605; Eren, Borçlar Genel, s. 3407; Tercier / Pascal / Develioğlu, s. 1375.

¹⁸ Oğuzman / Öz, s. 1507.

¹⁹ Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 292.

²⁰ Serkan Ayan, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı, Yıl: 2010, ss. 717-193, s. 739.

²¹ Antalya, s. 2521.

²² Tercier / Pascal / Develioğlu, s. 1383.

²³ Gümüş, s. 908.

²⁴ Antalya, s. 2521.

Borçlunun temerrüdünden bahsedebilmek için elbette borcun dava edilebilir bir borç olması veya başka bir ifadeyle *eksik borç* olmaması da gerekmektedir²⁵.

Borçlunun temerrüde düşmesi için kusurun varlığı şart değildir²⁶ ancak temerrüt gerçekleştikten sonra temerrüde bağlı bir kısım hukuki sonuçların doğabilmesi kusurun varlığına bağlıdır²⁷. Alacaklının temerrütten doğan zararının tazminini talep edebilmesi için temerrüdün borçlunun kusuru ile gerçekleşmesi gerekmektedir²⁸.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin eseri teslim borcu muaccel olmasına rağmen yüklenici tarafından eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmemesi durumunda yüklenici açısından temerrüt olgusu gerçekleşmiş olacaktır²⁹.

Öte yandan TBK m. 473 hükmü ile birlikte eser sözleşmelerinde borçlunun temerrüdü ile ilgili olarak yukarıda bahsedilen genel hükümlerden farklı olarak gerek temerrüdün koşulları gerekse sonuçları bakımından ayrı özel düzenlemeler getirilmiştir³⁰. TBK m. 473, yüklenicinin işe başlama ve işi yürütmesi konusunda bir kısım davranışları sözleşmeye aykırı kabul ederek hükme bağlamıştır³¹. Bunlar yüklenicinin işe zamanında başlamaması, işi sözleşmeye aykırı olarak geciktirmesi veya gecikme sebebiyle işi kararlaştırılan zamanda (vadesinde) bitiremeyeceğinin anlaşılmasıdır³². Başka bir ifadeyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdünden bahsedebilmek için sözleşmede kararlaştırılan teslim gününün beklenmesine gerek bulunmamaktadır, yüklenicinin yukarıda sayılan eylemlerden birini gerçekleştirmesi durumunda da yüklenicinin temerrüdünden bahsedilebilecektir.

a. Borcun muaccel hale gelmiş olması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdünden bahsedebilmek için tıpkı genel hükümlerde olduğu gibi öncelikle yüklenicinin eseri (inşaatı) teslim borcunun muaccel hale gelmesi gerekmektedir³³.

²⁵ Erdoğan, s. 159; Somer, s. 91.

²⁶ Von Tuhr, s. 612; Eren, Borçlar Genel, s. 3432; Hatemi / Gökyayla, s. 294.

²⁷ Nomer, s. 1534; Gümüş, s. 908.

²⁸ Eren, s. 3432; Hatemi / Gökyayla, s. 296.

²⁹ Turan Şahin, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 109; İrem Kayınoğlu Özdoğan, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdüne İlişkin Ceza Koşulu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 19; Emine Nalçacı, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 51.

³⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 458.

³¹ Kılıçoğlu, Borçlar Özel, s. 458.

³² Eren, Borçlar Özel, s. 2142.

³³ Ruhi / Ruhi, s. 48; Mustafa Karakaya, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Teslimde Gecikmeye Bağlı Olarak Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, ss. 46-47; Ezgi Buse Mumay, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 38.

Teslim tarihinin belirlenmemiş olması durumunda yüklenicinin temerrüde düşmesi için iş (arsa) sahibinin ihtar çekmesi ve yükleniciye teslim borcunu yerine getirmesi için bir süre vermesi gerekmektedir³⁴. Ancak taraflarca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken teslim tarihi birlikte belirlenmişse veya ihtarın faydasız olacağı başka bir ifadeyle yükleniciye ihtarla bir süre verilse dahi işin kararlaştırılan sürede bitirilemeyeceği açıkça anlaşılıyorsa yüklenici ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer³⁵.

Yüklenicinin eseri teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı, öncelikle tarafların bu konudaki iradelerine göre belirlenir, taraflar çoğunlukla eser sözleşmesi kurulurken teslim tarihini kararlaştırırlar ancak teslim tarihi, eser sözleşmesinin objektif bakımdan esaslı bir unsuru değildir³⁶. Bu sebeple taraflarca subjektif bakımdan esaslı bir unsur haline getirilmedikçe teslim tarihinin eser sözleşmesi kurulurken belirlenmiş olmaması sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez. Buna göre iş sahibi ve yüklenici sözleşmenin kurulmasından sonra da eserin teslim tarihi üzerinde anlaşma sağlayabilirler³⁷.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin ediminin belli bir süre içinde gerçekleştirilecek olması nedeniyle yüklenicinin eseri teslim borcunun derhal muaccel olmayacağı kabul edilmelidir³⁸. Buna göre inşaat sözleşmesinde teslim borcu, inşaatın hazırlanabilmesi için yüklenicinin ihtiyaç duyduğu, işin niteliği ve somut olayın özelliklerine uygun bir inşaat süresinin sonunda muaccel olacaktır³⁹.

Dilimize Uluslar arası Müşavir Mühendisler Federasyonu olarak çevrilen bir meslek örgütü olan Federation Internationale Des Ingenierus-Conseils (FIDIC) tarafından düzenlenen sözleşmelerde ise yüklenicinin işe başlaması ile ilgili bir takım süreler ön görülmüştür. FIDIC Kırmızı Kitap 8.1 maddesinde mühendisin işe başlama tarihinden en az 7 gün önce yükleniciye bildirimde bulunması gerektiği ve yüklenicinin de iş sahibinin kabul beyanının kendisine ulaşmasından itibaren en geç 42 gün içinde işe başlaması gerektiği düzenlenmiştir⁴⁰. Mühendis tarafından böyle bir bildirim yapılmasa bile yüklenicinin işe başlama tarihi iş sahibinin kabul beyanının kendisine ulaşmasından itibaren en geç 42. gün olarak kabul edilir⁴¹.

³⁴ Aral / Ayrancı, s. 395; Ruhi/Ruhi, s. 48.

³⁵ Aral / Ayrancı, ss. 395-396.

³⁶ Leyla Müjde Kurt, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 89.

³⁷ Kurt, s. 89.

³⁸ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s. 80.

³⁹ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s. 80.

⁴⁰ Tunay Köksal / Müjde Müminoğlu Güneri, FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 260.

⁴¹ Köksal / Müminoğlu Güneri, s. 260; Diogoye Wathie, FIDIC (Kırmızı Kitap-1999) Çerçevesinde Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Zamanında Tamamlaması ve İş Sahibinin Kabulüne Hazır Hale Getirme Yükümlülüğü, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 131.

b. Edimin ifasının mümkün olması (Objektif imkansızlık hali bulunmaması)

Yukarıda genel hükümler bağlamında borçlu temerrüdünün şartlarında da anlatıldığı üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdünden bahsedilmek için bir diğer şart da edimin ifasının mümkün olması veya objektif imkansızlık durumunun bulunmamasıdır⁴². Borç henüz muaccel olamadan önce imkânsız hale gelmişse borcun ifa edilmemesi temerrüt olarak nitelendirilemez, bu durumda borç imkânsızlık yüzünden ifa edilememiştir ve bu durumun sonuçları temerrüt hükümlerine göre değil imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olup olmadığına göre belirlenecektir⁴³.

Yargıtay bir içtihadında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici tarafından yapımı üstlenilen dükkân inşasının imar mevzuatına aykırı olmasını “*objektif imkansızlık*” olarak değerlendirmiş ve dükkânın inşa edilmemesinde yüklenicinin kusurlu bulunmadığına hükmetmiştir⁴⁴.

c. Yüklenici tarafından edimin yerine getirilmemiş olması

Yüklenicinin ana edimi, eseri bitirmiş olmak ve kararlaştırılan zamanda arsa sahibinin fiili hâkimiyetine devretmek olduğundan, yüklenici teslim tarihi (vadesi) geldiği halde, bağımsız bölümleri iş (arsa) sahibine tamamlanmış olarak bütünüyle teslim etmediği takdirde, başka bir ifadeyle borç muaccel olduğu anda edimini ifa etmemiş olması durumunda temerrüde düşer⁴⁵.

⁴² Ruhi / Ruhi, s. 49; Nalçacı, s. 58; Mustafa Duhan Demir, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 47.

⁴³ Oğuzman / Öz, s. 1526.

⁴⁴ “Mahkemece, davanın reddine dair verilen 04.12.2006 tarih, 2005/224 Esas ve 2006/872 Karar sayılı önceki hüküm, Dairemizin 25.04.2008 günlü, 2008/1407 Esas ve 2008/771 Karar sayılı ilâmiyle bozulmuş ve mahkemece, bozma ilâmına uyulmuştur. Bozma ilâmında özetle; davalı tarafından yapımı yüklenilen dükkânın, imar mevzuatı gereğince yüklenicinin temerrüdünden önce yapılmasına olanak yok ise, objektif imkansızlığın söz konusu olacağı ve dolayısıyla Borçlar Kanunu’nun 117. maddesi gereğince yapılamayan bağımsız bölüm bedelinden davalının sorumlu tutulamayacağı; ancak dükkânın yapımı davalının kusuru sonucu imkânsızlaşmış ise, davalının Borçlar Kanunu’nun 96. maddesi hükmü gereğince sorumlu tutulacağı hususlarına değinilmiştir. Mahkemece, bozma ilâmına uyularak bilirkişi incelemesi yaptırılarak 13.01.2009 tarihli bilirkişi raporu alınmış; bilirkişi raporunda yüklenicinin temerrüdü gerçekleşmeden önce dahi bedeli uyuşmazlık konusu yapılan dükkânın yapılmasına imar mevzuatına göre yasal olanak olmadığı ve bodrum katta kazan daireci ve sığınak yapılmasının zorunlu olduğu, yapı ruhsatı ve onaylı projesinde de dükkân olarak bağımsız bir bölümün bulunmadığı ve bu sebeplerle objektif imkansızlığın olduğu açıklanmıştır. Toplanan tüm deliller değerlendirildiğinde de; bedeli istenen dükkânın yapılamamasında yüklenici şirketin kusurlu olmadığı sonucuna varılmaktadır. O halde, “objektif imkansızlık” sebebiyle Borçlar Kanunu’nun 117. maddesine göre davanın reddine karar verilmek gerekirken; gerekçesi de açıklanmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte belirtilen nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan sebeplerle diğer temyiz itirazlarının kabulüne ve kararın davalı yararına BOZULMASINA, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 28.09.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (Yargıtay (Kapatılan) 15. HD., 2010/3631 E., 2010/4848 K., 28.09.2010) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

⁴⁵ Karakaya, s. 68; Mumay, s. 47.

Öte yandan, TBK m. 473'de yüklenici temerrüdüyle alakalı özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılması durumunda da yüklenici temerrüdü söz konusudur.

Yine TBK m. 473/2'de eserin (inşaatın) ayıplı olması durumunda yüklenicinin temerrüdü düzenlenmiştir. Buna göre; meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.

d. İş sahibinin ihtarda bulunması

Yukarıda temerrüde ilişkin genel hükümlerin anlatıldığı bölümde de izah edildiği üzere temerrüdün şartlarından biri de alacaklının ihtarıdır. Dolayısıyla yüklenicinin temerrüde düşmesi için de iş (arsa) sahibinin ihtarı gereklidir⁴⁶.

İhtar kural olarak şekle tabi değildir, şekil ispat kolaylığı sağlamaktadır. Borçlu, yani yüklenici aleyhine ifa davası açmak da ihtar yerine geçer⁴⁷.

Öte yandan, aşağıdaki durumlarda iş (arsa) sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürmesi ve/veya yüklenici temerrüdünden doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için ihtar çekmesine gerek yoktur. Buna göre;

- (i) İradi belirli vadenin kararlaştırılmış olması,
- (ii) Borcun muacceliyetinin borcun taraflarından birine iradi olarak tanınan muacceliyet ihbarında bulunma hakkının kullanılmasına bağlı olması,
- (iii) Temerrüt ihtar gerekliliğinin sözleşme veya diğer bir yasa hükmü ile kaldırılması,
- (iv) Dürüstlük kuralının temerrüt ihtarını gereksiz hale getirdiği durumlarda iş (arsa) sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi için ihtar çekmesine gerek bulunmamaktadır⁴⁸.

⁴⁶ Kayınoğlu Özdoğan, s. 35.

⁴⁷ Ruhi / Ruhi, s. 51.

⁴⁸ Gümüş, ss. 916-920.

e. İş sahibince yükleniciye ek süre verilmesi

TBK m. 123 hükmüne göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.

Ek süre verilmesi düzenlemesinin amacı, borçluya son bir ifa şansı tanınması ve konusu ise ifa edilmemiş edimdir. Diğer bir ifadeyle alacaklı olan iş (arsa) sahibi, borçludan yani yükleniciden ifa etmediği edimini belirlediği veya hâkim tarafından belirlenen ek süre içinde ifa etmesini talep eder⁴⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından ek süre verilmesinin anlamı, yükleniciden bu süre içinde inşaatı tamamlayarak teslim etmesinin istenmesidir⁵⁰.

Ek süre tayini ile iş sahibi yükleniciyi tıpkı ihtarda olduğu gibi ifada bulunmaya davet etmektedir ancak ihtardan farklı olarak belirsiz olan ifa tarihi belirli hale getirilmemekte, ifa zamanı belirlenmiş olan edimin belirli bir tarihe kadar yerine getirilmesi için yükleniciye son bir imkân tanınmaktadır⁵¹.

Ek süre, yüklenici temerrüde düşmeden verilemez ancak yükleniciyi temerrüde düşürecek olan ihtarla birlikte ek süre verilmesinde de engel bulunmamaktadır; örneğin, iş sahibinin yükleniciye “*eseri iki ay içinde teslim edin*” biçiminde bir beyanda bulunması halinde böyle bir ihtar ek süre tayinini de içerir⁵².

TBK m. 124’te ek süre verilmesini gerektirmeyen durumlar hüküm altına alınmıştır. Buna göre;

- (i) Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa,
- (ii) Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa,
- (iii) Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyor-
sa iş sahibinin yükleniciye ek süre vermesine gerek bulunmamaktadır.

3. Yüklenici Temerrüdünün Sonuçları

Borçlu temerrüdünün genel olarak sonuçları aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı ödeme borcu doğması ile beklenmedik halden doğacak zararlardan borçlunun sorumlu olmasıdır⁵³.

⁴⁹ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s. 189.

⁵⁰ Ayan, İnşaat Sözleşmesi, s. 189.

⁵¹ Kurt, s. 288.

⁵² Kurt, s. 289.

⁵³ Von Tuhr, s. 614; Oğuzman / Öz, s. 1575; Antalya, s. 2550.

a. Aynen ifa ve gecikme tazminatı

Borçlunun edimi ifada temerrüde düşmesi halinde alacaklı aynen ifa ile birlikte gecikme nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep edebilir⁵⁴. Borçlunun gecikme tazminatından kurtulabilmesi için temerrüdün gerçekleşmesinde hiçbir kusurunun bulunmadığını⁵⁵ veya zarar ile temerrüt arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını⁵⁶ ispat etmesi gerekmektedir. Temerrüt durumunda borçlu karine olarak kusurlu sayılmaktadır⁵⁷. Kusursuz olduğunu ispat yükü borçluya yüklenmektedir⁵⁸.

Öğretide baskın görüş, gecikme tazminatında alacaklının borçludan talep ettiği zararın müspet (olumlu) zarar olduğu yönündedir⁵⁹. Antalya ise hâkim görüşe karşı çıkarak gecikme tazminatında ifa menfaatinden değil ifa zamanı menfaatinden doğan zararın tazminin söz konusu olduğunu ve gecikme tazminatının müspet zarar kapsamına dâhil edim değerini kapsamadığını savunmaktadır⁶⁰.

b. Beklenmedik halden sorumluluk

Beklenmedik hal (beklenmedik olay), haksız fiil sorumluluğu ve akdi sorumluluğun yarışmadığı durumlarda, sadece kusursuzluğun ispatına yarayan olaylara denir⁶¹.

Borçlunun temerrüde düşmesi ile birlikte sorumluluğu ağırlaşır ve temerrüt olgusunun gerçekleşmesinden sonra borçlu beklenmedik hal nedeniyle doğacak zararlardan da sorumlu olur⁶². Buradaki olasılık edimin borçluya isnat edilemeyecek bir sebeple imkânsızlaşması veya hasarlı hale gelmesidir⁶³. Beklenmedik halden sorumluluk, edimin parça borcu olduğu ihtimali dikkate alınarak TBK m. 119'da temerrüdün genel hukuki sonucu olarak düzenlenmiş olup, bu husus temel kural olduğundan para borçlarında ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde doğrudan uygulanır⁶⁴.

⁵⁴ Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 1559; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 886.

⁵⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 3447.

⁵⁶ Tercier / Pascal / Develioğlu, s. 1388.

⁵⁷ Antalya, s. 2555.

⁵⁸ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 888.

⁵⁹ Oğuzman / Öz, s. 1583; Eren, Borçlar Genel, s. 3452; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 1560; Gümüş, s. 923;

⁶⁰ Antalya, s. 2558.

⁶¹ Hatemi / Gökyayla, s. 298.

⁶² Von Tuhr, s. 616; Oğuzman / Öz, s. 1590; Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 1565; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 889.

⁶³ Tercier / Pascal / Develioğlu, s. 1387.

⁶⁴ Antalya, s. 2572.

Beklenmedik hal kavramı, *mücbir sebep* kavramını ve üçüncü kişinin kusurunu da kapsayacak şekilde geniş yorumlanır ve ortaya çıkması bakımından borçluya isnat edilemeyen bütün durumları kapsar⁶⁵.

Borçlu temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını veya edimini vadesinde ifa etseydi bile zararın borcun konusu edimin yine de zarara uğrayacağını ispatlaması halinde beklenmedik halden doğan sorumluluktan kurtulur⁶⁶.

c. Borçlu temerrüdünün para borçlarına özgü sonuçları

Borçlunun temerrüdünün para borçlarına ilişkin olarak iki genel sonucu bulunmaktadır; bunlar temerrüt faizi ile temerrüt faiziyle karşılanamayan munzam (aşkın) zararın tazminidir⁶⁷.

d. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçları

“Karşılıklı (tam iki tarafa) borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerde borçlanılan edim ve karşı edim karşılıklı değişim ilişkisi içinde olup bu tür sözleşmelerde taraflardan her biri diğerinin hem borçlusu hem de alacaklısı durumundadır⁶⁸.”

TBK m. 123-126 hükümleri, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın asli edimi bakımından borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda diğer tarafa temerrüdün genel hükümlerine göre bir takım ek imkânlar sağlamaktadır⁶⁹. Bazı yazarların *nitelikli temerrüt* olarak adlandırdığı⁷⁰, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün gerçekleşmesi durumunda alacaklı, süre verilmesi gibi temerrüde ek bazı olguların gerçekleşmesiyle sözleşmenin yapısını değiştiren ve bu değişime paralel olarak hukuki sonuçları farklılaşan bir takım seçimlik haklara sahip olmaktadır⁷¹.

Bu seçimlik hakların ilki aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep etme hakkı; ikincisi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın giderilmesini isteme hakkı; üçüncüsü ise müspet zararın tazminini talep eden alacaklının karşı edim yükümlülüğü ile ilgili hesaplama yönteminde *mübadele (değiştirme) metodu* ile *fark metodu* arasında yapacağı seçim hakkıdır⁷². Bu konu aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

⁶⁵ Gümüş, s. 924.

⁶⁶ Von Tuhr, s. 616; Eren, Borçlar Genel, s. 3459-3460; Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 1566.

⁶⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 890.

⁶⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 3471.

⁶⁹ Oğuzman / Öz, s. 1641.

⁷⁰ Tercier / Pascal / Develioğlu, s. 1396.

⁷¹ Antalya, s. 2712.

⁷² Eren, Borçlar Genel, s. 3469; Antalya, s. 2712.

Teslim borcunu ifada temerrüde düşen yüklenici, gecikmeden doğan zararı gidermek zorunda olduğu gibi, beklenmedik halden de sorumludur⁷³. Hem fiili zarar hem de yoksun kalınan kâr gecikme tazminatının kapsamına dâhildir, dolayısıyla iş (arsa) sahibi üretim veya kira kaybından, kredi faiz oranlarının artmasından yahut daha fazla kredi faizi ödemekten doğan veya üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart gibi tazminatlardan doğan zararını yükleniciden talep edebilir⁷⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde, karşılıklı borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerde temerrüde ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. Öte yandan TBK. m. 473'de eser sözleşmeleri için öngörülen hüküm de burada uygulama imkânı bulmaktadır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerden olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde iş (arsa) sahibinin bir takım seçimlik hakları bulunmaktadır ve bu seçimlik haklar da; gecikme tazminatı ile birlikte aynen ifayı talep veya aynen ifadan vazgeçme, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın giderilmesini isteme, müspet zararın tazminini talep eden alacaklının karşı edim yükümlülüğü ile ilgili hesaplama yönteminde *mübadele (değiştirme) metodu* ile *fark metodu* arasında yapılacak olan seçimdir.

aa. Aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin temerrüdü halinde iş (arsa) sahibi aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talep edebilecektir. Ancak, konusu bir işin (inşaatın) yapılması olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynen ifa her zaman uygulanabilir bir talep olmayabilir. Çünkü, yüklenici zaten kendi edimini yerine getirmemekte ve inşaatı tamamlamaktadır. Ancak enflasyon, döviz kuru vb. gibi bir takım subjektif koşullar da iş sahibi açısından aynen ifayı daha elverişli kılmaktadır. Bu durumda iş sahibi aynen ifayı nasıl gerçekleştirebilecektir? İşte böyle bir durumda iş (arsa) sahibi nama ifa yoluyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa edilmesini sağlayabilecektir.

Nama ifa, iş sahibinin veya üçüncü bir kişinin masrafı yükleniciye ait olmak üzere işi yapmasıdır⁷⁵. Doktrinde genellikle kabul gören görüşe göre, borçlunun edimin ifasından kaçınması durumunda TBK'nun 113/1. maddesi gereğince alacaklının, inşaatın yapım masrafları borçluya ait olmak üzere, in-

⁷³ Zevkililer / Gökyayla, s. 492.

⁷⁴ Zevkililer / Gökyayla, s. 492.

⁷⁵ Tangüner, s. 167.

şaatın bizzat kendisi tarafından yapılmasına izin verilmesi talebi, aynen ifayı temin eden tazminatın özel bir çeşidi olarak kabul edilebilmelidir⁷⁶. Uygulamada Yargıtay da, ifaya izin verilmesi isteminin; aynen ifayı temin ettiğini ve arsa sahibinin bu izne dayalı olarak yüklenici yerine geçerek, masrafları yükleniciye ödettirilmek üzere eseri sözleşmeye uygun şekilde tamamlaması anlamına geldiğini ifade etmektedir⁷⁷.

TBK m. 473/2 hükmünde ise nama ifanın özel bir görünümü düzenlenmiştir. Hükme göre meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.

TBK m. 473/2 hükmü gereğince, eserin meydana getirilmesi aşamasında, yüklenicinin kusuruyla işin ayıplı olacağı ya da sözleşmede belirtilen menfaate aykırı olarak yapılacağı açıkça belirli olursa, iş sahibi uygun bir süre vererek bu süre içerisinde gereği yapılmadığı takdirde hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere tamirat veya imalatın devamının üçüncü bir şahsa tevdi edileceğini ihtar edebilir; hükmün amacı yüklenicinin işi ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak yapacağının anlaşılması durumunda iş sahibinin hakkı bizzat yerine getirmesinin engellenmesidir (*Pour parer a eventualites*)⁷⁸.

Görüldüğü üzere iş (arsa) sahibi inşaattan kendisine isabet edecek bağımsız bölümler ile ortak kullanım alanlarını yüklenici namına tamamlamak üzere mahkemeden izin isteyebilir, mahkemece bu talep üzerine verilecek izin üzerine artık yüklenicinin arsa sahibine ait bağımsız bölümler ile ortak yerlerden elini çekmesi gerekir⁷⁹.

İş (arsa) sahibinin mahkemeden izin almadan inşaatı kendiliğinden tamamlaması veya tamamlatması durumunda ise, ortaya çıkacak masrafları tazminat olarak yükleniciden talep edebilir⁸⁰.

⁷⁶ Mumay, s. 70.

⁷⁷ Mumay, ss. 70-71.

⁷⁸ Fatma Hızır, 'Türk Borçlar Kanunu Md. 473/II Kapsamında İş Sahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 33, Yıl: 2018, ss. 583-608, s. 584.

⁷⁹ Kostakoğlu, ss. 584-585.

⁸⁰ Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, ss. 158-159; Ahmet Çınar, 'İnşaat Sözleşmelerinde Temerrüt Halinde Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatı Talebi', İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Cilt: 21, Sayı: 44, Yıl: 2022, ss. 786-803, s. 790.

Yargıtay'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin iş (arsa) sahibi tarafından satılarak eksik işlerin tamamlanması amacıyla iş sahibine izin verilmesi mümkündür⁸¹.

Gecikme tazminatı talep edilebilmesi genel hükümlere tabidir. Karine olarak yüklenicinin kusurlu olduğu kabul edilir, kusuru olmadığını ispat yükü yüklenicinin üzerindedir⁸².

Gecikme süresinin hesaplanmasında öncelikle sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihine bakılır, yüklenici tarafından iş sahibinin yararına bir takım ek işler yapılmışsa bu ek işlerin yapıldığı süre hesaba katılır⁸³. Taraflarca işin teslim süresine ayrıca belli bir ceza süresi eklenmişse bu cezalı sürenin sonunda edim muaccel olur, yüklenici namına ifaya izin için dava açılmışsa bu davanın sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen süre dikkate alınır ve son olarak inşaattaki eksik işin tamamlanması için gerekli süre gecikme süresi olarak dikkate alınır⁸⁴.

bb. Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini talebi

İş (arsa) sahibinin bir diğer seçimlik hakkı da aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini talebidir⁸⁵.

Müspet zarar, alacaklının ifadan elde edeceği menfaatin borçlunun borcunu ifa etmemesi nedeniyle elde edilememesinden doğan zarardır⁸⁶. İş sahibinin müspet zararının tazmini ile, yüklenici edimini vadesinde ifa etse idi iş sahibinin durumu kazanımı ne olacaksa o durum ve/veya kazanım sağlanmaktadır⁸⁷. İş (arsa) sahibinin ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini istemesi

⁸¹ "Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; asıl davanın kabulü ile belirlenen 72.842,21 TL eksikliğin giderilmesi için yükleniciye ait 4 ve 22 numaralı bağımsız bölümlerin davacılar tarafından satılarak eksik işlerin giderilmesi yönünden nama ifaya izin verilmesine, arsa sahiplerinin birleşen davasının kısmen kabulü ile 6.316,60 TL gecikme tazminatının yükleniciden tahsiline, davacı yüklenicinin birleşen davasının kanıtlanamaması nedeniyle reddine karar verilmiştir. Kararı, asıl ve birleşen davada davalı-birleşen davada davacı yüklenici vekili temyiz etmiştir.....

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, asıl ve birleşen davada davalı-birleşen davada davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.05.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." (Yargıtay 23. HD, 2015/1221 E., 2015/3952 K., 27.05.2015) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

⁸² Ruhi / Ruhi, s. 52.

⁸³ Kostakoğlu, s. 586.

⁸⁴ Kostakoğlu, s. 586.

⁸⁵ Zevkililer / Gökyayla, s. 492; Aral / Ayrancı, s. 396; Ruhi / Ruhi, s. 52; Tangüner, s. 202.

⁸⁶ Von Tuhr, s. 564; Eren, Borçlar Genel, s. 3307; Oğuzman / Öz, Nomer, s. 446, s. 1266; Antalya, s. 2882; Gümüş, s. 942;

⁸⁷ Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 1594; Hatemi / Gökyayla, s. 303.

halinde sözleşme ilişkisinin tasfiyesi söz konusu olmaz, sözleşme ayakta tutulmaya devam eder, yüklenicinin edim borcu tazminat borcuna dönüşür⁸⁸. İş sahibinin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi durumunda sözleşme hala ayakta olduğu için iş sahibi inşaatın kullanılması mümkün olan kısımlarını kabul ederek bu kısımların bedelini ödemek zorundadır⁸⁹.

İş (arsa) sahibinin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep edebilmesi için iş (arsa) sahibi tarafından yükleniciye inşaatı tamamlaması için uygun bir ek süre verilmeli, yükleniciye verilen bu süre içerisinde inşaat tamamlanmamış olmalı ve iş (arsa) sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek müspet zararının tazminini talep etmelidir⁹⁰.

cc. Müspet zararın tazminini talep eden alacaklının karşı edim yükümlülüğü ile ilgili hesaplama yönteminde mübadele (değiştirme) metodu ile fark metodu arasında yapılacak olan seçim

Karşılıklı (tam iki tarafa borç yükleyen) sözleşme niteliğinde olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kusuru ile temerrüde düşmesi nedeniyle ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep eden alacaklı iş (arsa) sahibi kendi borcunu ifa etmek zorunda mıdır, yoksa kendi borcunun değerini talep ettiği müspet zarar alacağından mahsup mu etmelidir?

Doktrinde müspet zarardan doğan tazminatın hesaplanması ile ilgili iki teori vardır; *mübadele (değiştirme) teorisi* ve *fark teorisi*⁹¹.

Mübadele teorisine göre, ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteyen alacaklı yani iş sahibi kendi edimini aynen ifa etmelidir⁹². Fark teorisine göre ise alacaklı (iş sahibi) temerrüde düşen yükleniciye karşı edimini aynen ifa etmek zorunda değildir, iş sahibi bunun yerine yükleniciye borçlanmış olduğu edimini yükleniciden talep ettiği tazminat alacağından mahsup edebilir. Buradaki mahsup niteliği itibarıyla bir takas değildir⁹³.

Fark teorisi, alacaklıyı karşı edim yükümlülüğünden kurtardığı ve uygulanması daha pratik ve maddi olarak daha haklı sonuçlar ortaya koyduğu için doktrinde fark kuramının uygulanması görüşü daha baskındır⁹⁴.

⁸⁸ Tercier / Pascal / Develioğlu, s. 143-1414; Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 1595; Efrail Aydemir, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 411.

⁸⁹ Zevkililer / Gökyayla, s. 493.

⁹⁰ Ruhi / Ruhi, s. 53.

⁹¹ Eren, Borçlar Genel, s. 3497; Antalya, s. 2896.

⁹² Hatemi / Gökyayla, s. 305.

⁹³ Eren, Borçlar Genel, s. 3497.

⁹⁴ Antalya, s. 2899.

dd. Sözleşmeden dönüp menfi zararın tazmini talebi

Yüklenicinin kendi kusuruyla temerrüde düşmesi halinde iş (arsa) sahibinin sahip olduğu bir diğer seçimlik hak, sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep etmektir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

ee. Cezai şart talebi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde TBK m. 179/II hükmü uyarınca borcun ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi halinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılabilir. Buna göre iş (arsa) sahibi aynen ifa seçimlik hakkını kullanması durumunda, herhangi bir zararın meydana geldiğini ispatlamasına gerek olmaksızın, yalnızca temerrüt olgusunun gerçekleşmiş olmasına dayanarak cezai şart olarak kararlaştırılan bedelin kendisine ödenmesini yükleniciden talep edebilir⁹⁵. Cezai şart, asıl borcu kuvvetlendirici etkisi sebebiyle asıl borca bağlıdır ve asıl borcun varlığı halinde cezai şartın varlığından bahsedilebilir. Dolayısıyla yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde cezai şart istenemeyeceği kabul edilmektedir⁹⁶.

II. SÖZLEŞMEDEN DÖNME

A. Sözleşmeden Dönme

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kusuru ile temerrüde düşmesi sebebiyle iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmek istemesinin sözleşmeden dönme mi yoksa sözleşmenin feshi olarak mı adlandırılacağı hususu önem arz etmektedir⁹⁷. Çünkü, iki kavram arasındaki fark yüklenicinin alacağı miktarın tespitini sağlayacaktır. Buna göre iş sahibinin sözleşmeyi feshettiği ileri sürülürse sözleşme ilişkisi ileriye etkili olarak sona ermiş olacak ve yüklenici fesih anına kadar yapmış olduğu işin bedellerini iş sahibinden talep edebilecektir, ancak iş sahibinin sözleşmeden döndüğü ileri sürülürse bu

⁹⁵ Doğan, ss. 106-107.

⁹⁶ "... yüklenicinin temerrüdü nedeniyle tamamının talep edilmek suretiyle sözleşmenin feshedildiği, aksi kararlaştırılmadığından fesih halinde sözleşmedeki ifaya ekli cezanın ve müspet zarar kapsamındaki gecikme ve kira tazminatlarının istenmesinin mümkün bulunmamasına, yapı denetim giderleri ile belediyeye yapılan ödemelerin de sözleşme gereğince iş sahibine ait olduğunun anlaşılmasına göre yerinde bulunmayan bütün temiz itirazlarının reddiyle..." (Yargıtay 15. HD, 2016/475 E., 2017/2003 K., 10.05.2017) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

"Sözleşmede kararlaştırılan bu ceza BK'nın 158/II. maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezai şart niteliğindedir. Davalı yüklenici temerrüdü nedeniyle sözleşme geriye etkili olarak feshedildiğinden sözleşmede yer alan ifaya ekli cezai şart isteminin reddi yerine davacılar talebiyle bağlı kalınarak 500,00 TL cezai şartın yasal faiziyle davalı yükleniciden tahsiline karar verilmesi doğru olmamış, kararın açıklanan bu yönden bozulması gerekmiştir." (Yargıtay 15. HD., 2009/4955 E., 2010/6747 K., 08.12.2010) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

⁹⁷ Aydoğdu / Kahveci, s. 786.

defa sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve yüklenici yalnızca malzeme ve işçilik giderlerini talep edebilecektir⁹⁸.

Nitekim Yargıtay da uygulanacak hukukun tespiti bakımından alacaklı iş sahibinin talebinin sözleşmeden dönme mi (sözleşmenin geriye etkili feshi) yoksa sözleşmenin ileriye etkili feshi mi olduğunun belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁹.

“Fesih, sürekli borç ilişkisini ileriye etkili (ex nunc) sonlandırmaya yönelik hüküm, sonuçlarını muhatabın hakimiyet alanına girmesiyle meydana getiren bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁰⁰.”

Yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda iş (arsa) sahibinin öne sürebileceği bir diğer hak sözleşmeden dönme hakkıdır. Sözleşmeden dönme, borç ilişkisi geriye etkili (ex tunc) olarak sona erdiren¹⁰¹, borçlar hukukunun temel ilkesi olan sözleşmeye bağlılık ilkesini (pacta sunt servanda) ortadan kaldıracı etkiye sahip olduğu için¹⁰² tarafları karşılıklı ifa yükümlülüğünden kurtaran, taraflara daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteme hakkı veren yenilik doğuran bir haktır¹⁰³.

Gümüş, sözleşmeden dönme kavramını ve etkisini şu şekilde izah etmektedir;

“Tam iki tarafa borç yükleyen (karşılıklı) sözleşmelerde olumlu zararın tazmini istendiğinde temerrüt şeklinde ortaya çıkan yüküme aykırılığın synallagma terazisinde yarattığı dengesizlik kefelere birine yeni ağırlık eklenmek suretiyle giderilir. Oysa sözleşmeden dönme söz konusu olduğunda edimler arası dengesizlik bizzat kefelereki tüm ağırlıkların atılması yoluyla giderilir¹⁰⁴.”

⁹⁸ Aydoğdu / Kahveci, s. 786.

⁹⁹ “Davacının gecikme tazminatı ve sözleşmenin feshi asıl talebi olup, bu taleplerinin kabul edilmemesi halinde terditli olarak eksik ve kusurlu işlerin giderim bedelinin tespit ve tahsilini istemiştir. Yargılama sürecinde fesih talebinden vazgeçip gecikme tazminatı ile eksik ve kusurlu işlerin giderim bedelinin istediğine dair bir beyanı olmadığı gibi davanın karara bağlandığı son oturumda dahi fesih şartlarının oluştuğuna dair beyanı mevcuttur..... Bu durumda mahkemece öncelikle HMK’nın 31. maddesindeki hakimin davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacılar vekiline sözleşmenin geriye etkili mi, ileriye etkili mi feshini istedikleri sorulup açıklattırılmalıdır. Arsa sahibinin bu konudaki beyanı alındıktan sonra yüklenicinin inşaatı sözleşmeye göre tamamlayıp yapı kullanma izin belgesi de alarak teslim etmesi gereken tarihe kadar teslim etmemesi halinde yüklenici temerrüdü gerçekleşeceği ve arsa sahibi 6098 sayılı TBK’nın 125/II maddesi gereğince sözleşmeden dönebileceğinden, ...” (Yargıtay 15. HD, 2019/539 E., 2019/3835 K., 08.10.2019) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹⁰⁰ Ece Çetintepe, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 131.

¹⁰¹ Oğuzman / Öz, s. 1686-1687.

¹⁰² Antalya, s. 2919.

¹⁰³ Eren, Borçlar Genel, s. 3502; Nomer, s. 448; Hatemi / Gökyayla, ss. 301-302.

¹⁰⁴ Gümüş, s. 946.

Genel hükümler bağlamında dönme hakkının dava yoluyla kullanılması şart değildir¹⁰⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise yüklenicinin temerrüdü halinde iş (arsa) sahibinin dönme hakkının kullanılabilmesi için ya taraflar arasında sözleşme kurulurken arsa sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğine ilişkin bir anlaşma yapılmış olması ya da iş sahibi tarafından sözleşmeden dönme iradesi yükleniciye ulaştıktan sonra yüklenicinin kabulü veya rızası şeklinde tarafların dönme (fesih) iradelerinin birleşmesi veya bu yönde bir mahkeme kararı gerekmektedir¹⁰⁶.

B. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

Yüklenicinin ister TBK m. 123 vd. uyarınca genel hükümlere göre ister TBK m. 473 hükmü uyarınca temerrüde düşmesi sebebiyle iş (arsa) sahibinin sözleşmeden dönmesinin hem arsa payı sözleşmesinin tarafları açısından hem de sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler açısından bir takım sonuçları olacaktır. Aşağıda iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesinin sonuçları öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları yönünden akabinde de sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler yönünden incelenecektir.

1. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının hukuki etkisi konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Aşağıda bu görüşlere ilişkin teoriler incelenecektir.

¹⁰⁵ Gümüş, s. 946.

¹⁰⁶ "Mahkemece, tüm dosya kapsamı ve bilirkişi raporuna göre, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi için mahkeme kararı gerektiği, davacı arsa sahibinin davalı yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi tek taraflı olarak feshettiğini ileri sürerek cezai şart ve menfi zarar talep ettiğini, açılan davada sözleşmenin feshine yönelik bir istem bulunmadığını, davadan önce tarafların fesih iradeleri birleşmediğinden, sözleşmenin henüz ayakta olduğunu..." (Yargıtay 23. HD., 2014/4140 E., 2015/3718 K., 14.05.2015)

"Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri mülkiyeti nakil borcu içerdiğinden, bu sözleşmeler tek taraflı ihtar ile feshedilemez. Fesih, ya tarafların fesih konusundaki iradelerinin birleşmesi ile rızaen ya da mahkeme kararı ile gerçekleşir." (Yargıtay 15. HD, 2011/6101 E., 2012/1449 K., 08.03.2012)

"Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri mülkiyeti nakil borcu doğurduğundan fesih ya taraf iradelerinin fesih konusunda birleşmesiyle, ya da mahkeme kararıyla gerçekleşir. Dava öncesi tarafların fesih konusunda iradeleri birleşmediğinden ve rızai fesih gerçekleşmediğinden mahkemece sözleşmenin geriye etkili feshine karar verilmesi gerekirken sanki dava öncesi rızai fesih gerçekleşmiş gibi tespit hükmü oluşturulması doğru olmamıştır. Kararın bu nedenle bozulması gerekirse de yapılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamaya ihtiyaç göstermediğinden, 6100 Sayılı HMK'nın geçici 3. maddesinin yollamasıyla HUMK'nın 438/VII. maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur." (Yargıtay 15. HD, 2012/694 E., 2012/5040 K., 03.07.2012)

"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tek taraflı irade beyanı ile feshedilemeyeceği, yargılama sonucu feshe karar verilebileceği gerek doktrinde, gerekse Dairemiz kararlarında kabul edilerek yerleşen uygulamadır." (Yargıtay (Kapatılan) 15. HD, 2011/5273 E., 2011/5700 K., 05.10.2011) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

a. Klasik dönme teorisi

Klasik dönme teorisine göre dönme bozucu yenilik doğuran bir haktır, dönme beyanının borçluya ulaşması ile birlikte sözleşme geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak ortadan kalkar¹⁰⁷. Sözleşmenin geriye etkili olarak ortaya kalkması nedeniyle borcun sebebi de ortadan kalkar ve taraflar dönme anına kadar ifa ettikleri edimleri sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca birbirlerinden talep edebilirler¹⁰⁸. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan bu talep hakkı, dönme beyanının borçluya ulaştığı andan itibaren 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir¹⁰⁹.

b. Yeni dönme (dönüşüm) teorisi

İsviçre/Türk hukukunda son zamanlarda savunulan ve giderek taraftarı artan yeni dönme (dönüşüm) teorisine göre sözleşmeden dönme ile tarafların dönme anına kadar ifa edilmiş edimleri sebepsiz hale gelmez çünkü sözleşme ortadan kalkmaz sadece sözleşmenin içeriği değişir, edimlerin iadesi yönünden taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulur¹¹⁰. Yeni dönme teorisinde, sözleşmesel taleplere ilişkin zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğu kabul edilmektedir¹¹¹.

Yeni dönme teorisine göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bir “*değiştirici yenilik doğuran hak*”tır¹¹².

Yeni dönme teorisine göre sözleşmeden dönmenin iki etkisi bulunmaktadır; bunlardan birincisi borçtan kurtarıcı etki, taraflar arasında daha önce ifa edilen edimleri geri verme/iade şeklinde bir borç ilişkisinin kurulması ise ikinci etkidir¹¹³.

c. Kanuni borç ilişkisi teorisi

Kanuni borç ilişkisi teorisine göre, sözleşmeden dönülmesi üzerine mevcut sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve taraflar arasında sözleşme benzeri bir kanuni borç ilişkisi doğar¹¹⁴. Tarafların dönme anına kadar ifa ettikleri edimler sebepten yoksun kalmış değildir. Ortada gerçek bir sebepsiz zenginleşme bulunmamakta vaktiyle ifa edilmiş edimleri iade yükümlülüğü, TBK m. 125/f. 3 hükmünün bu hususu doğrudan düzenlemiş ol-

¹⁰⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 3502; Oğuzman / Öz, s. 1690; Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 1588.

¹⁰⁸ Nomer, s. 450; Hatemi / Gökyayla, s. 303.

¹⁰⁹ Nomer, s. 450.

¹¹⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 3503; Tercier / Pascal / Develioğlu, s. 1417; Gümüş, s. 949.

¹¹¹ Antalya, s. 2979.

¹¹² Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 1588; Antalya, s. 2976.

¹¹³ Eren, Borçlar Genel, s. 3503.

¹¹⁴ Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 1588.

masından kaynaklanmaktadır¹¹⁵. Önceden ifa edilmiş edimlerin iadesi burada yasal tasfiye ilişkisi çerçevesinde kişisel talep olarak ileri sürülmektedir¹¹⁶. Burada iade talepleri 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Kanuni borç ilişkisi teorisi ile klasik dönme teorisi arasında iade taleplerinin daha uzun zamanaşımı süresine tabi tutulması dışında (klasik dönme teorisinde 2 yıl, kanuni borç ilişkisi teorisinde 10 yıl) pratik bir fark bulunmamaktadır¹¹⁷. Oğuzman/Öz'ün aktardığına göre kanuni borç ilişkisi teorisi görüşünü savunanlardan bazıları sözleşmeden dönme üzerine menfi zararın değil müspet zararın tazmininin isteneceğini ileri sürmektedirler¹¹⁸.

d. Aynı etkili dönme teorisi

İstihkak teorisi olarak da adlandırılan aynı etkili dönme teorisi klasik teoriden ayrılarak dönmeye aynı bir etki tanımakta, sözleşmeden dönmeyen borçlandırıcı işleme etkisi olmadığını, tasarruf işleminin üzerinde ise aynı etki yarattığını, hem ifa edilmemiş edim borçlarının sona erdiğini hem de ifa edilmiş edimlerin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmektedir¹¹⁹.

Aynı etkili dönme teorisine göre; ifa edilen edimlerin iadesi alacaklı tarafından sahip olduğu mülkiyet hakkına dayalı bir aynı talep niteliğindeki istihkak talebi ile istenir¹²⁰. Bu görüşe göre istihkak davası zamanaşımı süresine tabi olmadığından, alacaklı ifa ettiği edimlerin iadesini her zaman isteyebilir¹²¹.

2. Sözleşmeden Dönmeyen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Taraflarına Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmeye halinde öncelikle genel hükümler kapsamında her iki taraf açısından ifa edilmemiş borçlar sona erecek ve dönme anına kadar ifa edilmiş edimler de iade edilecektir¹²².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönmeye ile birlikte gerçekleşecek ilk sonuç şüphesiz ki yüklenicinin artık inşaat-tan el çekmek zorunda olmasıdır¹²³.

¹¹⁵ Oğuzman / Öz, s. 1693.

¹¹⁶ Gümüş, s. 948.

¹¹⁷ Oğuzman / Öz, s. 1694.

¹¹⁸ Oğuzman / Öz, s. 1695.

¹¹⁹ Antalya, s. 2972.

¹²⁰ Gümüş, s. 949.

¹²¹ Antalya, s. 2972.

¹²² Gümüş, s. 950-951.

¹²³ "Öte yandan yüklenicinin temerrüdü sabit olduğuna göre, talep halinde inşaat-tan el çektilmesi de zorunlu olup..." (Yargıtay 15. HD, 2010/7438 E., 2011/2040 K., 04.04.2011) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönme halinde yüklenicinin iade borcu altına gireceği edim iş sahibine ait taşınmaz üzerinde inşa ettiği yapı olacağı ve bu yapının mülkiyeti de “*üst arza tabidir*” kuralı gereği iş sahibine ait olacağı için, yüklenici inşa ettiği yapının iş sahibine sağladığı yarar ölçüsünde objektif değeri üzerinden edimin iadesi gerçekleşir¹²⁴.

İş sahibi yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde ise artık menfi zararının tazminini talep edebilecektir. *Menfi zarar* sözleşmenin kurulamamasından veya geçerli olmamasından doğan zarar¹²⁵ olarak tanımlanabilir.

Menfi zarar ile iş sahibinin yüklenici ile hiç sözleşme ilişkisi içerisine girmemiş olmasına ilişkin menfaati karşılanır¹²⁶. Menfi zarar, *fiili zarar* veya *yoksun kalınan kazanç* şeklinde ortaya çıkabilir¹²⁷.

Sözleşmeden dönen alacaklının talep edebileceği menfi zarar kalemleri bir Hukuk Genel Kurulu kararında; harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler, sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar, gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zararlar, sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar, hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey (örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi), başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zararlar, dava masrafları şeklinde sayılmaktadır¹²⁸.

Yargıtay, menfi zararı *kaçırılan fırsat* olarak da adlandırmakta ve menfi zararın hesabının yüklenicinin eser sözleşmesi ile üstlendiği halde yapmadığı sözleşmenin feshi anında kalan imalât için, işin sözleşme tarihinde sözleşmesi feshedilen yükleniciye en yakın teklifi veren kişiye verilmesi halinde ödenecek bedel ile kalan işin fesih tarihinden itibaren aynı koşullarda makul süre içerisinde yapılacak ihale ile yeni bir yükleniciye verilmesi halindeki ihale bedeli arasındaki fark bulunarak yapılması gerektiğini; yine menfi zarara, fazla ödeme, gecikme cezası, güncellenmiş teminat miktarı eklenip, geçici kabul kesintileri mahsup edilerek bulunacak miktar üzerinden hüküm kurulması gerektiğini belirtmektedir¹²⁹.

¹²⁴ Gümüş, s. 952.

¹²⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 3309; Oğuzman / Öz, s. 1268; Nomer, s. 454; Hatemi / Gökyayla, s. 304.

¹²⁶ Tercier / Pascal / Develioğlu, s. 1419.

¹²⁷ Gümüş, s. 953.

¹²⁸ Yargıtay HGK, 1989/13-392 E., 1990/1 K., 17.01.1990. (Legalbank İçtihat Programı; E.T. Tarihi: 26.11.2022)

¹²⁹ “...sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise, bu halde menfi zararın yüklenicinin eser sözleşmesi ile üstlendiği halde yapmadığı sözleşmenin feshi anında kalan imalât için, işin sözleşme tarihinde sözleşmesi feshedilen yükleniciye en yakın teklifi veren kişiye verilmesi halinde ödenecek bedel ile kalan işin fesih tarihinden iti-

İş sahibinin sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminini talep ettiği noktada yüklenici de ifa ettiği edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iş sahibinden talep edebilir¹³⁰ ancak temerrüde düşen yüklenicinin yapı denetim bedeli ve inşaat ruhsatı harcı gibi yaptığı masraflar, inşaatın tamamı için başlangıçta yapılması zorunlu olan masraf niteliğinde olduğundan, yüklenici bu ve benzeri masrafları talep edemez¹³¹.

baren aynı koşullarda makul süre içerisinde yapılacak ihale ile yeni bir yükleniciye verilmesi halindeki ihale bedeli arasındaki farkın olacağı ve hesaplamanın buna göre yapılması gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2017 gün 2016/1632 Esas, 2017/3909 Karar, 08.05.2015 gün 2014/5718 Esas, 2015/2452 Karar, 26.05.2008 gün 2008/296 Esas, 2008/3347 Karar, 13.11.2008 gün 2008/1421 Esas, 2008/6776 Karar, 16.06.1994 gün 1993/4758 Esas, 1994/4044 Karar sayılı ilamları). Bu durumda, mahkemece hükme esas raporu düzenleyen bilirkişi kurulundan kaçırılan fırsat diye adlandırılan menfi zarar miktarı konusunda açıklanan yönetime göre gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, bulunacak menfi zarara, fazla ödeme, gecikme cezası, güncellenmiş teminat miktarı eklenip, geçici kabul kesintileri mahsup edilerek bulunacak miktar üzerinden hüküm kurulması gerekirken,..." (Yargıtay 15. HD, 2019/2199 E., 2020/14 K., 13.01.2020) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹³⁰ "Davalı yüklenici, birleşen davasında sözleşmenin feshi sonucu haksız zenginleşme bedelinin arsa sahiplerinden müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiş ve dava dilekçesinde tazminatın harca esas değerini 20.000,00 TL göstermiştir. Davalı yüklenici birleşen davasında feshe karşı çıkmadığı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazminat isteminde bulunmakla fesih konusunda taraf iradeleri birleştiği gibi mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, yüklenici temerrüdü gerçekleştiğinden sözleşme haklı nedenle feshedilmiştir. Yüklenicinin birleşen davada istediği tazminat sözleşmenin feshi sonucu gerçekleştirdiği imalat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre arsa sahiplerinden tahsiline yöneliktir. Uygulama ve Dairemizin yerleşik içtihatlarında arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin geriye etkili feshi halinde yüklenicinin gerçekleştirdiği sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi ve ruhsatı ile imara uygun ve arsa sahiplerinin yararlanabileceği, ekonomik değeri haiz olan imalat bedelini, feshin kesinleştiği ya da fesih iradelerinin birleştiği tarihteki mahalli piyasa rayıçlarına göre isteyebileceği kabul edilmektedir.

Bu durumda mahkemece öncelikle, birleşen dosya davacısı yüklenicinin sözleşme gereği kendisine bırakılıp sattığı bağımsız bölümlerin hangileri olduğunun araştırılıp tespit edildikten sonra teknik bilirkişiler marifetiyle tazminatın bulunduğu mahalde yapılacak keşifle fesih iradelerinin birleştiği 29.08.2008 birleşen dava tarihi itibarıyla yüklenicinin gerçekleştirdiği sözleşme ve ekleri tasdikli projesi, ruhsatı ve imara uygun imalatların ve yükleniciye bırakılıp onun tarafından 3. kişilere satılan bağımsız bölümlerin aynı tarih itibarıyla rayıç bedelleri hesaplatılarak yüklenicinin sattığı bağımsız bölümlerin bedellerinin hak edilen imalat bedelinden mahsup edilmek suretiyle birleşen davada sonucuna uygun bir karar verilmesi yerine eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu birleşen davanın tamamen reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur." (Yargıtay 15. HD., 2011/7127 E., 2012/4320 K., 11.06.2012) (Yargıtay 15. HD, 2019/2199 E., 2020/14 K., 13.01.2020) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹³¹ "Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; taraflar arasındaki sözleşmeye göre yapılan inşaatın seviyesinin %5 olması, inşaat ruhsatının 9 aylık bir gecikmeyle alınmış olması, iki yükleniciyle başlatılan inşaatın sadece bir yüklenici tarafından devam ettiriliyor olması hususları birlikte değerlendirildiğinde yüklenicilerin temerrüdünün gerçekleştiği, yüklenicinin, olumlu zarar niteliğinde olan kâr mahrumiyeti alacağı talep edemeyeceği, ancak yaptığı ve arsa sahibinin yararlanabileceği imalatın bedelini fesih iradesini ortaya koyduğu birleşen dava tarihinde geçerli serbest piyasa rayıcına göre talep hakkı olduğu, yapının proje ve teknik standartlar çerçevesinde inşasına devam edilmesi durumunda güçlendirme gerektirecek bir statik eksiklik olmadığı, ancak özellikle taşıyıcı sistemde tahribata yol açan karot testi numune alımından kaynaklanan boşlukların uygun malmaze ve yöntem ile kapatılması gerektiği, imalat bedelinin 18.528,36 TL olduğu, yüklenicinin proje, numarataj belgesi, yapı denetim bedeli ve inşaat ruhsatı harcı gibi yaptığı masraflar, inşaatın tamamı için başlangıçta yapılması zorunlu olan masraf niteliğinde olduğundan ve inşaat usulünce teslim edilmediğinden yüklenicinin bu giderleri isteyemeyeceği gerekçesiyle, asıl davanın kabulü ile sözleşmenin geriye etkili olarak feshine, birleşen davanın, fesih istemi yönünden reddine, imalat bedeli yönünden kısmen kabulüne karar verilmiştir." (Yargıtay 23. HD, 2014/3614 E., 2015/1719 K., 19.03.2015)

İş (arsa) sahibinin, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmesinin en önemli sonuçlarından biri de, iş sahibinin yükleniciye devrettiği arsa paylarına ilişkin tapu kayıtlarının iptalini talep edebilmesidir¹³². Ancak, iş (arsa) sahibinin yükleniciye devrettiği arsa paylarının iadesini isteyebilmesi için önce sözleşmeden dönme (fesh) talebinin kesinleşmesi gerekmektedir¹³³.

İş (arsa) sahibinin, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullandığında -tarafarla sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa- ifa, ifaya ekli ceza (cezai şart), müspet zarar kapsamındaki gecikme ve kira tazminatları talep edilemez¹³⁴.

Usulî olarak da sözleşmenin feshi istemiyle açılan davaların değer ölçüsüne göre başka bir ifadeyle nispi harca tabi olduğunu belirtmek gerekmektedir¹³⁵.

Öte yandan, Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi veya sözleşmeye aykırı davranması halinde TMK m. 2 hükmü uyarınca somut olayın özellikleri haklı kılarsa iş (arsa) sahibinin sözleşmeden dönemeyeceğini ancak sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebileceğini kabul etmektedir¹³⁶. Yargıtay, inşaat seviyesinin %90'ın üzerinde tamamlanması durumunda sözleşmeden dönmeyi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını ve bu durumda sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedebileceğini kabul etmektedir¹³⁷.

¹³² “Mahkemece iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, sözleşmenin akdedildiği tarihten davanın açıldığı tarihe kadar geçen 3 yıllık zaman süresinde bir yılda bitirmesi kararlaştırılan işin henüz %28'nin tamamlanmış olduğu, bu haliyle yüklenicinin temerrüdü nedeni ile inşaatın tamamlanmasının davacı için bir yararının kalmadığı, keşif tarihi itibarı ile de davacıya teslim edilmediği ve tesliminin mümkün görünmediği, bu durumda davacının davalı yükleniciye devrettiği payına ilişkin tapu kayıtlarının iptalini talep edebileceği, belirtilerek, davanın kısmen kabulü ile, düzenleme şeklindeki gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine, davalı adına kayıtlı 2/3 hissenin iptali ile davacı adına tesciline,” (Yargıtay 23. HD, 2015/9990 E., 2017/2888 K., 25.10.2017) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹³³ “Arsa sahibi sözleşme uyarınca devredilen tapu payının iadesini ancak feshin kesinleşmesinden sonra isteyebileceğinden dava 25.02.2008 tarihinden önce açılmaz.” (Yargıtay 15. HD, 2011/7517 E., 2012/125 K., 24.01.2012) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹³⁴ Yargıtay 11. HD, 2020/3917 E., 2021/4385 K., 25.05.2021; Yargıtay 15. HD, 2016/475 E., 2017/2003 K., 10.05.2017; Yargıtay 15. HD, 2012/6119 E., 2012/7922 K., 17.12.2012; Yargıtay 23. HD, 2012/1487 E., 2012/3878 K., 31.05.2012; Yargıtay 15. HD, 2009/4955 E., 2010/6747 K., 08.12.2010. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹³⁵ Yargıtay 15. HD, 2010/7667 E., 2012/234 K., 23.01.2012. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹³⁶ Antalya, s. 2937; Mehmet Özyürek, ‘Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları’, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2019, ss. 65-118, s. 101.

¹³⁷ “Sözleşmenin feshinin ileriye mi yoksa geriye mi etkili fesh olacağı hususu inşaatı yargılama safhasındaki son durumu itibarı ile belirlenmelidir. Sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilebilmesi için inşaat seviyesinin %90 oranının üzerinde ve kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Somut olayda sözleşmenin feshine karar verilmiş ise de, feshin ne şekilde olduğu belirlenmemiştir. Bu durumda mahkemece, mahal-

3. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici henüz edimini ifa etmediği için arsa payı (tapu) devrine hak kazanamamasına rağmen, finans temini olanağı sağlanması amacıyla sözleşmenin başında veya aşamalı olarak yükleniciye arsa payı (tapu) devri yapılmasına uygulamada çok sık rastlanmaktadır. Yüklenici, devraldığı bu arsa paylarını “projeden/maketten satış”, “toprakten satış” şeklinde ifade edilen yöntemlerle üçüncü kişilere devretmekte ve bu devirlerden elde ettiği gelirle de inşaat masraflarını finanse etmektedir. Yargıtay, yükleniciye yapılan bu devirlerin avans niteliğinde olduğunu ve arsa payı devri gerçekleşmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hak kazanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla yüklenici kendisi aynı hak kazanmadığından yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin de aynı hak kazanmaları mümkün değildir. Bu durumda yüklenici temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen iş (arsa) sahibi, sözleşme gereği verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yükleniciden ve/veya yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerden talep edebilir. Başka bir ifadeyle iş sahibi, yükleniciye veya yüklenici üzerinden üçüncü kişilere devredilen arsa paylarının iptalini (tapu iptal ve tescil) talep edebilir¹³⁸. Üstelik bu durumda yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin iyi niyetli olmaları da sonucu değiştirmemektedir¹³⁹.

Aynı husus, evleviyet gereği yüklenici ile taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapan üçüncü şahıslar için de geçerlidir.

Yargıtay, yükleniciye karşı tapu iptal tescil davası açıldıktan sonra üçüncü kişilere yapılan arsa payı devirleriyle ilgili olarak da 6100 sayılı HMK m. 125 hükmü uyarınca iş sahibinin iki seçimlik hakkı olduğunu belirtmektedir. Buna göre iş sahibi, yüklenici yönünden davadan vazgeçerek dava konusu arsa payını devralan üçüncü kişiye karşı davaya devam edebileceği gibi, davasını yükleniciye karşı tazminat davasına da dönüştürebilir¹⁴⁰. Üçüncü kişilerin hakkı şahsi hak niteliğinde olduğundan zararlarını yükleniciden talep edebilirler.

linde uzman bilirkişiler marifetiyle yeniden keşif yapıp, tüm bağımsız bölümler ve ortak alanlar görüldükçe keşif tarihi itibarı ile inşaatın hali hazır durumu belirlenip, yukarıdaki açıklamalarda gözetilerek sonucuna göre infazı kabil hüküm tesis edilmesi gerekirken, infazda tereddüt uyandıracak şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” (Yargıtay, 23. HD, 2015/5183 E., 2018/3243 K., 21.05.2018) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 26.11.2022)

¹³⁸ Yargıtay HGK, 2014/605 E., 2016/293 K., 09.03.2016; Yargıtay 23. HD, 2014/8110 E., 2015/4181 K., 03.06.2015; 09.12.2013; Yargıtay 15. HD, 2011/6559 E., 2012/3377 K., 14.05.2012; Yargıtay 15. HD, 2011/1819 E., 2011/3203 K., 31.05.2011; Yargıtay 15. HD, 2004/3299 E., 2005/1234 K., 04.03.2005. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹³⁹ Yargıtay 15. HD, 2011/6559 E., 2012/3377 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

¹⁴⁰ Yargıtay 15. HD, 2013/4235 E., 2013/6576 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022)

İş sahibi, yükleniciye ve/veya üçüncü kişilere karşı açacağı tapu iptali ve tescil davasıyla üçüncü şahıslara devredilen arsa paylarının (tapuların) iptalini talep edebileceği gibi, evleviyet ilkesi uyarınca yükleniciye devredilen arsa payları üzerine üçüncü şahıslarla konulan haciz, tedbir, ipotek vb. bütün takyidatların kaldırılmasını da talep edebilir¹⁴¹.

Yargıtay'ın bu uygulaması eleştirilmektedir. Nomer'e göre Yargıtay'ın üçüncü kişilere yapılan devirleri geçersiz sayması isabetli olmadığı gibi dönmeyen sonra yapılan devirler bakımından da tapuya iyi niyetle güvenin korunması gerekir¹⁴².

SONUÇ

Karşılıklı (tam iki tarafa) borç yükleyen karma tipli isimli bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde iş (arsa) sahibinin üç seçimlik hakkı vardır. Bunlar; aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı talebi, ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini talebi ve sözleşmeden dönüp menfi zararın tazmini talebidir.

Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir hak olup sözleşmenin taraflarını geçmişe dönük olarak sözleşme yapılmadan önceki durumlarına getirir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş (arsa) sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde taraflar henüz ifa etmedikleri borçtan kurtulurlar, ifa ettikleri borçlar için de doktrinde ve Yargıtay uygulamasında hakim görüş olan klasik dönme teorisine göre edimlerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilirler. İş (arsa) sahibi aynı zamanda menfi zararının tazminini talep edebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş (arsa) sahibinin sözleşmeden dönmeyişinin en önemli sonuçlarından biri de iş sahibinin yükleniciye devrettiği arsa paylarının (tapuların) iptalini talep edebilmesidir.

Temerrüde düşen yüklenicinin ister temerrüt olgusu gerçekleşmeden önce, ister temerrüt olgusu gerçekleştikten sonra arsa paylarını üçüncü şahıslara devretmesi halinde, yüklenici edimini ifa etmediği için aynı hak kazanamadığından yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişiler de aynı hak kazanamazlar. Dolayısıyla iş sahibi, sözleşmeden dönme neticesinde arsa payı iptal talebini iyi niyetli dahi olsalar üçüncü şahıslara karşı ileri sürebilir.

Üçüncü kişilerin hakkı şahsi hak niteliğinde olduğundan sözleşmeden dönme neticesi arsa paylarının iptal edilmesinden doğan zararlarını yükleniciden talep edebilirler.

¹⁴¹ Yargıtay 23. HD, 2016/8636 E., 2017/700 K., 07.03.2017. (Legalbank İçtihat Programı; E.T. Tarihi: 26.11.2022); Yargıtay 15. HD, 2011/1819 E., 2011/3203 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>; E.T.: 23.11.2022).

¹⁴² Nomer, ss. 450-451.

KAYNAKÇA

- AKAL, Ahmed Selim, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Borçları”, Vehbi Umut Erkan (ed.), İnşaat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018 (İnşaat Sözleşmesi).
- AYAN, Serkan, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı, Yıl: 2010, ss. 717-793.
- AYDEMİR, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÇEĞİNDİR, Semih, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Uygulanacak Hükümler”, Vehbi Umut Erkan (ed.), İnşaat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ÇETİNTEPE, Ece, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÇINAR, Ahmet, “İnşaat Sözleşmelerinde Temerrüt Halinde Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatı Talebi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Cilt: 21, Sayı: 44, Yıl: 2022, ss. 786-803.
- DEMİR, Mustafa Duhan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- DOĞAN, Burak, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, DER Yayınları, İstanbul, 2021.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Borçlar Genel).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Borçlar Özel).
- ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, 2010.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

- FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- HIZIR, Fatma, ‘Türk Borçlar Kanunu Md. 473/II Kapsamında İş Sahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 33, Yıl: 2018, ss. 583-607.
- KARAKAYA, Mustafa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Teslimde Gecikmeye Bağlı Olarak Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KAYINOĞLU ÖZDOĞAN, İrem, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdüne İlişkin Ceza Koşulu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021 (Borçlar Genel).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021 (Borçlar Özel).
- KOSTAKOĞLU, Cengiz, İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2017.
- KÖKSAL, Tunay / MÜMİNOĞLU GÜNERİ, Müjde, FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- MUMAY, Ezgi Buse, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- NALÇACI, Emine, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- ÖZYÜREK, Mehmet, ‘Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları’, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2019, ss. 65-118.
- RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

- SARITAŞ, Duygu Özer, Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 2. Baskı, Dora Basım, Bursa, 2018.
- SOMER, Pervin, 100 Soru - 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ŞAHİN, Turan, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, DER Yayınları, İstanbul, 2021.
- TANGÜNER, Hüseyin, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü ve Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TOKAT, Hüseyin, ‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilirliği Çeşitli İhtimaller’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Yıl: 2016, ss. 181-245.
- USTA, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- WATHIE, Diogoye, FIDIC (Kırmızı Kitap-1999) Çerçevesinde Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Zamanında Tamamlaması ve İş Sahibinin Kabulüne Hazır Hale Getirme Yükümlülüğü, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2022.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,3, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2, (çev: C. Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

İnternet Kaynakları

<https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

ÇEVİRİ

“Küreselleşme” ve “İlkel Birikim”in “Sürekli” Süreci: Çok Taraflı Yatırım Anlaşması-Mai Örneği^(*)

“Globalization” and the “Permanent” Process of “Primitive Accumulation”: The Example of the Mai, The Multilateral Agreement on Investment

Prof. Dr. Claudia von WERLHOF^(**)

Çev.: Arş. Gör. Rıdvan TÜRK^(***)

GİRİŞ

1985’te, Amerikan Sosyoloji Derneği’nin [ASD] Washington’daki yıllık toplantısında, Immanuel Wallerstein’in davetlisi olarak, “Köylüler ve Ev Kadınları Kapitalist Dünya Sistemi’nde Neden Ortadan Kaybolmaz?”¹ konusu üzerindeki tezlerimi sunma imkânı buldum. Birkaç yıl sonra, aynı başlıklı bir makalede, ASD’deki sunumun temel tezlerini tüm birikim süreci için, ilkel birikim olarak adlandırılan süreçlerin sürekliliğiyle bağlantılı olarak ele aldım². Bu armağan sayısındaki yazımda konuya geri dönmekten memnuniyet duyuyorum; fakat onu yeni bir bağlam içinde, küreselleşme tartışması bağlamında ele alacağım. Böylelikle süreç tam bir daire görünümüne kavuşmaktadır: yet-

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Çevirinin geliş tarihi: 27.03.2023 - Çevirinin kabul tarihi: 05.11.2023.

Makale, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programında Prof. Dr. Mehmet Tefik Özcan tarafından yürütülen “Modern Toplum ve Hukuk Devleti” doktora dersi için çevrilmiş, yazarın izni ile yayınlanmıştır. Telif hakkı Claudia von Werlhof’a aittir © 2000.

^(**) Prof. Dr., Innsbruck Üniversitesi, Siyaset Bilimi Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Sosyoloji Fakültesi. Makalenin özgün atfı bilgisi: Claudia von Werlhof, “Globalization” and the “Permanent” Process of “Primitive Accumulation”: The Example of the MAI, the Multilateral Agreement on Investment”, (Trans. by Ursula Marianne Ernst), *Journal of World-Systems Research*, Vol. 6, No. 3, (Fall/Winter 2000), pp. 728-747.

DOI: <https://doi.org/10.5195/jwsr.2000.199>.

E-posta: Claudia.Von-Werlhof@uibk.ac.at,

^(***) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Kocaeli-Türkiye, E-posta: ridvan.turk@kocaeli.edu.tr, Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-6416-8764>.

¹ Claudia von Werlhof, ‘Why Peasants and Housewives do not Disappear in the Capitalist World-System’, working paper No. 68, Sociology of Development Research Center, University of Bielefeld, Bielefeld, 1985.

² Claudia von Werlhof, ‘Teile und Herrsche. Warum Bauern und Hausfrauen im kapitalistischen Weltsystem nicht verschwinden’ *Was haben die Hühner mit dem Dollar zu tun? Frauen und Ökonomie*, München, 1991, 83-113.

mişlerin sonuna doğru, Immanuel ile Almanya’da tanıştığımızda başladı; Bielefeld Üniversitesi’nde o ve Binghampton’dan bir ekiple birlikte bir konferans düzenlediğimizde devam etti ve nihayet birlikte birkaç şey yayınladığımızda³ sona erdi. 1985’te, habilitasyon çalışmam yayınlanacağı zaman, Immanuel, esere, dünyanın altüst olduğunu anlamının gerekliliğini ve dolayısıyla bu olguyu bütün sonuçları ile birlikte olabildiğince açık kılmanın ödevimiz haline geldiğini belirten bir önsöz yazdı⁴. Bugün, on dört yıl sonra, “kapitalist dünya sistemi”ne içkin süreçlerin sürekli olarak hız kazandığı; uluslararası toplumun, refahın ve demokrasinin yükseldiği, şiddetin azaldığı bir geleceğe dair tüm öngörülerinin bütünüyle aleyhine bir noktaya doğru gidildiğinden beri, bu “çarpıklık”ları çözümlemek ihtiyacı daha zaruri bir hal aldı. Bu sebeple, “sürekli ilkel birikim” ve bunun küresel boyutlarına dair yaklaşımına geri dönmek ve mevcut “küreselleşme” süreçlerini özellikle “Küreselleşme Zirvesi”⁵ ve “Çok Taraflı Yatırım Anlaşması”⁶ (MAI) çerçevesinde çözümlemeyi denemek istiyorum.

“Küreselleşme”nin Ekonomi Politikası: MAI

MAI, OECD’deki (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) en büyük 29 sanayi devleti tarafından Paris’te, gözlerden bütünüyle irak bir şekilde, 1995’ten beri müzakere edilen bir anlaşmanın taslak metnidir. Tasarı, 1997’de kasıtlı bir düşüncesizlikle kamuoyuna sızdırıldı ve Kanada’dan Tony Clarke ve Malezya’dan Martin Khor’un analizleri ile birlikte dünya kamuoyunun gündemine girdi⁷. Bu tarihten itibaren, anlaşma taslağının imzalanmasına -ki birkaç kez ertelemek zorunda kalınmıştır- karşı uluslararası direnç istikrarlı bir şekilde büyüdü. OECD ülkelerindeki binlerce çevreci örgüt, kadın örgütleri, üçüncü dünyacı örgütler, kilise ve diğer “sivil toplum” örgütlerinin⁸ yanı

³ Joan Smith / Immanuel Wallerstein / Hans-Dieter Evers, *Households and the World-Economy*. Beverly Hills; Sage, 1984.; *Review* Vol. IV No. 1 (1980 summer); *Review* Vol. VII, No. 2 (1983 fall), ‘The Household and the Large-Scale-Agricultural Unit’.

⁴ Immanuel Wallerstein, Preface, in: Claudia von Werlhof, *Wenn die Bauern wieder kommen*, Frauen, Arbeit und Agrobusiness in Venezuela. Bremen, 1985, 16-19.

⁵ Komitee Widerstand gegen das MAI, ‘MAI, der Gipfel der Globalisierung’ Reader zum Kongreß, Bonn, 1998.

⁶ OECD (Organization of Economic Co-operation and Development), *The Multilateral Agreement on Investment, the MAI Negotiating Text*. Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Paris, 1997.; MAI, *Multilateral Agreement on Investment*. Bundan sonra MAI olarak ifade edilecektir. (Çev. n.)

⁷ Tony Clark, *Silent Coup. Confronting the Big Business Takeover of Canada*, Toronto, 1997; Tony Clarke / Maude Barlow, *MAI: The Multilateral Agreement on Investment and the Threat to Canadian Sovereignty*. Toronto, 1997; Tony Clarke / Maude Barlow, *The MAI and the Threat to American Freedom*, Toronto, 1998. Martin Khor “Die Folgen für den Süden,” Mies and Werlhof (eds., 1998); *Lizenz zum Plündern. Das Multilaterale Abkommen über Investitionen-MAI- Globalisierung der Konzernherrschaft-und was wir dagegen tun können*, Hamburg, 1998, 79-91.

⁸ David Korten, *Globalizing Civil Society. Reclaiming our Right to Power*. New York, 1998.

sıra artan sayıdaki Güneyli⁹ grup, MAI’ye karşı faaliyetlerde bulunmaktadır. Paris’teki müzakerelerin Ekim 1998’deki son toplantısı, MAI uygulamalarının potansiyel sonuçlarına dair bir raporu okuduktan sonra ülkesinin müzakerelerden çekildiğini duyuran Fransız Başbakanı Jospin tarafından felce uğratılmıştı¹⁰. Halihazırda, MAI’nin müzakerelerin bu son oturumundan sonra sona erip ermediği, orijinal menşei olan WTO (Dünya Ticaret Örgütü) düzeyinde yeniden ikame edilmesinin gerekip gerekmediği ya da “Transatlantik Pazar” olarak adlandırılan IMF (Uluslararası Para Fonu) veya kurulabilecek diğer kurumlar gibi farklı uluslararası bağlamlarda yeniden ortaya çıkıp çıkmayacağına dair spekülasyonlar var¹¹.

Bu arada, MAI’nin belirginleştirdiği bir şey var: arkasındaki çıkarlar hala mevcut ve bu çıkarlar MAI’nin gerçekleştirilmesi yönünde baskı yapmaya devam ediyor. Aksi takdirde -yeni bir dünya politik anayasasından farksız bir karaktere sahip olan- “yatırım koruma anlaşması” formüle etme çabaları güçlüklerle açıklanabilirdi. Zira MAI, zannedildiği gibi, yatırım aktivitelerini düzenlememektedir; onun düzenlediği politikadır. MAI, dev şirketler için doğanın ve insanlığın geri kalanının zararına bir “Yağmalama Lisansı”dır¹². Bu durum, neo-liberal küreselleşmenin nihai sonucu ve şimdiye kadar ekonomi ve politikanın amacı olarak öne sürülen her şeyin; demokrasi, refah, özgürlük, kendini gerçekleştirme, insan hakları ve herkes için aydınlık bir gelecek gibi şeylerin tersine çevrilmesinin sürekli kodifikasyonudur. En ufak bir mazeret öne sürmek şöyle dursun, hiçbir açıklama dahi yapılmaksızın, MAI, bu illüzyonları tuzla buz etmektedir.

Tarihsel Arkaplan

MAI, benim anlayışıma göre, tek el ve yeni bir “sanayi devrimi” koşullarında, dünya ekonomisinin ana aktörlerinin ihtiyaç duyduğu yeni ekonomi politikası destekler ve resmileştirir. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonraki on yıllarda ve özellikle yetmişli yıllardan beri, yeni bir küresel standart ya da norm olmanın eşliğinde duran yeni üretim koşulları ve sermaye lehine politikalar ortaya çıktı. Bu yeni koşullar sermayenin belli bir tarzda kullanımı ve organik bileşimini içermenin yanında, belirli bir kâr düzeyine -ki bu kâr düzeyi, tarihsel olarak bakıldığında bugün oldukça yüksektir, zira “ortalama” (average) spekülasyon kârı gibi

⁹ Yazar, Kuzey olarak adlandırılan gelişmiş ülkelerle az gelişmiş yoksul ülkeleri ifade eden Güney arasındaki politik ve ekonomik ayrıma göndermede bulunmaktadır. (Çev. n.)

¹⁰ TAZ (Die Tageszeitung): October 15, 1998.

¹¹ 1998 yılında önce Fransa ve ardından diğer ülkelerin, STK’lar, vatandaş grupları ve bazı gelişmekte olan ülkelerin hükümetlerinden oluşan küresel bir hareketin baskısı üzerine art arda çekilmesiyle müzakereler başarısız oldu. Nisan 1998’de müzakereler altı ay süreyle resmen askıya alındı. 3 Aralık 1998’de OECD “MAI müzakerelerinin artık yapılmayacağını” açıkladı. (Bkz. <https://www.oecd.org/daf/mai/intro.htm> Erişim Tarihi: 16.09.2023, Çev. n.)

¹² Maria Mies / Claudia von Werlhof (eds.), Lizenz zum Plündern, 1998.

ayarlanmıştı- yönelik hareket tarzını da içerir. Bu kâr düzeyini korumak adına, dünya ekonomisinin bu tarzda gerçekleştirilmesinin “gerekli” önkoşullarını yaratan ve yeterli yaptırımları (“sapkın” taraflara karşı güç kullanımı kapsayacak bir biçimde) içeren elverişli bir küresel politik anayasa teşkil edilmelidir. MAI bu çerçevede ulus devlet yönetimleri tarafından müzakere edilegelmektedir; ne var ki bu durum, MAI ulusal egemenliğin büyük bir bölümünü ortadan kaldırdığı için paradoksaldır. Zira bu devletler, -çağdaş dünya ekonomisinin, ya da “Kapitalist Dünya Sistemi”nin başlangıcından beri- egemenliğin üretilmesi ve güçlendirilmesi kaygısı taşıyan devletlerden başkası değildir. Ulus devletler ve uluslararası iş bölümü en başından itibaren birlikte yürümüştür; hatta öyle ki, bu ulus devletler yalnızca uluslararası ve kolonyal bir perspektifle analiz edilebilir¹³. Bugün de aynı şey geçerli: halihazırda içinde bulunduğumuz durumu bize dikte eden analitik varlığı biçimlendiren daima ulus devlet değil, dünya sistemi olmuştur¹⁴. Bundan dolayı, dünya ekonomisinin koşulları değişirken, ulus devlet yapısı yeni gelişmeye uyarlanmak durumundadır.

Ekonomi-politiğin politik tarafı için bu kadarı yeterli; şimdi onun ekonomik tarafına bakalım.

Tarihsel olarak bakıldığında, dünya ekonomi-politiğindeki değişimler yeni bir şey değildir. Modern çağın ekonomisi -kapitalizm- hem Avrupa tarafından sömürgeleştirilmeyi (“dışsal”) hem de Avrupa sınırları dahilindeki (“içsel”) sömürgeleştirmeyi ifade eden cihanşümul bir süreç olarak başladı. Bu süreç Karl Marx¹⁵ tarafından “üreticileri üretim araçlarından ayırma” ve sözde “orijinal” veya “ilkel” birikim süreci olarak tarif edilmiştir. Bu kapsamda ilkel birikim süreci, onu izleyen “tam sermaye birikimi” (*capital accumulation proper*) süreci için tarihsel bir ön koşul olarak ele alınır. Rosa Luxemburg¹⁶ Marx’ın bu analizini tüm dünyaya uygulamıştır: Ona göre yalnız Avrupa’da değil, sömürgelerde dahi o günlerdeki üreticiler olan köylü ve zanaatkarlar, üretim imkanları, araçları ve geleneklerinden kopartılmıştı; süreç boyunca tümüyle yok olmayanlarsa yeni efendilerine, başka bir deyişle sömürgeci yönetim veya toprak sahiplerine teslim edilmek zorundaydılar.

¹³ Immanuel Wallerstein, *The Modern World-System I*. New York: Academic Press, 1974a; Immanuel Wallerstein, *The Modern World-System II: Mercantilism and the Consolidation of the European World-Economy, 1600-1750*, San Diego/London: Academic Press, 1980; Immanuel Wallerstein, *The Modern World-System III: The Second Era of Great Expansion of the Capitalist World-Economy, 1730-1840*, San Diego/London: Academic Press, 1989; Maria Mies, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale. Women in the International Division of Labor*. London, 1986; Maria Mies / Vandana Shiva, *Ecofeminism*. London, 1993.

¹⁴ Immanuel Wallerstein, ‘The Rise and Future Demise of the World Capitalist System: Concepts for Comparative Analysis’ *Comparative Studies in Society and History*, 16 (4), 1974b, 387-415.

¹⁵ Karl Marx, ‘Die sogenannte ursprüngliche Akkumulation’ Marx, Karl/Engels, Friedrich: Werke., Vol. 23, Berlin, 1974, 1st ed. 1867, 741-791.

¹⁶ Rosa Luxemburg, *The Accumulation of Capital*. London, 1971, 1st ed. 1923.

Feminist araştırmalar, kadınları da sürece dahil ederek bu analizi genişletmiştir. Kadınlar Avrupa’da cadı avları, Avrupa dışında ise sömürgeleştirme yoluyla işlerinden, üretim araçlarından, kültür ve bilgi birikimlerinden, yeteneklerinden, emekleri üzerindeki egemenlikleri ve hatta üremeyi sağlayan kapasiteleri dolayısıyla bedenlerinden kopartılan ilk gruptur. Böylelikle kadınlar da, “ev kadını”na dönüştürüldüklerinden itibaren, verili yaşam koşulları ve hatta canlı varlıklar olarak kendileri üzerindeki dolaysız kontrollerini kaybettiler. Bugün de hala devam eden ve daha etkili olmak için her yeni nesil üzerine yeniden dayatılması gereken ev kadınına dönüştürme sürecini, dünyanın tamamında “sürekli” ilkel birikim kavramı ile karşılıyorum¹⁷. Kavramın kapsamının genişletilmesi, bugüne dek modern ekonomi-politiğin, üreticilerin, erkeklerin ve en çok da kadınların tüm dünyadaki sürekli mülksüzleştirilme ve iktidardan dışlanmalarına ne ölçüde dayandığını fark etmeye olanak sağlar. Üreticiler olarak erkekler ve kadınlar tarihsel olarak yalnızca “orijinal birikim” tarafından soyulmamıştır, hala yeniden ve tekrar tekrar soyulmaktadır. Sermaye birikim süreci hala “ilkel birikim”e dayanıyor. Nitekim bu ilkel birikim süreci -Marx’ın da öngördüğü gibi- yalnızca erken veya önceki birikim olarak anlaşılamaz; bilakis daima ve eşzamanlı bir biçimde, süregelen birikimin zorunlu bir parçası olarak görülmelidir. Dolayısıyla orijinal birikim yalnızca kronolojik olarak değil, bununla birlikte ve aynı zamanda mantıksal olarak da birikimin ayrılmaz bir parçasıdır ve “kapitalist olmayan¹⁸” veya “kapitalizm öncesi” bir süreç değil, aksine tam manasıyla kapitalist bir karakterdedir. Başka bir deyişle, “orijinal birikim” sermaye birikiminin daimî bir ögesidir.

Orijinal birikimin başlangıcından itibaren tarihte ilk defa, doğrudan üreticiler, “geçimlik üretim”e dayalı bir ekonomi biçimi kapsamında karşılıklı olarak kendileri ve yerel veya bölgesel olarak birbirleri için üretim yapmıyorlar; bunun yerine bütün sermaye kullanım ve birikim sürecinin hammadde üreticileri olarak kullanılıyor ve sömürülüyorlar. Bu, tüm dünyada eşit ve aynı şekilde gerçekleşmiyor; daha ziyade, ekonomik ve politik davranışın ilkesi haline gelen homojenleştirme ve tekdüzeliğe yönelik içkin bir eğilim söz konusudur. Bu çerçevede “Kapitalist dünya sistemi”nin ekonomi-politiği şu süreci izlemiştir: Afrika, işgücü kitlesini yani -işgücünün “ham maddesi” olan- köleleri üretti; bu köleler Amerika’daki kolonyal metallerin ham maddesini, özellikle zirai

¹⁷ Claudia von Werlhof, ‘Frauenarbeit: Der’blinde Fleck’ in der Kritik der Politischen Ökonomie’ Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis, I: Erste Orientierungen, Köln, 1978 (English ed.: “Women’s work: The blind spot in the critique of political economy,” Mies, Maria, Veronika Bennholdt-Thomsen, Claudia von Werlhof (1988). Women, the Last Colony. London, 13-26.; Mies “süregelen” (ongoing) ilkel birikim süreci kavramını kullanıyor. Bkz. Mies, Patriarchy and Accumulation on a World Scale. Women in the International Division of Labor.

¹⁸ André Gunder Frank, Kapitalismus und Unterentwicklung in Lateinamerika, Frankfurt am Main, 1968.

ve madencilik ürünlerini ürettiler; bu üretim de sırası geldiğinde, proleter ücretli işçi emeğine dayanan Avrupa sanayileşmesi için malzeme işlevi gördü. Bu son aşama, en çok unutulmuş olanı, yani -"Afrika modeli" kapsamında-hayatları boyunca yeni işgücü kuşaklarının "üretimi" için ücretsiz bir şekilde çalışmak zorunda olan "ev kadınları"nın "içsel" sömürgeleştirilmesini de içermektedir¹⁹.

Orijinal birikim birçok insanı kültüründen ve daha da önemlisi hayati nitelikteki üretim araçlarından yoksun bıraktıktan sonra, süreç, onları emekleri ve hatta bedenlerinden kopartma teşebbüsü ile devam etti. Orijinal birikimin ilk aşamasından sonra en azından emekleri karşılığında ödeme alabilenler, aldıkları bu ücretlerin hala birikim sürecinin en alt katmanında bulunan, "süreklili" ilkel birikimin bütün yükünü omuzlarında taşıyanların iki misli sömürsünden elde edildiğini çoğunlukla unuttur. İşçi sendikalarının hiçbir zaman yabacılar, kadınlar -ve elbette- ev kadınları gibi "güvencesiz" çalışanları organize etmeye çalışmamış olmasının nedeni budur. Aynı sebepten dolayı sol teori, yalnızca ücretli emeği değer üretimi ve birikim sürecinin merkezine yerleştirmiştir. Benzer şekilde, sol politika da, özünde yanlış bir düşünceyle, yalnızca "serbest ücretli işçi"ye -başka bir deyişle endüstri proletaryasına- odaklanmıştır: Bu düşünceye göre her şey geçmişin bir parçasıdır ve orijinal birikimin tarihsel sürecine aittir; bu süreçte tarihsel ilerleme ücretsiz emeğin tüm dünyada serbest ücretli emek şekline dönüşmesine, yani küreselleşmesine dayalı olduğu için ücretsiz emek bir zaman sonra aşılacaktır²⁰.

Kadınların "ev kadını-laştırılması"²¹ (*housewife-ization*), ilk defa cadı avı gösterilerinden sonra ortaya çıkmıştır; tıpkı "uluslararası" koşulların "ulusal" düzeyde yeniden ortaya çıkması veya benzer biçimde dünya sisteminin ilk aşamasında bile makroekonomide olan şeylerin mikroekonomide de aynı şekilde gerçekleşmesi gibi. Mevcut küreselleşmeyi genel olarak karakterize eden tam da bu koşulların "[coğrafi-siyasi] sınırlardan arındırılması"dır (*de-geographization*). Uluslararası iş bölümünün tarihsel görünümü ile karşılaştırıldığında küreselleşme, Kuzey-Güney farkının ortadan kalkması anlamına gelir; fakat iddia edildiği üzere "uygarlık" koşullarının her yere yayılması değildir bu. Coğrafi olarak izler silinse de küreselleşme bir ilke olarak yaşıyor ve güç kazanıyor; bu itibarla küreselleşmenin "evrenselleşme"si kutlanıyor. Ülkelerden ve kıtalardan bağımsız küreselleşme, artık istediği her yerde boy

¹⁹ Maria Mies / Veronika Bennholdt-Thomsen / Claudia von Werlhof, *Women, the Last Colony*, London, 1988.

²⁰ Claudia von Werlhof, 'The Proletarian is dead; long live the Housewife?,' Smith, Joan, Immanuel Wallerstein, Hans-Dieter Evers (eds.), *Households and the World- Economy*, Beverly Hills/London/New Delhi, 1984, 131-147.

²¹ Hausfrausierung, bkz. Maria Mies / Veronika Bennholdt-Thomsen / Claudia von Werlhof.

gösterebilir. Dolayısıyla küreselleşme ücretli emeğin evrenselleştirilmesini veya köleliğin ilga edilmesi, ev işleri gibi ücretsiz emeğin ortadan kaldırılmasını ifade etmez. Aksine küreselleşme, kolonyal koşulların, yani kölelik ve ücretsiz emeğin küresel olarak genişlemesidir. Veya başka bir açıdan bakılırsa küreselleşme, tüm dünyada, tek bir amaçla; kârı artırmak ve iş gücü maliyetini düşürmek amacıyla, yalnızca kadınların değil erkeklerin emeği için de gerçekleşmekte olan “ev kadını-laştırma”dır.

MAI tarafından ilan edilen yeni ekonomi politik, nadiren kabul edilen bir olgu olarak, sömürgecilik dönemlerine zemin teşkil eden temellere dayanır. Orijinal birikimin “süreklî” süreçlerinin sözkonusu genişlemesi ile birlikte, dünya ekonomisinin yalnızca başlangıca ait olmayan ve aslında bir esas teşkil eden şedit karakteri, merkezlerde artan bir güçle yeniden ortaya çıkıyor. Doğrudan üreticiler tarih boyunca hiçbir zaman kültürlerinden, üretim araçlarından, iş gücü potansiyellerinden ve hatta kendi bedenleri üzerindeki kontrol güçlerinden kendi iradeleriyle kopartılmamıştı. Karl Marx’ın ilkel birikimin “sırrı” olarak ifade ettiği sömürünün bu şiddeti, bugünün küreselleşmiş ekonomisi tarafından da paylaşılır. Nitekim MAI’nin Paris’in bir kuytusunda gizlilik içinde tasarlanmış olması tesadüf değildir.

“MAI” Ekonomisi veya Sınırsız Özgürlüğün (Tutsaklığın)²² Ekonomisi: Sivil Etkinliğin Biricik Standardı Olarak “Yatırımcı” ve “Yatırım”

“Yatırımcı” ve “yatırım” MAI’deki temel kavramlardır²³. Belge, yatırımcı ve yatırımın sınırsız özgürlüğünü, mutlak muhafazasını ve tam güvenliğini, yani “daha güvenli yatırım”ı savunmayı amaçlamaktadır. Belgenin ilgili pasajları okunurken, yatırım sözcüğünün tanımının kapsamı bilinmediği veya hangi yatırım faaliyetlerinin ne ölçüde tüm sosyal yaşamın adeta mutlak standardı olarak addedildiği fark edilmediği müddetçe, kötü herhangi bir şeyden ilk anda şüphelenilmez. MAI yatırımı şöyle tanımlar: “bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya kontrol edilen her türlü mal varlığı”. Tanımlandığı şekliyle yatırımın, yeni istihdam yaratma konusunda bir şeyler yapma zorunluluğu yoktur. MAI’nin tanımladığı şekliyle yatırım, ne bir nüfusun ihtiyaçlarını karşılamak için yararlı bir faaliyete ne de kaynakların korunmasına veya ortalama bir kişinin yatırım yapmayı düşünürken aklına gelebilecek herhangi bir şeye göndermede bulunur. MAI’de yatırım, yatırımcı tarafından yapılan ve sadece onun servetini ve kaynaklar üzerindeki kontrolünü artırmaya odaklanan her türlü faa-

²² Yazar “(Un-)Freedom” ifadesini kullanmaktadır. İngilizcedeki bu ön ekin verdiği anlamı karşılayabilmek için parantez içindeki ifade eklenmiştir. (Çev. n.)

²³ Claudia von Werlhof, ‘MAINopoly: Aus Spiel wird Ernst,’ Mies, Maria and Claudia von Werlhof (eds.): Lizenz zum Plündern. Das Multilaterale Abkommen über Investitionen-MAI-Globalisierung der Konzernherrschaft und was wir dagegen tun können, Hamburg, 1998, 131-176.

liyettir. Yatırımcının uyuşturucular, [ticareti yapılan] organlar, kadınlar veya kara para aklama konusunda spekülasyon veya ticaret yapıp yapmadığı; mevcut pazarları tekeline alıp almadığı veya kendi kontrolü altında olan yeni pazarlar yaratıp yaratmadığı; yerel maden kaynaklarını kendi çıkarı için sömürüp sömürmediği, yeni zirai endüstriler kurmak için yerel arazileri nüfuzu altına alıp almadığı veya yerel “fikri mülkiyet”ten (TRIPS, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması) kendi yararına patentler alıp almadığı önemli değildir²⁴. MAI, yatırımcıya “sana” alanlar da dahil olmak üzere her yerde her şeye sınırsız erişim sağlamayı amaçlamaktadır. Yatırımcının ana ilgisinin servete sahip olmada, yani kâr maksimizasyonu için mevcut fırsatların kazanca dönüştürülmesinde olduğu görülmektedir. Bu bağlamda örneğin Kanadalılar, dört yıllık NAFTA (“küçük MAI” olarak da adlandırılan Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması) tecrübesinden sonra, yatırım faaliyetlerinin ağırlıklı olarak, diğer ticari şirketlerin satın alınması veya ortadan kaldırılması ve ardından maliyeti düşürmek için işçilerin işten çıkarılması anlamına geldiğini fark etmişlerdir²⁵. Yalnızca ABD’de 400.000 istihdam kaybedilirken, NAFTA savunucularının 200.000 istihdam yaratma sözü tutulmamış bir söz olarak kalmıştır²⁶.

Tekellerin, oligopollerin ve kartellerin hâkim olduğu pazar yapısı kendini güç yapısı olarak ortaya koyar. “Mega girişimler” rekabeti ortadan kaldırır²⁷. Ulusal anti-tröst ofisleri “şirketlerin giderek artan bir biçimde büyümesine” itiraz etmemektedir, zira “diğerleri de aynı şeyi yapıyor²⁸.” “Kendimizi sayıları istikrarlı bir şekilde azalan özel güç merkezlerinin ve bunların tam bir özgüven içinde kendilerini ‘Küresel Oyuncular’ olarak tarif eden yöneticilerinin merhametine bırakma tehlikesi altındayız²⁹.” Modern ekonomik liberalizmin kurucusu Adam Smith, tekellerin oluşması konusunda açıkça uyarılmış olsa da, bu tür “yağmacı ortaklıklar³⁰” bugünlerde nadiren eleştirilmektedir. Smith’e göre serbest ticaret yalnızca şirketlere yerel olarak sahip olunduğunda ve bu şirketlerin kökleri topluma yayıldığında mümkündür³¹. İçinde bulunduğumuz durum böyle olmaktan hızlıca uzaklaşıyor. MAI’de öngörülen yatırımcı, mevcut teknolojik koşullar altında “sermaye esnekliği” ile mümkün kılınan [eski] bir uygulamaya

²⁴ Vandana Shiva, *Trading our Lives away. An Ecological and Gender Analysis of “Free Trade” and WTO*. Penguin/New Delhi, 1995.

²⁵ Tony Clark / Maude Barlow

²⁶ Lori Wallach / Robert Naiman, ‘NAFTA. Four and a half Years later,’ *The Ecologist*, Vol. 28, No. 3, May/June, 1998.

²⁷ Claus Noé, *Warten auf das Weltkartellamt*, in; *Die Zeit*, No. 11, Map 3, 1998.

²⁸ Noé, *Warten auf das Weltkartellamt*.

²⁹ Kartte, *Kartel Ofisi eski başkanından aktaran Noé, Warten auf das Weltkartellamt*.

³⁰ Noé, *Warten auf das Weltkartellamt*.

³¹ Adam Smith, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London, 1776.

benzer: sahibine ulaşılamayan bir yabancı mülk gibi isimsiz bir şekilde işletilen ve daha ziyade sömürge “yerleşim bölgesi” gibi görünen bir yatırımı olan, bazen de “iş” ile birlikte bir gecede kayboluveren bir “meçhul mülk sahibi”³². Her halükârda, bu tür mülk sahipleri yerel olarak yaratılan zarardan etkilenmezler ve deneyimlerden de bilindiği gibi, bir şüphe durumunda, bu tür zararlardan hiçbir sorumluluk hissetmezler³³. “Sürekli” orijinal birikimin ilkeleri daima en açık bir biçimde tarımda görüldüğü için, tarım sektörü tarihindeki belli bir aşamanın MAI yatırımcısının eylemlerine benzemesi tesadüf değildir. Bu fenomen hala “feodalizm” veya Üçüncü Dünya “gelenekçiliği” ile karıştırılır; oysa gerçekte, bu süreçler modern ekonominin en kârlı süreçleridir³⁴.

Büyük şirketlerin “yatırım”ları zaten dünyanın dört bir yanındaki yerel işletme girişimlerinin sonunu getirmişti fakat MAI’nin ortaya çıkması ile birlikte bu süreç gelecekte kuşkusuz artış gösterecek ve paradoksal bir biçimde “serbest girişim”i tehdit edecektir. Yatırımcı olarak MAI’nin korumasını uman girişimci ve iş insanlarının bu süreci anlamadığı görülüyor. Peki büyük uluslararası şirketler neden daha küçük yatırımcıların kâr elde etmelerine izin vermeli? Burada meselenin özü, yatırımcının kendisini kendi biricik çıkarı ile karakterize edilen, başka bir deyişle hiçbir sınırlama olmaksızın kârını maksimize eden bir (hukuki) kişi veya kurum olarak görmesidir. Bu nedenle kârlar, artık avantajlı bir hale geldiğinde menşe ülkelerde bırakılmak yerine dışarıya aktarılacaktır³⁵. Yatırım faaliyetlerinin bu şekilde “düzenlemeden ve bürokratikleştirmeden başgışık kılınması” MAI’nin özellikle olumlu yönleri olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, “ticaret şirketlerinin arzusu” giderek artan bir biçimde “kendilerini stratejik pazar düzenlemeleri için dükalılık olarak sunabilecek kadar devasa bir hale gelmektir. Bu düzenlemeler başarılı olduğunda (...) rekabet, *kapitalist* dükler ve seçmen prensler tarafından belirlenir ve birçok ulusal, yerel limited [şirket], orta sınıf olarak adlandırılan üreticinin ve kredi bekleyen [kamu] hizmetler[inin] aleyhine gerçekleşir³⁶. Nitekim halihazırda en büyük 500 şirket dünyadaki yatırım faaliyetlerinin yüzde 80’ini kontrol etmektedir.

³² “*absentee landlord*”: Ev, apartman veya bir çiftliği birine kiralayan fakat kiraladığı mülke nadiren uğrayan veya hiç uğramayan kişi. Bkz. Cambridge Online Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/absentee-landlord> Erişim Tarihi: 16.09.2023 (Çev. n.)

³³ Örneğin İtalya’da Seveso ve Hindistan’da Bhopal; David Korten, *When Corporations Rule the World*. West-harford, 1996.

³⁴ Claudia von Werlhof, *Wenn die Bauern wieder kommen. Frauen, Arbeit und Agrobusiness in Venezuela*, Bremen, 1985.; Claudia von Werlhof / Hanns-Peter Neuhoﬀ, ‘The Combination of Different Production Relations on the Basis of Non-Proletarianization: Agrarian Production in Yaracuy, Venezuela,’ *Latin American Perspectives*, 34 (summer), Vol. IX, No. 3, 1982, 79-103.

³⁵ Rainer Engels / Jens Martens / Peter Wahl et al. ‘Alles neu macht das MAI. Das Multilaterale Investitionsabkommen. Informationen, Hintergründe, Kritik,’ (WEED/Germanwatch), Bonn (March), 1998.

³⁶ Noé, *Warten auf das Weltkartellamt*. “*kapitalist*” terimi C.v.Werlhof tarafından eklenmiştir.

Yatırımcının çıkarlarına sadece en yüksek ekonomik öncelik değil, aynı zamanda en yüksek sosyal öncelik de verilmektedir. “Yatırımcıların kazancı en yüksek insani değerdir; bunun dışında kalan diğer her şey ikincil bir öneme sahip³⁷.” Öyle ki yatırımcının korunması, çağdışılıkla itham edilen ve alaya alınan serbest piyasa paydaşlarının geri kalanı için “korumacılık” olarak yaf-talanırken, MAI’nin öngördüğü yatırımcı türünün korunması “serbest ticaret” olarak görülüyor. MAI kapsamı içinde “yatırımın korunması”, emeğin, çevre-nin ve doğanın ya da insan hakları ve insanların hayatı çıkarlarının korunma-sı anlamına gelmez³⁸; fakat yalnızca yatırımcı-monokültürünün korunmasını temsil eder. Yatırımcı olmayanların korunması ise, yatırımcı özgürlüğünün kısıtlanması olarak addedilir.

Sermayeye değer biçme konusundaki mevcut sorunlar -bu sorunlar esa-sen artık “verimli” olarak karşılanmayan mali (finansal) sermayedeki muaz-zam artışın ve büyük kâr beklentilerinin bir sonucudur- görünüşe göre o kadar derindir ki³⁹ “büyümenin ekolojik limitleri” insanları “sürdürülebilir”, hatta “geçime yönelik” bir ekonomi⁴⁰ arayışına ittiği bir zamanda, MAI, evrensel bir model ve dünya anayasası olarak kökten karşıt bir yaklaşım oluşturmaktadır. Küreselleşmeyle birlikte, yerkürenin son kaynakları için yarış, nihai hoyrat safhasına girmiştir.

Küreselleşme, ilerleme yanılsamalarının gerçekleştirilmesi değildir. Ak-sine, Sanayi Devrimi’nin başlangıcından bugüne kadar ulaşılan sosyal ilerle-melerin hızlı ve şiddetli bir şekilde imha edilmesidir. Avrupa’da halihazırda on sekiz milyon işsiz var, çocuk işçiliği bir buçuk milyon düzeyinde ve İngil-tere’deki “çalışma koşullarının durumu” ve “ücret farkları” 1886 yılının ra-kamlarını taklit ediyor⁴¹. MAI’nin yatırıma dair hükümlerinin esasen ve büyük ölçüde, serbest ücretli emek olmaksızın da işleyebileceği görülüyor. Bunun en iyi örnekleri, mikroçipler, elektronik ve tekstil ürünlerinin zorla çalıştırma ko-şulları altında ucuz, kadın işgücü kullanılarak üretildiği Güney’deki “serbest üretim bölgeleri”, “dünya pazarı fabrikaları” ya da “maquiladoras”tır⁴². Eme-ğe yönelik bu sömürgeci uygulama, tam da yeni bir teknolojik gelişmenin

³⁷ United Technologies Başkanı, Gray. Aktaran Noam Chomsky, *Wirtschaft und Gewalt. Vom Kolonialismus zur neuen Weltordnung*. München, 1995; English ed. *Year 501: The Conquest Continues*. Boston, 1993.

³⁸ Bernhard Mark-Ungericht, *Der Staat, die Politik und der Widerstand gegen das MAI* (manuscript). Graz, 1998.

³⁹ *Third World Resurgence*, (Penang), October, 1998.

⁴⁰ Veronika Bennholdt-Thomsen / Maria Mies, *Eine Kuh für Hillary. Die Subsistenzperspektive*. München, 1997.

⁴¹ Serge Halimi, ‘Schlank und flexibel hinein in die Armut,’ *Le Monde Diplomatique*, (July), 1996.

⁴² Mies, *Patriarchy and Accumulation on a World Scale. Women in the International Division of Labor*; Gab-riel, Leo Gabriel, *Die globale Vereinnahmung und der Widerstand in Lateinamerika*. Wien, 1998.

veya böyle bir kolonileşmeyi mümkün kılan sözde üçüncü bir sanayi devriminin yaşandığı sırada yayılmaktadır. Yeni bilgisayarlı otomasyon teknolojileri emeğin oldukça belirgin -yüzde 80’e varan⁴³- bir biçimde azaltılmasını ve eğitimsiz emeğin en ucuz biçiminin kullanılmasını mümkün kılmaktadır. Yüksek teknoloji düşük ücretle birleşiyor: köleliğin yeni bir formu -ev çalışanı- ileri bir teknoloji donanımında tezahür ediyor. Emeğin, serbest (özgür) ücretli emek olarak sermayenin “gerçek” boyunduruğu altına alınması, yerini, emeğin marjinal ücretle “marjinal” tabi kılınması⁴⁴, başka bir deyişle sermaye ile “özgür” ve “eşit” bir sözleşme ortağı olarak karşı karşıya gelmediği ölçüde artık “özgür olmayan” emek almaktadır. Modern teknolojinin eleştirmenleri çağdışı “makine kırıcılar⁴⁵” olarak nitelenip dışlanıyor. Hiçbir vaadini gerçekleştirememesine rağmen teknoloji ve ilerleme, görünüşe bakılırsa hala memnuniyetle kabul ediliyor. Oysa, örneğin “işçiliğin sonu”na dönük ilerlemeci söylem ücretin (*wage*) sonu olarak anlaşılmalıdır.

Dolayısıyla MAI’de yatırımcılar ve yatırımlara yönelik en çok gözetilen ulus ilkesi, ayrımcılık yapmama ve eşit muamele hususlarına yer verilmesini görmek şaşırtıcı değildir. Amaçları ne olursa olsun hiçbir şey yatırımcı ve yatırımın önünde durmamalıdır. Eşitsiz rakiplerin, yani büyük şirketlerin ve daha küçük yatırımcıların, küresel olarak “eşit” olduğu düşüncesi yerleştirilmelidir. Yatırımcılara, küresel olarak, muazzam ve ziyadeleştirilmiş rekabet ve güç avantajları için sistematik bir “pozitif ayrımcılık”tan başka bir anlama gelmeyen en uygun koşullar sağlanır. MAI’nin belli bölümleri uyarınca, belli branşlar, ticari firmalar, alanlar veya bölgeler artık kamusal olarak desteklenmeyeceği veya sübvansede edilmeyeceği için aynı eşitsiz sonuçları ortaya çıkaracaktır; zira eşit muamele veya ayrımcılık yapmama klostları diğer yatırımcıların da desteklenme hakkına aynı şekilde sahip olmasını gerektirir. Tabi ki, bu tür “limitsiz” destekleme araçları mevcut ve elverişli olmadığından, destekleme mekanizması çöker ve daha önce desteklenmiş olanların hayatta kalma şansları da sıfıra indirilir. Nihai sonuç sağlık harcamaları, emeklilik ve eğitim gibi refah devleti unsurlarının lağvedilmesi olacaktır.

Sadece haklara göndermede bulunan, görevler veya sorumluluklardan bahsetmeyen MAI’nin de dahil olduğu böyle bir tekelci sermaye ekonomipolitigi kapsamında, artık “piyasa ekonomisi”nde hane halkı ve insanlara

⁴³ Hans-Peter Martin / Hans Schumann, *Die Globalisierungsfalle*, Reinbek, 1996.

⁴⁴ Veronika Bennholdt-Thomsen, ‘Towards a Class Analysis of Agrarian Sectors: Mexico,’ *Latin American Perspectives*, Vol. VII, No. 4, 1980, 100-114.

⁴⁵ İngiltere’nin Nottingham şehrinden olan Ned Ludd, 19. yüzyılın başlarında makine üretimi ve otomasyonu na ilk saldıran kişiydi. Bkz. David Noble, *Automation: Progress without People*, San Pedro, California, 1985.; *Luddites*, tarihsel olarak Ned Ludd isminden türetilmiştir ve terim olarak teknoloji karşıtlığı anlamına gelmektedir. Bkz. <https://www.britannica.com/event/Luddite> Erişim Tarihi: 16.09.2023 (Çev. n.)

mümkün olan en iyi koşulların sağlanmasından söz edilemez. Küreselleşmiş bir ekonomide, işçilerin Ford [otomobili]⁴⁶ satın almalarını sağlayan “Fordist” ücret ödeme modeli artık gerekli değildir; zira küresel bir perspektiften bakıldığında pazarlar, en azından kriz olmadığı sürece, her zaman tüm üretimi soğurabilecek kadar büyüktür⁴⁷. Bu nedenle, işçi sendikalarının “yeniden dağıtım” stratejisinin, her şey hesaba katılırsa, büyük bir başarı şansı olmayacaktır. Bu strateji aslında (sözde yatırım) üretim koşullarını herhangi bir şekilde sorgulamamış ve böylece yağma ve sömürüyü tasdik etmek üzere düzenlenmiştir.

MAI Politikası veya Şirketlerin Sömürgesi Olarak Dünya: Siyasal Edimin Biricik Standardı Olarak “Kamulaştırma”

MAI ekonomisi “yatırımcılara”, ancak sürekli “ilkel birikim”le örtüşen politikalarla destekleniyorsa hizmet edebilir. Eğer ilkel birikim, ilgili üretim araçlarının bu temelde birikim yapabilenlerin elinde yoğunlaştırılması yoluyla “tam birikim”in önkoşullarının yaratılması olarak anlaşılırsa, o zaman, özellikle günümüzde, bu sürecin neden Marx’ın inandığı gibi tarihsel olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Bilakis, özellikle MAI kapsamında, politika, açık bir biçimde “ilkel” birikimin modern koşullar altında kapsamlı ve küresel bir ölçekte sürdürülmesini içerir bir tarzda tanımlanır. Bu tarz politika ve ilkeler, şiddet ve askeri müdahale olasılıkları dahi dışta bırakılmaksızın, baştan aşağıya bütün araçlarla ekonominin tüm alanlarında ciddi bir yeniden dağıtımı icbar eder⁴⁸. Aynı zamanda, genel olarak sözde küreselleşmenin önkoşullarının bir parçasını oluşturan bu politik sürecin, özellikle MAI rejimi altında gerçekleşmesi beklenilmelidir:

- Küçük, orta ölçekli ve hatta daha büyük firmaların veya yatırımcıların sermayelerinden kopartılması; çöken firma sayısında artış; “serbest olmayan” girişim (örneğin, yeni alt işletme biçimleri); krediyle teşvik edilen “sözleşmeye dayalı” üretim; ev işçileri gibi yeni yarı serbest meslek sahipleri; “alternatif” işletmeler; “lumpen burjuvazi”ye doğru genel bir eğilim⁴⁹.

⁴⁶ Joachim Hirsch / R. Roth, Das neue Gesicht des Kapitalismus. Vom Fordismus zum Postfordismus. Hamburg, 1986.

⁴⁷ Hans-Peter Martin / Hans Schumann, Die Globalisierungsfälle.

⁴⁸ Europäisches Parlament, ‘Entwurf eines Berichts über eine Sicherheits- und Verteidigungspolitik für die Europäische Union,’ Ausschuß für Auswärtige Angelegenheiten, Sicherheit und Verteidigungspolitik, Berichterstatter; Leo Tindemans, Brüssel, June 11, 1996.

⁴⁹ André Gunder Frank, Kapitalismus und Unterentwicklung in Lateinamerika.; Veronika Bennholdt-Thomson, ‘Investment in the Poor: an Analysis of World Bank Policy’1988.; Werlhof, Claudia von Werlhof, ‘Production Relations without Wage Labor and Labor Division by Sex,’ Review, VII, 2 (Fall), 1983, 315-359.

- Çiftçilerin topraklarından yeniden kopartılması veya mülklerinden çıkartılması; tarım reformu yasalarının ilga edilmesi (şu anda Meksika’da olduğu gibi); tarım, hayvancılık ve bitki yetiştiriciliğinde genetik ve yeni üreme teknolojilerinin zorla tanıtılması; yaşam formlarının (genetik materyalin ç.n.) patentlenmesi; yerli üreticilerin “fıkri mülkiyet”ine yönelik soygun⁵⁰.
- Kadınların bedenlerinden teknolojik olarak ayrılması: öjenik amaçlar için genetik ve üreme teknolojilerinin zorla tanıtılması, genellikle kadınların kendi bedenleri üzerindeki kontrolünün daha da azaltılması ve kadınların çocuk doğurma “tekeli”ni kırmaya dönük sürekli deneyler⁵¹.
- İşçilerin -erkeklerin ve kadınların- iş yerlerinden, ücretlerinden ve iş gücünden ayrılması: “ücretsiz meta üretimi”, yarı zamanlı çalışma, çalışma koşullarının “esnekleştirilmesi”nde ima edildiği gibi genellikle güvence-siz istihdam koşulları; asgari yaşam düzeyi altındaki iş ücretleri; istihdam koşullarının bir ev kadınının çalışma modeli biçiminde gerçekleşen ücretsiz çalışmadan yararlanma anlamında “ev kadını-laştırılması”nın genişletilmesi; işgücünün yaygın marjinalleştirilmesi veya “lumpen proleterleşme” ve genel olarak insanların, basit bir biçimde talebe kullanılabilen veya imha edilebilen, yalnızca potansiyel olarak kullanılabilen bir “hammadde”ye indirgenmesi⁵².
- Kamunun (yerel topluluklar, eyaletler ve merkezi hükümetlerin) mülklerinden koparılması; özel tekeller lehine “özelleştirme”; arazi, bina, kamu işletmeleri, müşterek mülkiyete konu olan şeylerin ve “toplumun tüm bireylerinin yararlanacağı doğal kaynaklar”ın satışı⁵³.

“Kamulaştırma”, “yatırım” ile birlikte, MAI’nin merkezi kategorisidir. Tıpkı yatırım kavramı gibi geniş bir biçimde anlaşılanın yanında eşit derecede saptırılmıştır da. MAI’de “kamulaştırma” kaçınılması gereken bütün durumları kapsayan ortak bir terimdir; zira bu durumlar yatırım faaliyetleri için zararlı veya engelleyici olarak kabul edilmektedir. Terim sadece klasik

⁵⁰ Vandana Shiva, Listserver of Diverse Women for Diversity, various numbers, New Delhi, 1998.; Mies / Shiva, Ecofeminism; Forum on Land, Food Security and Agriculture, “Statement, International Conference on ‘Confronting Globalization, Asserting our Right to Food,’” Kuala Lumpur (Malaysia), November 11-12, 1998.

⁵¹ Anna Bergman, Die verhütete Sexualität. Die Anfänge der modernen Geburtenkontrolle, Hamburg, 1992.; Claudia von Werlhof, ‘Schöpfung aus Zerstörung? Die Gentechnik als moderne Alchemie und ihre ethisch-religiöse Rechtfertigung’ Baier, Wilhelm (ed.), Genetik. Einführung und Kontroverse, Graz, 1997a, 79-115.

⁵² Günther Anders, Die Antiquiertheit des Menschen, II. Über die Zerstörung des Lebens im Zeitalter der 3. Industriellen Revolution. München, 1980.; Veronika Bennholdt-Thomsen, ‘Marginalität in Lateinamerika-Eine Theoriekritik,’ Lateinamerika, Analysen und Berichte 3, Berlin, 1979, 45-85.

⁵³ Tony Clarke, Silent Coup. Confronting the Big Business Takeover of Canada.

anlamda millileştirme veya toplumsallaştırma hatta “sosyalist kamulaştırma” anlamında kullanılmaz. MAI’ye göre kamulaştırma terimi, örneğin cari yasaların veya teamül hukukunun geçerliliğinden kaynaklanan veya karışıklıklar sebebiyle beklenen kârların elde edilemediği veya kısmen elde edilebildiği durumları ima eden “dolaylı” (“tedrici”) kamulaştırmayı da kapsamaktadır. Bu nedenle MAI, belirli bir zaman ve belirli bir yerde yatırımcının özgürlüğünü engelleyebilecek ve dolayısıyla MAI’ye uymayacak tüm yasa ve düzenlemelerin geriye dönük olarak kaldırılması gerektiğini (“geri alma” klozu) öngörmektedir. Yine doğaldır ki, 20 yıllık sözleşme süresi boyunca, MAI ile uyumsuzluk oluşturacak politikaları içeren yasalar ve düzenlemeler yapılmamalıdır (“mevcudun korunması-statüko” klozu). Son olarak, herhangi bir zamanda engellendiğini hisseden herhangi bir yatırımcı, kendisini her türlü demokratik kontrolün dışında bırakan MAI uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvurarak, uluslararası bir tahkim önünde çıkarlarını ileri sürebilir/koruyabilir. Yatırımcı, “kamulaştırma” onun gözünde yatırım özgürlüğünün engellenmesi anlamına geldiğinden, herhangi bir yerel topluluk, ülke, hükümet veya diğer bir yatırımcıya karşı [kamulaştırma gerekçesiyle] tazminat davası açabilir. Biliyoruz ki, MAI tahkim heyeti, her durumda, “talepte bulunan” yatırımcıyı destekleyecek şekilde yapılandırılmıştır, zira yatırımcının doğrudan ilgili yerel veya ulusal mahkemelere başvurmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Üstelik Kanada ve Meksika’da yatırımcıların haklarının, söz konusu halk topluluğunun etkileneyeceği potansiyel sağlık tehlikeleri ile kıyaslandığında öncelikli olduğu savını öne süren emsal kararlar söz konusudur⁵⁴.

MAI’nin kamulaştırma terimine yönelik yaklaşımıyla ilgili olarak şu çıkarımlar yapılabilir: “Kamulaştırma” gerçekte yatırımcıya yönelik kamulaştırma tehdidini değil, ancak yatırımcının başkalarını kamulaştırma ile tehdit etmesini ifade eder. Nitekim aslında daha küçük ve orta ölçekli yatırımcıların yanı sıra yatırımcı olmayanlar da büyük yatırımcılar lehine kamulaştırılmakta-mülksüzleştirilmektedir. Bu, ilkel birikim anlamında klasik bir soygun örneğidir; fakat şu farkla ki, MAI ile birlikte bu soygun bir yasal standart olmasa bile yasal bir prosedür haline gelmiştir. Böylelikle MAI şimdiye kadar acımasız bir biçimde olgunlaşmış, ancak kararsız bir şekilde de olsa yargı tarafından daima müdahale edilmiş bir eğilimi onaylar ve yasallaştırır. Sağlıkları, beslenme koşulları, refah talepleri ve yaşamsal çıkarları uğruna mücadele etmeye girişenler, MAI koşulları altında potansiyel suçlular olarak sınıflandırmayı göze almalıdır.

MAI, savunucularının gözünde, sadece “politik” bir sözleşme değil, neredeyse “doğal bir yasa”nın hayata geçirilmesidir. Bu açıdan MAI, küresel olarak,

⁵⁴ Örneğin yatırımcı şirketin Kanada devletine karşı kazandığı Kanada’daki U.S. Ethyl Corporation davası; Toronto Star, July 21, 1998.

herhangi bir doğal ve sosyal kısıtlamadan azat edilmiş sermayenin kusursuz kullanımını mümkün kılmak için “zorunlu” uzun vadeli bir yasadır. Burada, “tüm engel ve tümseklerden temizlenmiş bir oyun alanı”, “ameliyathane”, arıtılmış bir savaş alanı söz konusudur. MAI, “kültür”ün ve “doğa”nın ne anlama geldiğini yeni baştan tanımlar. Kadınlara, köylülere ve sömürgeleştirilmiş insanlara ek olarak, kültürün ve “medeniyet”in başarılarını münhasıran kendilerine atfeden küçük bir azınlık dışında bütün herkes, kültürden koparılarak “doğa”ya geri döndürülür. Tıpkı “doğa”nın herhangi bir “değer”e sahip olmadığına düşünülmesi gibi, “doğallaştırılmış” insanların emek ve yaşamlarının da bir değeri bulunmaz⁵⁵.

MAI, yeni bir politik dünya düzeninin veya dünya anayasasının ve yeni bir ulus devletin, MAI-devletinin temeli olacaktır. MAI, önümüzdeki yirmi yıl için hukuki ve politik etkinliğin -”mono-pol-itika⁵⁶” temel koşullarını tanımlar. MAI ile birlikte, düzeyi ne olursa olsun tüm hükümetler, sıklıkla şikâyet edildiği gibi, yalnızca basit bir biçimde egemenliklerinden mahrum bırakılmamaktadır⁵⁷. Bu hükümetler anlaşmayı imzalayarak, demokratik anayasa idealine göre imkânsız olsa da, halkların egemenliklerini çalmaya ya da onları egemenliklerinden “kopartma”ya teşebbüs ediyorlar. Aynı zamanda, imzacı hükümetler, yatırımcılara yalnızca ulus-devletin statüsüne eşit bir statü sağlamakla kalmayıp, (onların) daha büyük bir güce ve hiyerarşide daha üstte olmalarına izin vererek egemenliklerinin çoğunu kaybediyorlar: [nitekim] özel yatırımcılarla olan uyuşmazlıkların çözümünde, kaybedenler onlar (hükümetler) olabilirler. Hükümetler ayrıca, halihazırda özel yatırımcılara satılmakta olan kamu mülklerinin, yalnızca devlet hazinesini veya kamu kasasını doldurmak için değil, aynı zamanda şirketleri kısmen zenginleştirmek için özelleştirilmesine izin vererek ekonomik güçlerini de azaltıyorlar. MAI ile hükümetler, tekellere (veya oligopollere) ilişkin siyasal düzen sorununu yalnızca kamu veya devlet tekelleri alanında, özel tekellere atıfta bulunmadan ele alarak, rekabet düzeninin ve yasal kartel düzenlemelerinin veya antitröst yasalarının özel tekellere feda edilmesine bile izin veriyor. MAI’ye göre, yalnızca devlet tekellerinin olumsuz bir çağrışımı vardır, özel tekellerin değil.

Fakat devlet, lağvedilmeyecektir. Devlet daima yatırımcıların (ve yanı sıra kendinin) ilkel birikimini gözetmek ve muhafaza etmek zorundadır. Bu anlamda devlet, yatırımcılara küresel olarak en uygun koşullarda sunabileceği daha

⁵⁵ Claudia von Werlhof ‘On the Concept of Nature and Society in Capitalism,’ Maria Mies / Veronika Bennholdt-Thomsen / Claudia von Werlhof, Women, the Last Colony, London, 1988, 96-112.

⁵⁶ Kelime metnin orijinalinde “mono-pol-itics” olarak geçmektedir. Yazarın kelime oyunu yaparak vermek istediği anlamı verebilmek için çeviride de ilgili hece aralarında iki adet tire işareti kullanılmıştır. (Çev. n.)

⁵⁷ Tony Clarke / Maude Barlow, MAI: The Multilateral Agreement on Investment and the Threat to Canadian Sovereignty. Toronto, 1997.; Tony Clarke / Maude Barlow, The MAI and the Threat to American Freedom. Toronto, 1998.

fazla “kaynak” için kendi nüfusunu “pazarlayan” bir yapıya dönüşmektedir. “Yoksulluk, yatırım yapılacak yeri güvence altına almak için bir kriter olarak iş görür⁵⁸.” Güç ve şiddet bu derece baskın olduğundan (olması gerektiğinden), devlet giderek bir polis devletine, bir askeri devlete dönüşür⁵⁹. Devlet, nüfusunu yatırımcıların çıkarları ile özdeşleştirmek ve devleti bir yatırımcı tarafından açılacak tazminat davası sorunu ile karşı karşıya bırakma riski taşıyan sivil karışıklıkların önleyici bir tarzda bastırılmasını sağlamak üzere nüfusunu bu çıkarları özümsetmek için mümkün olduğunca “terbiye edecektir”-etmek zorundadır⁶⁰. -MAI devletlerinde yeni bir eğitim sistemini temelini oluşturabilecek- bu eğitimin terbiye işlevini yerine getirememesi halinde MAI, devletin yasa ve düzeni tesis etmesine kısıtlama getirmez. “İç güvenlik” alanı, MAI tarafından açık bir şekilde dışarıda bırakılan yegâne alandır.

Dolayısıyla “MAI-devrimi”, şirketler merkezi öneme sahip “ulus devletlere” dönüşüp “kapitalist dünya sistemi”nin yeni küresel piramidinin en tepesini biçimlendirirken, merkezde bulunan modern ulus devletin, sınırları dahilinde büyük ölçekli bir ilkel birikimin gerçekleşmesini garanti etmek adına “(yarı-)periferik” bir sömürge durumuna düşürülmesini öngörür. MAI, kapitalizm ve demokrasinin ancak sömürge rejimi veya ilkel birikim henüz herkes için her yerde kurulmadığı sürece birlikte görüldüğünü ve birlikte kaldığını ve dahası [MAI’nin] başlangıç noktasının “yatırımlar” ile insan hakları veya nüfusun hayati çıkarları arasındaki bir çelişki olduğunu kanıtlamaktadır⁶¹. NAFTA ile başlayan Meksika’daki Zapatista hareketi⁶² bu gelişmeye “Yeni Dünya Savaşı” diyor ve “tüm insanlara karşı, insan varoluşuna, kültüre, tarihe karşı...” bir savaştan söz ediyor: “Neo-liberalizm yenilenmiş bir toprak işgali sürecidir... İşgalciler 500 yıl öncekilerle aynıdır... Bize bir engel olduğumuzu, ilerleme için yalnızca vazgeçilebilir olduğumuzu değil, tam anlamıyla bir engel olduğumuzu söylüyorlar”. Bu tezlerin dillendirilmesinden sonra, ABD’deki Chase Manhattan Bankası’nın bu durumun yalnızca Meksika için değil, yatırımcıların Meksika’daki siyasi istikrara olan inancı için de bir tehdit oluşturduğu gerekçesiyle Meksika hükümetinden Zapatista hareketini askeri güçle tasfiye etmesini istediği söyleniyor.

⁵⁸ Andreas Zumach, ‘Armut ist das Kriterium, das den Standort sichert,’ TAZ (*Die Tageszeitung*), No. 5099, Berlin, December 9, 1996.

⁵⁹ Bkz. Tindemans Report of the European Parliament, 1966.

⁶⁰ Serge Halimi, ‘Schlank und flexibel hinein in die Armut’.

⁶¹ Krş. Elizabeth Drake / Laura Benygar / Michael Ewing et al. The Multilateral Agreement on Investment: A Step backward in International Human Rights, Harvard Law School, Human Rights Clinical Project Program/The Robert F. Kennedy Memorial Center for Human Rights, Cambridge, 1998.

⁶² Claudia von Werlhof, ‘Upheaval from the Depth. The ‘Zapatistas’ the Indigenous Civilisation, the Question of Matriarchy and the West’, International Journal of Comparative Sociology, XXXVIII, 1-2, June, 1997b, 106-130.

MAI ile benzer bir gelişme, Kuzey Amerika ve Avrupa’da da meydana gelebilir. “Sürekli” ilkel birikim kavramı, MAI’nin politik sonuçlarını açıklamak ve onun daimî politik şiddetinin “zorunluluğunun” mantığını anlamak için analitik bir araçtır. Bu tür kapsamı “genişletilmiş” ilkel birikimde, devlet, geleneksel erkler ayrılığının ortadan kaldırılma eğiliminin bulunduğu ve gücün artık “insanlar”dan gelmediği, bilakis sistematik bir biçimde insanlara karşı döndürüldüğü yeni bir düzen görünümü kazanır. Bu eğilim aynı zamanda “merkez”lerde de artıyor. Gerçek siyasi güç, MAI ile birlikte halktan “yasal olarak” alınır ve büyük şirketlere verilir; böylece devlet ve sermaye arasında özellikle modern diktatörlüğü karakterize eden yeni bir iş birliği biçimi olan yeni bir “korporatizm” yaratılır⁶³.

SONUÇ

Yakın gelecekte bizi bekleyen tartışmalar, anlaşmazlıklar ve mücadeleler, sonuç olarak, ne yalnızca (ilkel) birikim sürecinden kaynaklanan “ganimetin paylaşımı” ne de yalnızca değişen bir siyasi düzene genişletilmiş “katılım” ile ilgili olacaktır. Söz konusu tartışma ve mücadele, öncelikle “sürekli” ilkel birikimin yürürlükten kaldırılmasıyla uğraşmak zorunda kalacak ve bu nedenle de tüm birikim sürecinin gizli temeli ile ilgileneyecektir: Uzun bir sürecin sonunda, şimdi “tahrip edici” mülkiyete dönüşmüş olan kapitalist “üretken” mülkiyete iştirak etmekle artık ilgilenmeyeceğiz. Nitekim mülkiyet ve “refah” daha fazla değil, gittikçe daha az insan için var olmaktadır. Gezegeni yağmalayan bir dünya “ekonomisi” sonsuza dek süremez. Bu nedenle, “TINA sendromu”nu -There Is No Alternative-⁶⁴ terk etmek ve günlük yaşamlarımız için ihtiyaç duyduğumuz gerçek (geçimlik) araçları yeniden ele geçirmek zorunda kalacağız.

Teknolojik ilerlemeye, ekonomik “büyüme”ye, kurumsal “rasyonalite”ye ve bunların bir sonucu olarak paraya yönelik evrensel yarı-dini inanç, gerçeklikle giderek artan bir oranda çelişecektir⁶⁵. “Açgözlülük doyurmaz⁶⁶.” Küresel ekonomik kriz artık “finansal savaş” ile daha uzun süre “tetiklenemez⁶⁷.”

⁶³ Carla Boulboulé / H.W. Schuster, ‘Mit den Verträgen von Maastricht und Amsterdam und der Einheitswährung ‘EURO’ bahnen die Regierungen der EU dem MAI-Vertrag den Weg,’ Soziale Politik Sr Demokratie, Sondernummer zum MALVertrag, April 21, 1998.

⁶⁴ Vandana Shiva, Monocultures of the Mind. Penang, 1993.; “Alternatif yok” ifadesi kapitalizmin uygulanabilir tek sistem olduğunu savunan siyasi bir slogandır. Slogan, Margaret Thatcher’in politikaları ve kişiliği ile ilişkilendirilmektedir. Bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/There_is_no_alternative Erişim Tarihi: 16.09.2023 (Çev. n.)

⁶⁵ Hans-Christoph Binswanger, Die Glaubensgemeinschaft der Ökonomen. Essays zur Kultur der Wirtschaft, München, 1998.

⁶⁶ Suria Prakash / Jennifer Mourin, ‘Hey TNCs! You can’t feed the world on greed,’ Report from PANasia Pacific, Listserv of Diverse Women for Diversity, New Delhi, 1998.

⁶⁷ Michel Chossudovsky, ‘Financial Warfare triggers Global Economic Crisis,’ Third World Resurgence, No. 98, October (Penang), 1998, 5-10.

“Kapitalist dünya sistemi”ne duyulan Batılı güvenin ön koşulu olan ütopyanın; “kötü dünya”nın insan yapımı “cesur yeni dünya” ile değiştirebileceğine dönük ataerkil ütopyanın, sonunda ölümcül bir sahtekarlık olduğunun farkına varılacaktır. Bu nedenle, asıl sorun yine -MAI ile veya MAI olmaksızın- kâr, rekabet ve insan ve doğanın sömürgeleştirilmesi etrafında organize edilmeyen “gerçek” bir ekonomi bulmak olacaktır. İlerlemenin sonunda şiddetin ortadan kaldırılmasına ilişkin bir yaklaşım geliştirmek, iş birliği ve birlikte yaşama üzerine kurulmuş bir kültür yaratmak zorundayız⁶⁸. Bu amaç için, kapitalizmin ve ataerkilliğin bizi “ayırmaya” çalıştığı şeye ihtiyacımız var: yaşamın radikal kabulüne dayanan “muhalif” bir akla.

⁶⁸ Immanuel Wallerstein, *Unthinking Social Science: The Limits of Nineteenth-Century Paradigms*, Cambridge: Polity, 1991.

KAYNAKÇA

- ANDERS, Günther, Die Antiquiertheit des Menschen, II. Über die Zerstörung des Lebens im Zeitalter der 3. Industriellen Revolution. München, 1980.
- BENNHOLDT-THOMSEN, Veronika / MIES, Maria, Eine Kuh für Hillary. Die Substanzperspektive. München, 1997.
- BENNHOLDT-THOMSEN, Veronika, ‘Investment in the Poor: an Analysis of World Bank Policy’ in: Mies, Maria; Bennholdt-Thomsen, Veronika; and von Werlhof, Claudia, Women, the Last Colony, London, 1988, 51-63.
- BENNHOLDT-THOMSEN, Veronika, ‘Marginalität in Lateinamerika-Eine Theoriekritik,’ Lateinamerika, Analysen und Berichte 3, Berlin, 1979, 45-85.
- BENNHOLDT-THOMSEN, Veronika, ‘Towards a Class Analysis of Agrarian Sectors: Mexiko,’ Latin American Perspectives, Vol. VII, No. 4, 1980, 100-114.
- BERGMANN, Anna, Die verhütete Sexualität. Die Anfänge der modernen Geburtenkontrolle, Hamburg, 1992.
- BINSWANGER, Hans-Christoph, Die Glaubensgemeinschaft der Ökonomen. Essays zur Kultur der Wirtschaft, München, 1998.
- BOULBOULLE, Carla / SCHUSTER, H.W., ‘Mit den Verträgen von Maastricht und Amsterdam und der Einheitswährung ‘EURO’ bahnen die Regierungen der EU dem MAI-Vertrag den Weg,’ Soziale Politik Sr Demokratie, Sondernummer zum MALVertrag, April 21, 1998.
- CHOMSKY, Noam, Wirtschaft und Gewalt. Vom Kolonialismus zur neuen Weltordnung. München, 1995; English ed.; Year SOI: The Conquest Continues. Boston, 1993.
- CHOSSUDOVSKY, Michel, ‘Financial Warfare triggers Global Economic Crisis,’ Third World Resurgence, No. 98, October (Penang), 1998, 5-10.
- CLARKE, Tony / BARLOW Maude, MAI: The Multilateral Agreement on Investment and the Threat to Canadian Sovereignty. Toronto, 1997.
- CLARKE, Tony / BARLOW, Maude, The MAI and the Threat to American Freedom. Toronto, 1998.
- CLARKE, Tony, Silent Coup. Confronting the Big Business Takeover of Canada, Toronto, 1997.
- DRAKE, Elizabeth / BENYGAR, Laura / EWING, Michael et al., The Multilateral Agreement on Investment: A Step backward in International Human Rights, Harvard Law School, Human Rights Clinical Project Program/The Robert F. Kennedy Memorial Center for Human Rights, Cambridge, 1998.
- ENGELS, Rainer / MERTENS, Jens / WAHL, Peter et al., ‘Alles neu macht das MAI. Das Multilaterale Investitionsabkommen. Informationen, Hintergründe, Kritik,’ (WEED/Germanwatch), Bonn (March), 1998.
- EUROPAISCHES Parlament, ‘Entwurf eines Berichts über eine Sicherheits- und Verteidigungspolitik für die Europäische Union,’ Ausschuß für Auswärtige Angelegenheiten, Sicherheit und Verteidigungspolitik, Berichterstatter; Leo Tindemans, Brüssel, June 11, 1996.

- FORUM on Land, Food Security and Agriculture, "Statement, International Conference on 'Confronting Globalization, Asserting our Right to Food,'" Kuala Lumpur (Malaysia), November 11-12, 1998.
- FRANK, André Gunder, Kapitalismus und Unterentwicklung in Lateinamerika, Frankfurt am Main, 1968.
- FRANK, André Gunder, World Accumulation, 1492-1789. New York, 1976.
- GABRIEL, Leo, Die globale Vereinnahmung und der Widerstand in Lateinamerika. Wien, 1998.
- HALİMİ, Serge, 'Schlank und flexibel hinein in die Armut,' Le Monde Diplomatique, (July), 1996.
- HIRSCH, Joachim / ROTH, R., Das neue Gesicht des Kapitalismus. Vom Fordismus zum Postfordismus. Hamburg, 1986.
- KHOR, Martin, 'Die Folgen für den Süden,' Mies and Werlhof (eds., 1998); Lizenz zum Plündern. Das Multilaterale Abkommen über Investitionen-MAI- Globalisierung der Konzernherrschaft-und was wir dagegen tun können, Hamburg, 1998, 79-91.
- KOMMITTEE Widerstand gegen das MAI, 'MAI, der Gipfel der Globalisierung,' Reader zum Kongreß, Bonn, 1998.
- KORTEN, David, Globalizing Civil Society. Reclaiming our Right to Power. New York, 1998.
- KORTEN, David, When Corporations Rule the World. Westhardford, 1996.
- LUXEBURG, Rosa, The Accumulation of Capital. London, 1971, 1st ed. 1923.
- MARK-UNGERICHT, Bernhard, Der Staat, die Politik und der Widerstand gegen das MAI (manuscript), Graz, 1998.
- MARTIN, Hans-Peter / SCHUMANN, Hans, Die Globalisierungsfalle, Reinbek 1996.
- MARX, Karl, 'Die sogenannte ursprüngliche Akkumulation,' Marx, Karl/Engels, Friedrich: Werke. Vol. 23, Berlin, 1974, 1st ed. 1867, 741-791.
- MIES, Maria / BENNHOLDT-THOMSEN, Veronika / WERLHOF, Claudia von, Women, the Last Colony, London, 1988.
- MIES, Maria / SHIVA, Vandana, Ecofeminism. London, 1993.
- MIES, Maria / WERLHOF, Claudia von (eds.), Lizenz zum Plündern. Das Multilaterale Abkommen über Investitionen-MAI-Globalisierung der Konzernherrschaft-und was wir dagegen tun können. Hamburg, 1998.
- MIES, Maria, Patriarchy and Accumulation on a World Scale. Women in the International Division of Labor. London, 1986.
- NOBLE, David, Automation: Progress without People, San Pedro, California, 1985.
- NOE, Claus, Warten auf das Weltkartellamt, in; Die Zeit, No. 11, Map 3, 1998.
- OECD (Organization of Economic Co-operation and Development), The Multilateral Agreement on Investment, the MAI Negotiating Text. Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Paris, 1997, 1998.

- PRAKASH, Suria / MOURIN, Jennifer, 'Hey TNCs! You can't feed the world on greed,' Report from PANasia Pacific, Listserver of Diverse Women for Diversity, New Delhi, 1998.
- REVIEW, Vol. IV No. 1 (summer), 1980.
- REVIEW, Vol. VII, No. 2 (fall), 1983; "The Household and the Large-Scale-Agricultural Unit."
- SHIVA, Vandana, Listserver of Diverse Women for Diversity, various numbers, New Delhi, 1998.
- SHIVA, Vandana, *Monocultures of the Mind*. Penang, 1993.
- SHIVA, Vandana, *Trading our Lives away. An Ecological and Gender Analysis of "Free Trade" and WTO*. Penang/New Delhi, 1995.
- SMITH, Adam, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London, 1776.
- SMITH, Joan / WALLERSTEIN, Immanuel / EVERS, Hans-Dieter, *Households and the World-Economy*. Beverly Hills; Sage, 1984.
- TAZ (Die Tageszeitung): October 15, 1998.
- Third World Resurgence, (Penang), October, 1998.
- Toronto Star, July 21, 1998.
- WALLACH, Lori / NAIMAN, Robert, 'NAFTA. Four and a half Years later,' *The Ecologist*, Vol. 28, No. 3, May/June, 1998.
- WALLERSTEIN, Immanuel, 'The Rise and Future Demise of the World Capitalist System: Concepts for Comparative Analysis,' *Comparative Studies in Society and History*, 16 (4), 1974b, 387-415.
- WALLERSTEIN, Immanuel, Preface, in: Werlhof, Claudia von, *Wenn die Bauern wieder kommen, Frauen, Arbeit und Agrobusiness in Venezuela*. Bremen, 1985, 16-19.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *The Modern World-System I*. New York: Academic Press, 1974a.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *The Modern World-System II: Mercantilism and the Consolidation of the European World-Economy, 1600-1750*, San Diego/London: Academic Press, 1980.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *The Modern World-System III: The Second Era of Great Expansion of the Capitalist World-Economy, 1730-1840*, San Diego/London: Academic Press, 1989.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Unthinking Social Science: The Limits of Nineteenth-Century Paradigms*, Cambridge: Polity, 1991.
- WERLHOF, Claudia von / NEUHOF, Hanns-Peter, 'The Combination of Different Production Relations on the Basis of Non-Proletarianization: Agrarian Production in Yaracuy, Venezuela,' *Latin American Perspectives*, 34 (summer), Vol. IX, No. 3, 1982, 79-103.

- WERLHOF, Claudia von, 'Frauenarbeit: Der 'blinde Fleck' in der Kritik der Politischen Ökonomie,' Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis, I: Erste Orientierungen, Köln, 1978; (English ed.: "Women 's work: The blind spot in the critique of political economy," Mies, Maria, Veronika Bennholdt-Thomsen, Claudia von Werlhof, Women, the Last Colony. London, 1988, 13-26)
- WERLHOF, Claudia von, 'MAInopoly: Aus Spiel wird Ernst,' in: Mies, Maria and Claudia von Werlhof (eds.): Lizenz zum Plündern. Das Multilaterale Abkommen über Investitionen-MAI-Globalisierung der Konzernherrschaft-und was wir dagegen tun können, Hamburg, 1998, 131-176.
- WERLHOF, Claudia von, 'On the Concept of Nature and Society in Capitalism,' in: Mies, Maria, Veronika Bennholdt-Thomsen, and Claudia von Werlhof, Women, the Last Colony, London, 1988, 96-112.
- WERLHOF, Claudia von, 'Production Relations without Wage Labor and Labor Division by Sex,' Review, VII, 2 (Fall), 1983, 315-359.
- WERLHOF, Claudia von, 'Schöpfung aus Zerstörung? Die Gentechnik als moderne Alchemie und ihre ethisch-religiöse Rechtfertigung,' Baier, Wilhelm (ed.), Genetik. Einführung und Kontroverse, Graz, 1997a, 79-115.
- WERLHOF, Claudia von, 'Teile und Herrsche. Warum Bauern und Hausfrauen im kapitalistischen Weltsystem nicht verschwinden,' Was haben die Hühner mit dem Dollar zu tun? Frauen und Ökonomie, München, 1991, 83-113.
- WERLHOF, Claudia von, 'The Proletarian is dead; long live the Housewife?,' in: Smith, Joan, Immanuel Wallerstein, Hans-Dieter Evers (eds.), Households and the World- Economy, Beverly Hills/London/New Delhi, 1984, 131-147.
- WERLHOF, Claudia von, 'Upheaval from the Depth. The 'Zapatistas' the Indigenous Civilisation, the Question of Matriarchy and the West' International Journal of Comparative Sociology, XXXVIII, 1-2, June, 1997b, 106-130.
- WERLHOF, Claudia von, 'Why Peasants and Housewives do not Disappear in the Capitalist World-System,' working paper No. 68, Sociology of Development Research Center, University of Bielefeld, Bielefeld, 1985.
- WERLHOF, Claudia von, Wenn die Bauern wieder kommen. Frauen, Arbeit und Agrobusiness in Venezuela, Bremen, 1985.
- ZUMACH, Andreas, 'Armut ist das Kriterium, das den Standort sichert,' TAZ (Die Tageszeitung), No. 5099, Berlin, December 9, 1996.