

# Ö Z E L H U K U K



# İNTİKAL (GEÇİŞ) HUKUKU BAKIMINDAN TEK SATICININ PORTFÖY TAZMİNATINI TALEP ETME HAKKININ TABİ OLDUĞU SÜRE HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

(Considerations on The Term For a Claim For Portfolio Compensation of The Exclusive Distributor in Transition Law)

Prof. Dr. Faruk ACAR\*

## ÖZET

YTKK'nun Yürürlük Kanunu m.6'da "*eski hukuk*" ifadesine yer verilmek suretiyle, "*hukuk güvenliği*" lehine bir tutum sergilenmiş, eski dönemde içtihat hukukuyla da olsa doğan haklar bakımından süreler noktasında eski hukukun uygulanmaya devam edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu bağlamda, eski dönemde acente gibi tek satıcı lehine kabul edilen portföy tazminatı, yine o dönemde doğmuşsa, hakkın doğduğu dönemde kabul edilen zamanaşımına (süreye) tabi olması gerekir.

**Anahtar kelimeler:** Portföy tazminatı, tek satıcı, acente, zamanaşımı, içtihat hukuku, intikal hukuku.

## Abstract

The new Code of Commerce has took a stance with the "legal security" by mentioning "the old law" in the art. 6 of the Law of Enforcement of the Code of Commerce. It is accepted that the rights inflicted by the jurisprudence of the old law should be protected. Within this context, to the portfolio compensations for agencies, originated in the days of the old law, should be applied the prescription as accepted by the old law.

**Keywords:** Portfolio compensation, Sole agent, agency, prescription, jurisprudence, transition law

---

\* MÜHF Medeni Hukuk Anabilimdalı Öğretim üyesi

## I. Genel Bilgi

Acente adını verdiğimiz tacir yardımcısı, ticari faaliyet alanıyla ilgili olarak müvekkilinin “*iş hacmini*” genişletmektedir. Böylece müvekkilinin ticari işletmesinin değerinde (aynı zamanda kazancında) bir artış ya da yükselme meydana getirebilmektedir. Acentenin oluşturduğu ve genişlettiği müşteri çevresi (portföy/peştimaliye), acentelik ilişkisi sona erdikten sonrada müvekkiline ticari kazanç getirmeye devam etmektedir. Buna rağmen müvekkil, (eski) acenteye ücret ödemeyecektir. Zira müvekkil ile acente arasındaki acentelik ilişkisi (sözleşmesel ilişki) sona ermiştir. Bu durumun acente aleyhine haksız bir durum yarattığı açıktır. Bunu gidermek üzere eTTK döneminde, acentelik sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak acente lehine “*portföy tazminatı*” adı altında bir bedelin ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Ne var ki, bu kabulün hukuki dayanaklarında görüş birliği de yoktu. Zira bu yönde eTTK’unda açık ve özel bir hüküm bulunmamaktaydı. Bir yandan eTTK.m.134’ün “*geniş yorumlanması*” teklif edilmektedir, öte yandan da “*TMK.m.1’e dayanarak boşluk doldurma*” yöntem ve yorumları ileri sürülmektedir<sup>2</sup>. Bu konuda **Poroy/Yasaman**’ın şu satırlarını buraya almakta yarar vardır<sup>3</sup>:

*“ETK döneminde Yargıtay, doktrindeki görüşleri de dikkate alarak acentenin portföy tazminatı hakkını, kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen kabul etmiştir.”*

Yine yazarlar metnin devamında bunu teyit eder şekilde şunları eklemektedirler:

*“Sonuç olarak Türk Hukuku’nda da acenteye portföy tazminatı ödenmesini savunan doktrindeki baskın görüş meyvelerini vermiş ve bu görüşler doğrultusunda Yargıtay, ETK döneminde acentenin portföy tazminatı talep hakkını, kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen kabul etmiştir. Ancak Yargıtay’ın bu sonuca, ETK m.134 f.2 (TK m.121 f.5) hükmünü geniş yorumlayarak ulaşması yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle hukuk tekniği bakımından isabetsiz olmuştur. Yargıtay’ın, bu sonuca kusur prensibine istisna oluşturan ETK m.134 f.2’yi geniş yorumlayarak değil, olumlu kanun boşluğunu MK m.1 uyarınca doldurmak suretiyle varması gerekmekte idi.”*

Bize göre, acente lehine portföy tazminatı talep etme hakkının tanınması eTTK m.134/2’nin yorumlanması yoluyla değil, hukuk yaratma (kural koyma) yöntemiyle

<sup>2</sup> Bunlara dönük açıklamalar için bkz. **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, ükHüks. 964; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen, Burak**: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 41, 42; **Kaya, Arslan**: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, Ticari İşletme, Yedince Kısım, Acentelik (TTK m.102-123, İstanbul 2013, s. 221, 222; **Kayıhan, Şaban**: Yeni TTK ve TBK Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4.Baskı, Ankara 2011, s. 164, s. 172; **Şenol, Nilay**: Bayilik Sözleşmesi ve Sona Ermesi, İstanbul 2011, s.246.

<sup>3</sup> **Poroy, Reha/Yasaman, H.**: Ticari İşletme Hukuku, 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s.258.

kabul edilmeliydi<sup>4</sup>. Ancak aşağıda işaret edileceği üzere, bir hakkın hakimın *hukuk kuralı koymasına* bağlı doğması ile bu hakkın hangi süreye (zamanaşımına/hak düşürücü süreye)<sup>5</sup> tabi olması farklı konulardır.

Tek satıcılık sözleşmesi bakımından durum acentelik sözleşmesine benzer durumdadır<sup>6</sup>. Zira tek satıcı da acente gibi, mal ve hizmet sunumunu belirli bir bölgede ve sürekli olarak yapmakta, bunun sonucunda müşteri çevresi oluşturmaktadır. Basit bir satıcıdan ötesini (fazlasını) yapan tek satıcı, sözleşme konusu mal ve hizmetin sürümünü arttırmak için acente gibi faaliyette bulunmaktadır. Bu durum aynı zamanda tek satıcı için bir yükümlülüktür<sup>7</sup>. Tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesi halinde, tek satıcının yarattığı müşteri çevresiyle ticari ilişkilerini müvekkil sürdürmekte ve bundan ekonomik çıkar ya da gelir sağlamaktadır. Bu çıkardan ya da gelirden tek satıcıya da pay vermek, bir denkleştirme yapmak gereği doğmaktadır.

Ancak tek satıcılık sözleşmesi Kanunlarımızda **“tipik sözleşme”** düzeyine çıkacak şekilde düzenlenmiş, hakkında hüküm sevk edilmiş değildir. Diğer bir ifadeyle tanımı, mahiyeti, hak ve yükümlülükleri, sona ermesi gibi temel konular (pozitif) hukuk şeklinde kaleme alınmış değildir. Bu nedenle tek satıcılık sözleşmesi **“atipik sözleşme”** olarak kabul etmek gerekir<sup>8</sup>. Buna bağlı olarak acenteye benzetilen tek satıcılık ilişkisinin sona ermesiyle, tek satıcının oluşturduğu veya genişlettiği müşteri çevresi sebebiyle müvekkilden portföy tazminatı isteyebileceği eskiden beri kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

Nihayetinde ise portföy tazminatını talep etme hakkının tabi olduğu sürenin ne olacağı eTTK dönemi bakımından da zorunlu olarak çözülmesi gerekmektedir.

---

Bu yaklaşım ve gerekçeleri hakkında geniş bilgi için bkz. **Yeşiltepe, Önder**: Tek Satıcılık Sözleşmesi, (MÜSBE. Özel Hukuk YLS., Prof. Dr. Merih Kemal Omağ Danışmanlığında), İstanbul 2003, s.133.

<sup>5</sup> Bu sürenin zamaşaşımı mı yoksa hak düşürücü süre mi olduğu yönündeki tartışmayı yansıtmak için zamaşaşımı/hak düşürücü süre ifadesi kullanımı tercih edilmiştir. Nitekim bkz. yT-TK.m.122/4'ün gerekçesine.

<sup>6</sup> **Kaya**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 258.

<sup>7</sup> **Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Beşinci Basım, İstanbul 1988, s. 43.

<sup>8</sup> **Tandoğan**, Cilt: I/1, s. 27, 40; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 28; **Kaya**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 255.

<sup>9</sup> **Kaya**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, s. 259. Bu yönde olmak üzere **Yargıtay 19. HD.** bir kararında aynen şunları belirttiği görülmektedir: *“...Davacı ilk sözleşmenin yapıldığı tarihten sözleşmenin feshedildiği tarihe kadar davalı firmanın ürettiği Drager marka tıp ürünlerini Türkiye pazarına tanıtarak bu markanın yayılmasına katkıda bulunmuştur. Bu şekilde müşteri çevresini tamamen veya önemli ölçüde genişleten tek satıcının sözleşmenin haklı bir neden haricinde sona erdirilmesi durumunda tek satıcıya münasip bir tazminat ödenmesi hakkaniyet gereğidir...”* (**Yargıtay 19. HD.**, E. 1999/7724, K. 2000/3470, T. 4.5.2000, www.kazanci.com).

## II. Portföy Tazminatının eTTK ve eBK Döneminde Tabi Olduğu Süre

Acentelik sözleşmesi temelinde portföy tazminatını acentenin isteyebileceği kabul edilmesi ön koşuluna bağlı olarak, bu yöndeki talebin tabi olduğu sürenin (zamaşımı/hak düşürücü süre) ne olacağı sorunu ele alınması gerekmektedir.

eTTK döneminde, eTTK m.134/2'den hareketle eBK.m.126/4 (TBK.m.147/5) uyarınca **5 yıllık** zamaşımının uygulanacağı ileri sürülmekte ve kabul edilmekteydi. "**Acentelik Mukavelesinin Sona Ermesi**" başlığı altında "**Tazminat Borcu**" alt başlığı ile eTTK m.134/2 aynen şu hükme yer vermişti:

*"Müvekkilin veya acentenin iflâs veya ölümü yahut hacir altına alınması sebebiyle acentelik mukavelesi sona ererse, işlerin tamamen görülmesi halinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına nispetle tâyin olunacak münasip bir tazminat acenteye yahut yukardaki hallere göre onun yerine geçenlere verilir".*

eBK m.126 "**beş senelik**" zamaşımına tabi alacakları düzenlemiş, bent 4'de ise "**...acentalık mukavelesinden, ...doğan bütün davalar**" ifadesine yer vermiştir.

Buna rağmen tek satıcılık bakımından portföy tazminatının tabi olduğu zamaşımın ne olacağı hususunda **iki ihtimal** söz konusu olabilmektedir:

-**Birinci ihtimal**, tek satıcılık ilişkisinin acenteye benzetilmesi halinde acentelik hakkındaki yasal düzenlemelerde geçerli olan zamaşımının uygulanması. Şayet bu kabul edilecek olursa, eBK.m.126/4 (TBK.m.147/5) uyarınca 5 yıllık zamaşımından bahsetmek gerekecekti.

-**İkinci ihtimal** ise, tek satıcılık sözleşmesinin satış veya atıpik sözleşme olmasından hareketle eBK.m.125 (TBK.m.146) uyarınca 10 yıllık zamaşımının uygulanmasıdır. Şimdiden belirtelim ki, bu ikinci görüş bize daha isabetli gelmekteydi.

## III. Portföy Tazminatının yTTK Döneminde Tabi Olduğu Süre

Oysa (6012 Sayılı) yTTK (eTTK'nın aksine) açık ve özel bir hükümlerle acente lehine portföy tazminatını düzenlemiş durumdadır. "**Denkleştirme İstemi**" olarak isimlendirilen portföy tazminatı yTTK.m.122'de ele alınmıştır. Madde aynen şöyledir:

*"(1) Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra;*

*a) Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa,*

*b) Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve*

*c) Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa,*

*acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir.*

*(2) Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.*

*(3) Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz.*

*(4) Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez. Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir.*

*(5) Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır.”*

Görüleceği üzere madde portföy tazminatının doğum, talep koşullarını belirlemiştir. Bu makalede tek satıcının portföy tazminatının tabi olduğu süre intikal hukuku açısından ele alınacağı için bunlara değinmeyeceğiz. Ancak süre sorunu bakımından görüşümüzün açıklanabilmesi için yTTK.m.122/4 ve 5 dikkate almamız zorunlu gözükmektedir.

yTTK m.122/4 iki cümleden oluşmaktadır. Önem arz eden ikinci cümleyi ayırıştırarak tekrar belirtelim:

*“Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir.”*

Görüldüğü üzere fıkra iki önemli konuya değinmiş ve düzen altına almıştır. **İlki**, portföy tazminatı talebi için 1 yıllık sürenin kabul edilmesidir. **İkincisi ise**, bu sürenin sözleşmenin feshinden itibaren başlayacağıdır.

yTTK.m.122/5’de ise, maddede acente lehine kabul edilen portföy tazminatına ilişkin hükmün *“benzer hukuksal ilişkiler”*e de uygulanacağı kabul edilmiştir. Böylece acente lehine kabul edilen portföy tazminatını talep etme hakkı, tek satıcılık ve benzeri (franchise gibi) sözleşmesel ilişkilerde de olabilecektir. eTTK’da açık ve özel bir hükme dayanmayan portföy tazminatı talep etme imkanı, artık yTTK ile düzenlemeye kavuşmuştur.

Sonuçta yTTK m.122/5’deki düzenleme sebebiyle acente için öngörülen 1 yıllık sürenin tek satıcılık sözleşmesinden doğan portföy tazminatı talepleri için de uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak eTTK döneminde sona eren tek satıcılık sözleşmesi söz konusu ise portföy tazminatını talep etme hakkı için uygulanacak sürenin (zamanaşımının/hak düşürücü sürenin) eski hukuk (eTTK, eBK) çerçevesinde mi

değerlendirileceği yoksa yeni hukuka mı (yTTK, TBK) itibar edileceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle eTTK ve eBK döneminde acente veya tek satıcı lehine doğan portföy tazminatı alacağıının, yTTK döneminde ileri sürülmesi (dava edilmesi) halinde, yTTK.m.122/4,c.2'de öngörülen 1 yıllık sürenin uygulanması nasıl mümkün olacaktır? Bu sorun bir intikal (geçiş) hukuku sorunudur ve bu makalede intikal hukuku perspektifi ile görüşümüzü ortaya koyacağız.

#### IV. Yürürlük Kanunları Bakımından Durum

eTTK ve eBK /TBK döneminde doktrin ve mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen portföy tazminatı hakkı yTTK'nun yürürlüğe girmesiyle de kesintiye uğramış değildir. Yukarıda açıklandığı üzere yTTK.m.122'de açıkça portföy tazminatı kabul edilmiştir.

Bu sorun şüphesiz öncelikle 6103 sayılı TTK'nun Yürürlük Kanunu çerçevesinde çözümlenecektir. Zira Yürürlük Kanunları sırf bu amaçla ihdas edilirler<sup>10</sup>. Yürürlük Kanunları eski hukuk ile yeni hukuk arasındaki bağı, geçişi ele alır ve sorunu az, öz ve ilkeler çerçevesinde değerlendirir. Özel olarak önem verdiği konularda kanun koyucu, bir ölçüde kazuistik yöntemi tercih ederek özel hüküm sevk eder. Örneğin, hakların tabi olduğu süreler de (zamanaşımı, hak düşürücü süreler gibi) durum böyledir. Nitekim bu durum 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.5'de görülebilir.

Ancak temel yaklaşım daima şöyle olmalıdır: Az ve öz, ilkeler ihtiva eden Yürürlük Kanunları, Yürürlük Hukukunun temel ilkelerine göre yorumlanması ve uygulanması gerekir. Buna bağlı olarak, eski hukuk ile yeni hukuk arasında bağı kurmak, eski kanun döneminde doğmuş hakların (doğrudan veya dolaylı olarak) zayi olmasına izin vermemek gerekir<sup>11</sup>. Aksi halde bireylerin "**hukuk güvenliği**" tehlikeye girer<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Baysal'ın çalışmasında yeni kanunun yürürlüğe girmesi halinde doğacak soruna şöyle işaret ettiği görülmektedir: "*Uygulamada da en çok tartışılan, endişe yaratan ve merakla beklenen konu eski kanun zamanında ortaya çıkmış ve süregelmekte olan hukuki işlemlere yeni kanunun etkisinin ne yönde olacağıdır.*" (Baysal, Başak: "Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü", (İUHFM C. LXX, S. 1, 222 s. 221- 244, 2012, s. 221).

<sup>11</sup> Öte yandan kural, her hukuki soruna, sorunun doğduğu dönemdeki yürürlükte olan hukukun uygulanmasıdır Bkz. Antalya, O.G./Topuz, M.: Medeni Hukuk, 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2015, s. 303.

<sup>12</sup> Baysal'ın şunları belirttiği görülmektedir: "*Bir yürürlük kanununda olası her sorunun düşünülüp, her birinin kazuistik bir yöntemle ayrı ayrı çözüme kavuşturulması neredeyse imkansızdır. Nitekim bu şekilde yapılacak bir düzenleme, yürürlük kanununun, ilgili kanunun kendisinden daha fazla hüküm içermesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple yürürlük kanunlarında, kanun koyucu genelde yürürlük ile ilgili ilkeleri belirlemekle yetinir. Bu ilkeler olası yürürlük sorunları bakımından bir formül içerir. Ancak bu formülün tutarlı bir şekilde uygulanması ve hukuk güvenliğini sarsıcı bir uygulamaya yol açmaması için iyi bir şekilde aktarılması gereklidir. Bunun yapılmadığı durumlarda yürürlük hukukunun ana ilkeleri ışığında hükümlerin yorumu daha da önemli hale gelir.*" (Baysal, s. 221).



Konuyla ilgili olarak yTTK'nun Yürürlük Kanunu **üç önemli maddeye** yermiştir. **İlki** madde 3'tür. Madde başlığı "**Kanunla düzenlenen ilişkiler**" şeklindedir. Düzenleme ise aynen şöyledir:

*"(1) Tarafların iradelerinden bağımsız olarak, kanunla düzenlenen hukuki ilişkilere, bunlar Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır."*

**Diğeri** madde 5'dir. Madde başlığı "**Kazanılmış haklar**"dır. Düzenleme aynen şöyledir:

*"(1) Bu Kanunda kazanılmış haklar korunur."*

**Bir diğer** önemli madde 6'dır. Maddenin başlığı "**Zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü süreler**" şeklindedir. Düzenleme aynen şöyledir:

*"(1) Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler eski hukuka tâbidir. -(2) Zamanaşımı ile hak düşürücü sürelere ilişkin diğer hususlar, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Türk Ticaret Kanununa tâbidir."*

Ele aldığımız sorunun sağlıklı çözümü için her üç maddenin Yürürlük Hukukunun temel ilkeleri gözetilmek suretiyle yorumlanması gerekir. Ayrıca yeni TTK'nun gerekçesine de bakmak gerekir. Zira Kanun ile yürürlüğünü düzenleyen Yürürlük Kanunu bir bütün halinde tatbikatı belirlemektedirler.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Yürürlük Hukukunda "**hukuk güvenliği**" korumak temel amaçtır. Her kanun gibi Yürürlük Kanunu da yoruma muhtaçtır, yoruma tabi tutulur. Ancak yorum yapılırken "**hukuk güvenliği**" temel esası gözetilir. Bu çerçevede yTTK'nun Yürürlük Kanunu m.3, 5 ve 6 yorumlanmalıdır.

Bu noktada "**hukuk güvenliği**" amacına hizmet eden ve bu nedenle kabul edilen "**Kanunların Geçmişe Etkili Olmaması**" (makabline şamil olmama) ilkesi büyük önem arz eder ve rol oynar. Bu ilke özellikle, yeni Kanun ile getirilen düzenin eski kanun zamanında ve yine eski kanuna göre oluşmuş, tamamlanmış, olup bitmiş işlemlere uygulanmayacağını ortaya koyar<sup>13</sup>. Aynı zamanda yeni kanunun kural olarak ilerisi, gelecekteki işlemler için uygulama alanı bulacağına işaret eder. Yeni kanunun kural olarak ilerisi için uygulama alanı bulabilmesi ayrı ve ilke düzeyinde hukukumuzda da kabul edilmiştir<sup>14</sup>. Şu halde TTK'nun Yürürlük Kanunu m.3, 6'nın da bu temel amaç ve ilkeler doğrultusunda yorumlanması gerekir.

Öte yandan kanunların yorumunda "**sistemik**"de önem arz eder ve dikkate alınır. "**Sistemik yorum**" metodu da denilen bu yorum yönteminde, kanunun

<sup>13</sup> **Serozan, Rona:** Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s. 179.

<sup>14</sup> **Örneğin,** 6101 sayılı TBK Yürürlük Kanunu m.1; 6103 sayılı yTTK Yürürlük Kanunu m.2; 4722 Sayılı TMK Yürürlük Kanunu m.1'e bkz. ve yine **Baysal,** s. 225, 226; ilke için yine bkz. **Hatemi, Hüseyin:** İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, 2004 İstanbul, s. 18.

“*ruhu*” (amacı, ratio legis) araştırılır. Yürürlük Kanununun da diğer kanunlar gibi “amacı”, “ruhu” (ratio legis’i) vardır. Bir şablon ya da soyut kurallar manzumesi gibi matematiksel işlem yöntemiyle yürürlük kanunu uygulanamaz. Kanunun bir hükmü yorumlanırken, hükmün kanunda bulunduğu yer ve diğer hükümlerle olan ilişkisi, böylece oluşan sistematik göz önünde bulundurulur. Zira kanundaki hükümler birbirinden bağımsız, tesadüfi parçalar değildir, aksine bir silsile içinde “*bütünü*” oluştururlar<sup>15</sup>.

Bu çerçevede ele aldığımız sorunun çözümüne ışık tutacak belli başlı Yürürlük Kanunlarına bakmakta yarar vardır.

#### A. 4722 Sayılı Kanun ile 6101 Sayılı Kanuna Genel Bakış

4722 Sayılı Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’da yürürlük hukuku ilkelerine bilinçli bir sıralamayla (sistematikle) şöyle yer verilmiştir:

- Önce**, “geçmişe etkili olmama” kuralı (madde 1),
- sonra** “geçmişe etkili olma” durumları (madde 2, 3),
- daha sonra** kazanılmış haklar (madde 4),
- ve en sonda** ise önem verilen ve özel hükme ihtiyaç hissedilen “*bak düşürücü ve zamanaşımı süreler*”e yer verilmiştir (madde 20).

Gerçekten 4722 Sayılı TMK’nun Yürürlük Kanunu m.20/c.1’de (m.1’in tekrarı ve vurgusu mahiyetinde olmak üzere) önce “geçmişe etkili olmama” kuralına yer verilmiştir. Madde 20/c.1’de aynen şöyledir:

*“Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan bak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, Türk Kanunu Medenisi hükümlerine tabi olmaya devam ederler.”*

Sonra geçmişe etkili olma (derhal yürürlük) sayılabilecek, bu nedenle “*istisna*” olabilecek cinsten ilave yapılmıştır. Madde 20/c.2 aynen şöyledir:

*“Ancak söz konusu süreler, Türk Medeni Kanununun belirlediği süreden uzun ise, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, bu Kanunda belirlenen sürenin geçmesiyle dolmuş olur.”*

Görüldüğü üzere yeni sürenin geçmişte doğmuş işlemlere uygulanması *şartlı olarak* (TMK’undaki yeni sürenin geçmesiyle denmek suretiyle) fakat *açık bir hükümle* kabul edilmiştir. Aksi halde m.1’deki geçmişe etkili olmama kuralı yorumda belirleyici olacak, yani uygulama alanı bulacaktır. Zira hukuk güvenliği temel esastır.

<sup>15</sup> Oğuzman, M.Kemal/Barlas, *Nami: Medeni Hukuk*, 18.Bası, İstanbul 2012, s. 76.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda yürürlük hukuku ilkelerine bilinçli bir sıralamayla (sistematikte) şöyle yer verilmiştir:

-**Önce**, “geçmişe etkili olmama” kuralı (madde 1),

-**sonra** akabinde “geçmişe etkili olma” durumları (m.2, 3, 4),

-**daha sonra** “hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri”e (m.5, 6) yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere her iki yürürlük kanunda **önce temel esas, sonra istisnaları, daha sonra ise özel önem verilen süreler konusu ele alınmıştır**. Böylece süreler konusunda hem temel esas korunurken, hem de (geçmişe etkili olma sayılabilecek cinsten) istisna oluşturacak yanlar özel ve açık bir hükme bağlanmıştır (m.5).

6101 Sayılı TBK'nun Yürürlük Kanunu m.5'de önce “geçmişe etkili olmama” kuralına yer verilmiştir. Madde 5/1, c.1 aynen şöyle denilmiştir:

*“Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, eski kanun hükümlerine tabi olmaya devam eder.”*

Daha sonra kanun geçmişe etkili olması (derhal yürürlük) sayılabilecek, bu nedenle **“istisna”** olabilecek cinsten bir açık ilave yapılmıştır. Madde 5/1, c.2 aynen şöyledir:

*“Ancak, bu sürelerin henüz dolmamış kısmı, Türk Borçlar Kanununda öngörülen süreden uzun ise, yürürlüğünden başlayarak Türk Borçlar Kanununda öngörülen sürenin geçmesiyle, hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi dolmuş olur.”*

Görüldüğü üzere, yeni kanun süreler konusunda hakkı düşürecek veya zamanaşımına uğratacak bir **“derhal yürürlük”** (geçmişe etkili olma) istisnası yerine, **“sınırlanmış derhal yürürlüğe”** (sınırlı geçmişe etkili olma), fakat açık ve özel bir hükümle yer vermiştir. Buna göre, eBK'daki süre, yTBK'daki süreden uzun ve kanun yürürlüğe girdiğinde kalan süre yTBK'daki süreden uzun olsa bile yTBK'undaki süre dolunca zamanaşımı gerçekleşmiş olacaktır. Böylece kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesi ile derhal yürürlük arasında bir **yasal denge** kurulmuştur. Yine aynı kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında,

*“(2) Türk Borçlar Kanunu ile hak düşürücü süre veya özel bir zamanaşımı süresi ilk defa öngörülmüş olup da başlangıç tarihi itibarıyla bu süre dolmuşsa, hak sahipleri Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıllık ek süreden yararlanırlar. Ancak, bu ek süre, Türk Borçlar Kanununda öngörülen süreden daha uzun olamaz.”* denilmiş, fıkra 1/c.2'deki **“sınırlanmış derhal yürürlüğe”** yer verilmiştir. .

Böylece eBK döneminde doğan bir alacak için özel bir zamanaşımı hükmü olmasa bile, yTBK ile getirilen yeni ve özel zamanaşımı süresi **“dolmuşsa”**, hak kaybını

önlemek bakımından ek süre olarak **“bir yıl”** öngörülmüştür. Tekraren belirtmeliyiz ki, kanun koyucu bunu, açık ve özel bir hükümlerle, tereddüte yer vermeyecek şekilde irade etmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, Yürürlük Kanunları önce **“geçmişe etkili olmama”** ilkesini sistematik olarak ilk maddelerde yer vermekte, sonra buna istisna teşkil eden haller özel olarak düzenlenmekte, daha sonra ise **“özel”** bir hükümlerle süreler (zamanaşımı, hak düşürücü süre) konusu ele alınmaktadır. Böylece kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesine istisna teşkil eden durumların<sup>16</sup> haricinde **“süre”** konusu ele alınmaktadır. Bunlarda yine **“geçmişe etkili olmama”** ilkesi hatırlatılmakta, bu ilkeye istisna öngörülmüşse (derhal yürürlük durumu) hak kaybına sebep olmama kaygısıyla (hukuk güvenliğini sağlamak için) açıkça ve özel bir hükümlerle ifade edilmekte, böylece sınırlandırılmaktadır.

## B. 6103 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Durum

6013 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun genel sistematığı şöyledir:

- Önce**, “geçmişe etkili olmama” kuralını ihtiva eden hükme yer verilmiş (madde 2),
- sonra** “geçmişe etkili olma” niteliğinde olan istisnai durumlar (madde 3, 4),
- daha sonra** kazanılmış haklar (ki bu kanunun geçmişe etkili olmama kuralının somutlaşmış halidir) (madde 5),
- en sonda** ise özel önem verilen hak düşürücü ve zamaşımı süreleri ele alınmıştır (madde 6).

Görüldüğü üzere m.2 ile temel ilkeye, m.3, 4 ile istisnaya, m.5 ile bu istisna hükümlerini (m.3, 4) kapatırcasına/sınırlandırıcıasına “kazanılmış haklar” a yer vermekte, en sonda ise yine bunu pekiştirir tarzda zamaşımı düzenlemesine yer vermektedir. Diğer bir ifadeyle m.3 ve 4’deki istisnanın dışında tutulmuş bir konumda (adeta istisnaya istisna getirir şekilde/genel kurala dönüş tarzında) m.6’da “süreler” konusu ele alınmaktadır<sup>17</sup> Zira madde 6 ile 3, 4 arasında “kanunların geçmişe etkili olmaması” ilkesinin somut görünümü olan “kazanılmış haklar” a madde 5’de yer verilmiş; m.6’da ise yTBK’nun Yürürlük Kanunu m.5/1, c.2 ve f.2’deki ve TMK’nun Yürürlük Kanunu m.20/c.2’deki gibi sınırlayıcı açık ve özel bir hükme yer verilmemiştir.

<sup>16</sup> Geniş bilgi için bkz. **Antalya/Topuz**, s. 304 vd.

<sup>17</sup> Nitekim TBK’nun Yürürlüğü K .m.3’de içeriği kanunla belirlenen işlem ve ilişkiler düzenlenmiş, bu düzenlemenin geçmişe etkili olmama kuralına istisna oluşturduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. **İnceoğlu, Murat**: Kira Hukuku, C.2, İstanbul 2014, s. 547, 548.

Gerçekten de TBK'nun Yürürlük Kanunu m.5/1,c.2 ve f.2 ile 4722 Sayılı TMK'nun Yürürlük Kanunu m.20/c.2 ve f.2'ye bakıldığında **“sınırlandırılmış derhal yürürlük”**, (sınırlı geçmişe etkili olma) hükümleri açıkça ve özel olarak yer almaktadır. Oysa 6103 Sayılı TTK'nun Yürürlük Kanunu m.6/1'de **“Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler eski hukuka tâbidir”** denilmiş, 6101 sayılı Kanun ve 4722 sayılı Kanunda olduğu gibi, işlemeye başlamış sürelerle ilgili olarak özel bir hükme yer verilmemiştir.

Bu noktada belki anılan maddenin 2. fıkrasının (açık olmasa da) bu hususu düzenlediği düşünülebilir. Ancak fıkra dikkatlice okunduğunda ve ilk fıkrayla bütünlüğü gözetildiğinde durumun aksi olduğu görülecektir. Zira ilk fıkrada **“Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler...”** ele alınmış, ikinci fıkrada **“Zamanaşımı ile hak düşürücü sürelerle ilişkin diğer hususlar...”** da yeni TTK'nun uygulanacağı belirtilmiştir. **“Diğer hususlar”** ifadesi, **“eski hukuk döneminde işlemeye başlamış zamanaşımı sürelerin”** ifadesi ikinci fıkra kapsamı dışında kaldığını, yani yTTK'ya tabi olmadığını gösterir cinstendir.

Bu değerlendirme ve sonuç bize şaşırtıcı gelmemektedir. Zira her üç yürürlük kanundaki hükümler dikkatlice okunduğunda 6103 sayılı TTK'nun Yürürlük Kanununun diğerlerinden **“süreler”** konusunda farklı bir ifade biçimini tercih ettiğini görebilmekteyiz. Şöyle ki:

TBK'nun Yürürlük Kanunu m.5/1'de geçmişe etkili olmama kuralı ifade edilirken **“Eski Kanun”** yani **“Kanun”** ifadesi kullanılmıştır. Benzer şekilde 4722 Sayılı TMK'nun Yürürlük Kanunu m.20/1'de **“Türk Kanunu Medenisi”** yani **“Kanun”** ifadesi kullanılmıştır. Buna karşın, 6103 sayılı TTK'nun Yürürlük Kanunu m.6/1'de ise **“eski hukuk”** (Kanun yerine Hukuk) ifadesi kullanılmıştır.

6103 sayılı TTK'nun Yürürlük Kanunu m.6/1'de **“eski hukuk”** (Kanun yerine Hukuk) ifadesini **“Kanun”** olarak (daraltıcı yöntemle) yorumlamak mümkündür. Fakat böylesi yorum, geçmiş dönemde, ticaret/borçlar **“hukuku”** çerçevesinde kazanılan bir takım hakların, taleplerin kaybolmasına, sınırlanmasına, düşmesine sebebiyet verecektir. Ayrıca kanunların **“geçmişe etkili olmaması”** temel ilkesine aykırı olacağı için **“hukuk güvenliğini”** de zedeleyecektir. Zira hak düşürücü süre veya zamanaşımı, hakkı düşürür veya (talep imkanını) sınırlar; kazanılmış hakka zarar verir. Haliyle bu yorumun kabul edilmesi bize güç gözükmektedir.

Kanundaki **“hukuk”** ifadesiyle sadece eTTK'nun kast edilmiş olamaz. Bu düşünceyi besleyen ve destekleyen cinsten (Kanun koyucunun) bir tutumuna yTTK'nun gerekçesinde (isabetli olarak) rastlıyoruz. yTTK.m.122/4'ün gerekçesinde aynen şöyle denilmiştir:

*“Hükümde denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu bir yıllık sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu sorunu hükümde açık bırakılmıştır. Bunun sebebi, hukuk geliştirme olanaklarının önünün kapatılmamasıdır. Öğreti ve yargı kararları menfaat dengesine uygun en iyi çözümü “hukuk” olarak ortaya koymalıdır.”*

“Kanun” ile “Hukuk” kavramının, anlam ve muhtevasının farklı olduğu, “Hukuk” kavramının “Kanun”dan ötesini, fazlasını ifade ettiği açıktır. “Hukuk” kavramı, kanun dahil tüm mevzuatı (başkacı kanun, tüzük, yönetmelik gibi), ayrıca örf ve adeti, yargı içtihatlarını, hatta hakimin hukuk kuralı koymasını da kapsar. Nitekim “Hukukun kaynakları” denilirken bunlara yer verilir<sup>18</sup>.

Öte yandan “**istisnalar dar yorumlanır**” (singularia non sunt extendenda)<sup>19</sup>. Yukarıda ortaya koyduğumuz ve Yürürlük Hukukuna hakim olan ve aynı zamanda yTTK’nun Yürürlük Kanununda da benimsenen “**kanunların geçmişe etkili olmaması**” temel ilkesi (m.2) karşısında, yTTK’nun Yürürlük Kanunu m.3 ve 6/f.2’nin **dar yorumlanması** gerekir. Zira bu madde geçmişe etkili olmama ilkesine bir istisnadır. Bu çerçevede eski (ticaret) hukuku döneminde işlemeye başlamış zamanaşımı/hak düşürücü süre sorununu m.3’e sokmamak gerekir.

TBK’nun Yürürlük Kanunu m.5/1,c.1 ve f.2’de öngörülen çözümün fiilen yTTK çerçevesinde tatbik edilmesi de mümkün gözükmemektedir. Zira yTTK.m.122’deki 1 yıllık süre acentelik ve tek satıcılık sözleşmesinin **feshinden** itibaren başlatılması kanunun açık hükmü iken (yTTK.m.122/4, c.2), hangi yasal dayanağa göre bu bir yıllık süre yTTK’nun yürürlüğe girmesinden itibaren uygulanmaya başlanacağı, sorusu cevapsız kalmaktadır. Bunun olabilmesi için açık, özel ve tartışmasız bir yasal hükmün varlığını aramak gerekir. Örneğin TBK’nun Yürürlüğü Kanunu m.5/1,c.1 ve f.2’de olduğu gibi. Oysa yTTK’nun Yürürlük Kanununda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine yalın bir şekilde “**eski hukuka**” atıf yapılmaktadır.

Ekleme gerekir ki, yTTK’nun Yürürlük Kanununda, TBK’nun Yürürlük Kanuna (**yasal**) **bir atıfyoktur**. Oysa, örneğin TBK’nun Yürürlük Kanunu m.9 açıkça,

*“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, 3/12/2001 tarihli ve 4722*

<sup>18</sup> Örneğin, Medeni Hukukun (yürürlük) kaynakları kanunlar, örf ve adet, hakimin hukuk yaratmasıdır (bkz. **Antalya/Topuz**, s. 244; **Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami**: Medeni Hukuk, 18. Bası, İstanbul 2012, s. 45). Yine örneğin Ticaret hukukunun kaynakları denilirken kanunlar, örf ve adet, mesleki kararlar, ulusal üstü milletler arası anlaşmalar gösterilir, bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 17. Bu çerçevede Ticaret hukuku denildiğinde yargısal içtihatlarla oluşmuş hukuku dışta tutmak “**hukuk**” kavramına yanlış anlam vermek olsa gerekir. “Eski Hukuk”, “Eski Ticaret Hukuku” denildiği takdirde de benzer yaklaşım sergilemek gerekir.

<sup>19</sup> “**Sınırlama, yasaklama getiren veya normal düzenden ayrılarak “istisna” öngören kanun hükümlerinin uygulama alanı yorum yoluyla genişletilemeyeceği bir temel hukuk kuralıdır**” (Oğuzman/Barlas, s. 75).

***sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun hükümleri, uygun düştüğü ölçüde uygulanır.”***

demek suretiyle 4722 Sayılı TMK Yürürlük Kanuna açık bir atıf yapmıştır.

Yukarıda ortaya konulduğu üzere, 6103 Sayılı TTK'nun Yürürlük Kanunu m.3'de hernekadar **“kanunla düzenlenen hukuksal ilişkiler”**e yTTK'nun uygulanacağı belirtilmişse de, **“hakdüşürücü/zamanaşımı”** süreler ayrı ve özel olarak m.6'da düzenlenmiş, eTTK döneminde işlemeye başlayan süreler bakımından **“eski Kanun”** yerine **“eski Hukuka”** atıf yapılmıştır. Böylece kanunların **“geçmişe etkili olmaması”** ilkesi lehine tutum sergilenerek (ticaret ilişkiler açısından özel önem arz eden işlem güvenliği ya da hukuk güvenliği lehine tercih yapılmak suretiyle), gerek kanunun yorumuyla (eTTK.m.134) gerekse yargısal içtihatlar yoluyla (TMK.m.1) kabul edilen portföy tazminatına ilişkin (aşağıda açıklanacağı üzere bize göre kanuni olan) zamanaşımının uygulanması (uygulanmaya devam edilmesi) gerektiğini ortaya koymuştur.

**C. Zamanaşımı Sorununun yTTK'nun Yürürlük Kanunu Madde 3 Anlamında “Kanunla Düzenlenen İlişkiler” Bakımından Değerlendirilmesi**

Yukarıda bir ölçüde yTTK'nun Yürürlük Kanunu m.3 kapsamında ele alınması gerektiği görüşümüzü ortaya koymuş durumdayız. Ancak bu başlık altında şu açıklamalara da yer vermeyi uygun buluyoruz.

Yeni bir hukuki olay, hukuki fiil, hukuki işlem veya kurum (yeni bir kanunla (ya da kanundaki yeni bir hükümlerle) yaratılabilir. Daha önce gerçekleşen olayın, fiilin, işlemin veya kurumun, yeni bir kanunla tanımlanması, ona kimlik verilmesi, bir takım sonuçlar bağlanması, yeni bir niteleme yapılması mümkündür. Zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin de bu kapsamda düzenlenmesi mümkündür. Ancak (hak düşürücü sürenin aksine) zamanaşımı konusu bu denli basit değildir. Diğer bir ifadeyle yeni kanun ile **“yeni bir zamanaşımı”**nın öngörülmesi, söz konusu sürenin **“tam bir yenilik”** özelliği gösterdiği anlamına gelmez. Aksi halde daha evvel zamanaşımına tabi olmayan alacağın varlığı **“dolaylı”** veya **“örtülü”** olarak kabul edilmiş olur. Oysa alacak hakları zamanaşımına tabidir.

Kural olarak tüm alacaklar zamanaşımına tabidir. Borcun ya da alacağın kaynağı, doğuran sebep önem arz etmez. Nitekim **Oğuzman/Öz** eserinde aynen şu ifadeyi kullanmaktadır:

***“Ne sebepten doğmuş olursa olsun, kural olarak her türlü alacak zamanaşımına tabidir...”***<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuk, Genel Hükümler, C.1, 9.Bası, İstanbul 2011, s. 625.

Zamanaşımına tabi olmayan alacaklar ancak *istisnadır* (örneğin, TMK.m.864, 847/1 eTTK.m.888/3 gibi).

Öte yandan zamanaşımı süresinin ne olacağı konusunda kanunda özel bir düzenleme yoksa (örneğin, TBK.m.72, 82, 147 gibi), tüm alacaklar genel zamanaşımı süresini düzenleyen TBK.m.146'a tabidir. Hüküm aynen şöyledir:

*“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir”.*

Bu hüküm açıkça *“her alacağın”* zamanaşımına tabi olduğunu ve *“aksine kanun hükmü”* bulunmadıkça on yıllık süreye tabi olduğunu göstermektedir. Bundan dolayı on yıllık süreye *“genel zamanaşımı”* adı verilir.

Hükümdeki *“Kanun”* ifadesi sadece Türk Borçlar Kanununu ifade etmemektedir. Hem kanunun sözü (örneğin, *“Bu kanunda”* gibi bir ifade tercih edilmeyerek) hem de amacı Türk Borçlar Kanunundan ötesini/fazlasını ifade etmektedir. Nitekim TBK.m.146'yı karşılayan Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m.127'de şöyle denmiştir:

*“Federal Medeni Hukuk (Bundeszivilrecht) başka hüküm sevk etmemişse tüm alacaklar on yılın dolmasıyla zamanaşımına uğrar”.*

Görüldüğü üzere İBK.m.127 *“Kanun”* yerine *“Medeni Hukuk”* ifadesine yer vermiş, Borçlar Kanunu dışında medeni hukukun başkaca alanlarında (eşya hukuku, aile hukuku gibi) kabul edilmiş bir zamanaşımı yoksa, tüm bu alanlardan doğmuş alacaklara on yıllık sürenin uygulanacağını ortaya koymaktadır. Nitekim İsviçre hukuk çevresinde Kanun yerine *“Medeni Hukuk”* tercihinin *“özel hukuktan”* (Privatrecht) doğan tüm talep/alacakların (aksine düzenleme yoksa), on yıllık zamanaşımına tabi olacağı şeklinde yorumlandığını görmekteyiz<sup>21</sup>. Benzer şekilde Türk Hukukunda da TBK.m.146'daki *“Kanun”* ifadesinin, *“tüm kanunlar”* şeklinde kabul edildiği, yorumlandığını görebiliriz<sup>22</sup>.

Şu halde kaynağı ne olursa olsun (kanun, örf ve adet, yargısal içtihat (TMK.m.1), haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vs), bir alacak hakkının varlığı kabul edilecek olursa, zamanaşımına tabi olma bir *yasal zorunluluktur*. Aksi ancak kanunun özel hükmü

<sup>21</sup> Örneğin. **Berger**, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, Nr.1435, s. 476. Buna karşın *“medeni hukuk”* tarzında yorumlanmaya örnek olarak bkz. **Däppen, Robert K.**: KurzKommentar, OR Art.1-529, Herausgeber: Heinrich Honsell, Basel 2008, Vor.art.127-142, Nr.1, s. 550; **Däppen, Robert K.**: Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Aufl., Art.127, Nr.2, s. 700).

<sup>22</sup> Bkz. **Erdem, Mehmet**: Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 41. Bu sonucu teyit eder şekilde **Yargıtay HGK.** bir kararında aynen şunları belirtmektedir: *“BK'nun 125'inci maddesi, sözleşme veya kanuni borç ilişkisi nitelendirilmesine dayanan bir ayırma gitmemiş, sadece kanunda başka bir düzenleme yoksa diyerek tüm borç kaynaklarından doğan alacaklar için, özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla genel bir zamanaşımı süresi öngörmüştür”* (Yargıtay HGK.5.5.2010, 8-231/255, bkz. **Erdem**, s. 41, dp.161).



ile olabilmektedir. Gerek acente lehine gerekse tek satıcı lehine eski hukuk döneminde kabul edilen portföy tazminatının bir **“alacak”** hakkı olduğu kabul edilecek olursa<sup>23</sup> (Türk Hukukunda genellikle böyledir), kural olarak zamanaşımına tabi olması gerekir ve bu bir zorunluluktur.

Yine gerek eTTK ve gerekse eBK/TBK’da açıkça bu konuda özel bir zamanaşımı süresi yasal olarak düzenlenmediği için, eBK.m.125 (TBK.m.146) uygulama alanı bulabilecektir. Ne var ki Türk Hukuk uygulaması acentelik bakımından süre sorununu eBK.m.126/4 (TBK.m.147/5) çerçevesinde çözmüştür. Buna karşın tek satıcılık noktasında acentede olduğu kadar kolaylıkla eBK.m.126/4 (TBK.m.147/5) gidilemeyecektir. Zira eTTK.m.134/1 ve 2 açıkça acenteyi ele almış, eBK.m.126/4’de (TBK.m.147/5) **“acentelik mukavelesinden doğan tüm davalar”** denilmek suretiyle 5 yıllık süreye işaret edilirken, tek satıcılık noktasında bu denli bir açık hüküm yoktur. Zaten tek satıcılık atipik sözleşmedir. Bu durumda eski hukuk döneminde tek satıcılık için portföy tazminatına dönük bir zamanaşımından söz edilecekse, bu konuda başvurulması gereken madde eBK.m.125 olacak; zamanaşımının on yıl olarak kabul edilmesi gerekecektir<sup>24</sup>.

Bu durum göstermektedir ki, aslında ne acente ne de tek satıcı lehine portföy tazminatı bakımından eski hukuk döneminde **zamanaşımının olmayışı** gibi bir durum vardır. Aksine özellikle tek satıcılık bakımından eBK.m.125 uygulama alanı bulacaktır.

Acente ve tek satıcı lehine portföy tazminatının (varlığının) yeniliği ile zamanaşımının yeniliği karıştırılmaktadır. Burada söz konusu olan **“genel zamanaşımı”/“özel zamanaşımı”** farklılığıdır ya da **“özel hüküm”/“genel hüküm”** ayırımıdır. Eski hukuk döneminde tek satıcılık sözleşmesi bakımından özel bir zamanaşımı süresi, bu yönde bir özel (yasal) hüküm bulunmamaktaydı. Fakat genel bir zamanaşımı ve genel nitelikte bir kanun hükmü (eBK.m.125) vardı. Özel bir kanun hükmünün olmayışı, zamanaşımı konusunda hiçbir kanun hükmünü olmayışı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla yTTK Yürürlük Kanunu m.6/1 bağlamında **“eski hukukta”** tek satıcılık için zamanaşımı süresi bulunduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde şöyle garip ve açıklanması güç bir durum ortaya çıkar: 2008 yılında feshedilmiş bir sözleşmeye dayanarak doğan portföy tazminatı hakkı için 2012 yılına kadar geçen 4 yıllık süre, yeni Kanundaki 1 yıllık süre karşısında, aşkın 3 yıllık süre nasıl nitelenecektir? Bunun dayanağı hangi hukuki hüküm olacaktır? Oysa atipik sözleşme olarak nitelendirdiğimiz

<sup>23</sup> Örneğin portföy tazminatında, satış sözleşmesinde ayıplı ifaya bağlı alıcıya tanınan “ayıbın giderilmesini isteme”, “sözleşmeden dönme” veya “ayıpsız benzeri ile değiştirme” hakları gibi bir yenilik doğurucu mahiyette hakkın varlığından söz etmek güçtür. Burada bir miktar para alacağının talep edilmesi söz konusu olsa gerekir.

<sup>24</sup> Bu yönde bkz. **Ertapak, Ünal:** Tek Satıcının “Müşteri Tazminatı” Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması, İstanbul 2011, s. 74, 75.

tek satıcılık sözleşmesi, bu özelliği gereği genel zamanaşımı süresine tabidir<sup>25</sup>. Tek satıcı lehine (yTTK ile) yasal olarak portföy tazminatının kabul edilmiş olması (daha önce bu yönde yasal bir düzenlemenin olmayışı) bir “yeniliği” ifade edebilir. Fakat buradaki “yenilik”, zamanaşımı konusundaki yenilikten farklıdır. Alacak ister yasaya ister içtihat hukukuna dayansın, zamanaşımına tabi olması zorunluluğu karşısında daima *yasal bir tabiiyet* ilişkisi içinde olur, bundan dolayı zamanaşımı konusunda kanun hükmünün “tam” anlamda yenilik taşıdığı söylenemez.

Ayrıca yTTK’undaki zamanaşımı süresinin eski ilişkilere tatbikini (sınırlandırılmış geçmişe etkili olma) yasa koyucu arzu etseydi, tıpkı TBK’nun Yürürlük Kanunu veya TMK’nun Yürürlük Kanunu gibi çözüm tarzını benimserdi. Halbuki bu yönde bir hüküm de sevk edilmiş değildir.

Şu halde eski hukuk döneminde doğmuş bir portföy tazminatı alacağına uygulanacak süre, eski dönemde kabul edilmiş süre olacaktır<sup>26</sup>. Gerek eski hukuk döne-

<sup>25</sup> Açıkça karma veya isimsiz/atipik sözleşmelerden doğan alacakların da on yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönünde bkz. **Däppen**, Art. 127, Nr.3, s. 551.

<sup>26</sup> Tespit edebildiğimiz kadarıyla acentelikle ilgili olmakla birlikte konumuza ışık tutacağını düşündüğümüz bir olay **Yargıtay 11. HD.** önüne gelmiştir. Uyuşmazlıkta yTTK’nun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen portföy tazminat alacağına bağlı fakat yTTK yürürlüğe girdikten sonra açılan bir davada 1 yıllık zamanaşımı sorunu ortaya çıkmış (alacağın 1 yıl veya 5 yıllık zamanaşımına tabi olup olmadığı tartışması) ve yerel mahkeme acentelik sözleşmesinin feshinden itibaren başlatmak suretiyle 1 yıllık süreyi uygulayarak davayı reddetmiştir. Dosya Yargıtay Dairesine intikal ettiğinde şu yönde karar verilmiştir: “*Dava, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 23/16. maddesi gereğince denkleştirme (portföy) tazminatı istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda açıklanan gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 6. maddesinin 1. fıkrasında; Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü sürelerin eski hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir. Buna göre, somut olaya eski hukukun uygulanması gerekmekte olup, acentelik sözleşmesinden doğan taleplerin 6762 sayılı TTK’ya göre beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu gözetilerek, bir karar verilmesi gerekirken, ihtarnamenin 17.11.2011 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, TTK’nın 122/4 kapsamına göre davacının en geç 17.11.2012 tarihine kadar dava açması gerektiği, davanın 03.12.2012 tarihinde açıldığı gerekçesiyle, 1 yıllık yasal süreden sonra açılan davanın zaman aşımı nedeniyle reddine karar verilmesi doğru olmamış, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, kararın davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.*” (Yargıtay 11. HD. E.2014/209, K.2014/8256, T.02.05.2015 tarihli karar için bkz. <http://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/guncel-yargitay-hukuk-daireleri-kararlari-h16971.html>, erişim tarihi: 19.02.2015, saat.14.25). Yine benzer şekilde Yargıtay HGK bir kararında şunları belirtmiştir: “*Yukarıda da açıklandığı üzere, 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki yasal mevzuatımızda, 506 sayılı Kanun’un 80. maddesinde ve 6183 sayılı Kanun’da prim ve diğer alacakların doğmasındaki farklı durumlara göre zamanaşımı başlangıcı yönünden özel bir düzenlemenin yer almadığı, 5510 sayılı Kanun’un 93. maddesinin ikinci fıkrasıyla, 506 sayılı Kanun’da öngörülmeyen yeni bir düzenleme getirilerek, prim ve diğer alacakların doğmasındaki özel durumlarda zamanaşımının hangi tarihten başlayacağı belirlenmiş bulunmakla, genel olarak kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralı ve zamanaşımına ilişkin olarak 5510 sayılı Kanun’da 93. maddenin geriye yürüyeceğine olanak veren bir düzenlemenin bulunmaması/bulunmadığı*

minde gerekse yTTK döneminde acentelik ile satıcılık arasında portföy tazminatı noktasında kurulan “*rejim birliği*”/ “*paralellik*” gözetildiğinde, tek satıcı lehine portföy tazminatına ilişkin zamaşaşımı noktasında da benzer çözümün kabul edilmesini gerektirmektedir. Hukuk güvenliği böylece sağlanmış olur<sup>27</sup>.

#### D. SONUÇ

yTTK’nun Yürürlük Kanununda, Yürürlük Hukukunun temel ilkesi olan kanunların “*geçmişe etkili olmama ilkesin*” benimsenmiştir. Bu ilkeye istisna teşkil eden “*derhal yürürlük*” (*geçmişe etkili olma*) durumu istisnai mahiyette m.3’de düzenlenmiştir, fakat kanunun sistematığı de dikkate alındığında m.6’da adeta istisnaya istisna teşkil eder şekilde zamaşaşımı/hakdüşürücü sürelerde *eski hukukun* tabiki kabul edilmiştir.

yTKK’nun Yürürlük Kanunu m.6’da (yTBK ve TMK’nun Yürürlük Kanunlarında “*eski kanun*” ifadesi kullanıldığı halde) “*eski hukuk*” ifadesine yer verilmek suretiyle, “*hukuk güvenliği*” lehine bir tutum sergilenmiştir. Böylece eski dönemde içtihat hukukuyla da olsa doğan haklar bakımından süreler noktasında eski hukukun uygulanmaya devam edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

---

*gözetildiğinde, zamaşaşımı hükmü içeren anılan maddenin geçmişe yönelik uygulanamaya-  
cağı benimsenmelidir.*” (Yargıtay, HGK., E. 2013/10-1475, K. 2015/831, T. 18.2.2015 (www.kazancı.com.tr)).

<sup>27</sup> Doktrinde yTTK’ndaki 1 yıllık sürenin acente hakkındaki 5 yıllık süreyi değiştirmediği farklı gerekçelerle savunulduğunu da görmekteyiz. Örneğin, **Kaya** eserinde aynen şunları belirtmektedir: “*Bir yıllık sürenin anlamı ve işlevi tartışmaya açıktır. TBK m.147/b.5 uyarınca acentelik sözleşmesinden doğan alacaklar 5 yıllık zamaşaşımına tabidir. Acaba TTK m.122-c.2 hükmü bu süreyi değiştirmekte midir? Kanaatimizce bu sürenin aynen ayır ihbarlarındaki ihbar süresi gibi değerlendirilmesi ve talebin 1 yıl içinde ileri sürülmesi kaydı ile 5 yıl içinde denkleştirme istemine ilişkin davanın açılması olanak dahilinde kabul edilmelidir. Beş yıllık zamaşaşımı süresi, acentelik sözleşmesinin ermesiyle başlayacaktır. Nitekim Alman Hukukunda acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesi üzerine bir yıl içinde denkleştirme talep ettiğini müvekkiline bildirmeli, buna yönelik davasını dört yıl içinde açmalıdır. Söz konusu bir yıllık süre de hak düşürücü süredir*” (**Kaya**, Türk Ticaret Kanunu şerhi, s. 251). Yine diğer bir yazar ise şunları belirtmektedir: “*...Zamaşaşımı sürelerini düzenleyen TBK’nun 147.maddesinin beşinci bendi, acentelik sözleşmesinden doğan alacakların beş yıl içinde zamaşaşımına uğradığını öngörmektedir. Ancak beş yıllık zamaşaşımı süresi denkleştirme talebinin bir yıl içerisinde ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin m.122/4 hükmünü kaldırmamaktadır. Bir yıl içinde denkleştirme isteminde bulunduktan sonra zamaşaşımı süresi doluncaya kadar dava açılabilceği kabul edilmelidir.*” (**Kaya**, Mustafa İsmail: Acentelik Hukuku, Ankara 2014, s. 381). Satışta ayır ihbarı için öngörülen “uygun bir süre” sınırlaması, bu yazarların bakış açısıyla acente için 1 yıl olarak belirlenmiş durumdadır, bu süre zarfında acente tazminat alacağını bildirecek, fakat 5 yıllık süre zarfında alacağı dava talep edebilecektir. Satış sözleşmesinde sistem “uygun bir süre” içinde ayır ihbar etmek, öngörülen 2 yıllık zamaşaşımı süresi içinde seçimlik hakların kullanımı şeklindeedir. Böylece “uygun bir süre” ile 2 yıllık sürenin hem mahiyeti hem etkisi farklılaşmaktadır (bkz. **şahiniz, Salih**: Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 83, 84).

Kaldı ki, sebebi ne olursa olsun “*ber türlü alacağın zamanaşımına tabi olması zorunluluğu*” karşısında gerek acente gerekse tek satıcı lehine (eski dönemde de) kabul edilen portföy tazminatının bir zamanaşımına tabi olacağı, tek satıcılık sözleşmesinin atipik bir sözleşme olması karşısında genel zamanaşımına yani 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerekmektedir. Bu durumda yTTK'nun Yürürlük Kanunu m.6 bağlamında, tek satıcının portföy tazminatı bakımından eski dönemde zamanaşımına dair uygulanacak bir kanun hükmü olmadığını kabul etmek güçtür. Aksine eski dönemde de eBK.m.125 çerçevesinde on yıllık zamanaşımının vardır ve uygulanır. Bu yorum, kanunların geçmişe etkili olmama ilkesiyle barışık olduğu gibi ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği yönündeki hukuk ilkesiyle de barışıktır. Şu halde yTTK'nun Yürürlük Kanunu m.3'ün dar yorumlanması gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere eTTK döneminde tek satıcı lehine doğmuş portföy tazminatı alacağına yTTK yerine eski hukuk uygulanmaya devam edilmelidir.

#### KAYNAKLAR

- Antalya, O.G./Topuz, M.:** Medeni Hukuk, 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2015.
- Baysal, B.:** “Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü”, ( İUHFM C. LXX, S. 1, 222 s. 221-244, 2012, s. 221).
- Berger, B.:** Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- Däppen, R. K.:** KurzKommentar, OR Art.1-529, Herausgeber: Heinrich Honsell, Basel 2008.
- Däppen, R. K.:** Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Aufl.
- Erdem, M.:** Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Ertapak, Ü.:** Tek Satıcının “Müşteri Tazminatı” Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması, İstanbul 2011.
- Hatemi, H.:** İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, 2004 İstanbul,
- İnceoğlu, M.:** Kira Hukuku, C.2, İstanbul 2014.
- Kaya, A.:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, Ticari İşletme, Yedince Kısım, Acentelik (TTK m.102-123, İstanbul 2013
- Kaya, M.İ.:** Acentelik Hukuku, Ankara 2014.
- Kayıhan, Ş.:** Yeni TTK ve TBK Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4.Baskı, Ankara 2011,
- Oğuzman, M.K./Barlas, N.:** Medeni Hukuk, 18.Bası, İstanbul 2012,
- Oğuzman, M.K./Öz, M.T.:** Borçlar Hukuk, Genel Hükümler, C.1, 9.Bası, İstanbul 2011.
- Poroy, R./Yasaman, H.:** Ticari İşletme Hukuku, 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, İstanbul 2012.

**Serozan, R.:** Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.

**Şahiniz, S.:** Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008.

**Şenol, N.:** Bayilik Sözleşmesi ve Sona Ermesi, İstanbul 2011

**Tandoğan, H. :** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Beşinci Basım, İstanbul 1988.

**Yavuz, C./Acar, F./Özen, B.:** Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9.Baskı, İstanbul 2014

**Yeşiltepe, Ö.:** Tek Satıcılık Sözleşmesi, MÜSBE. Özel Hukuk YLS., Prof. Dr. Merih Kemal Omağ Danışmanlığında, İstanbul 2003



# FIDIC SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN SÖZLEŞMEYİ FESİH HAKKI

(The Contractor's Right of Termination Under Fidic Contracts)

Prof. Dr. Hakan ACAR

## ÖZET

*FIDIC Uluslar arası İnşaat Sözleşmeleri müteahhit ve iş sahibi arasındaki dengeyi iyi bir şekilde tesis eden ve bu niteliğiyle birçok uluslar arası projelerde uygulanan standart sözleşme metinleridir. Bu makalede bu sözleşme şartlarından müteahhidin sözleşmeyi fesih hakkına ilişkin hükümler incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken sözleşmeye uygulanan hukukun Türk Hukuku olması durumunda uygulayıcıların bu sözleşme hükümlerini Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile birlikte nasıl uygulaması gerektiğine de temas edilmiş, dolayısıyla mukayeseli bir metot takip edilmiştir.*

**Anahtar kelimeler:** FIDIC, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, Sözleşmeler.

## Abstract

*Because of the well established balance between contractor and employer and because of this characteristic FIDIC International Construction Contracts have been widely implemented in international construction projects as standart contract terms. In this article among these contract conditions the contractor's right of termination is examined. In this examination especially when the applied law is Turkish Law how the Turkish law practitioners should understand and apply these conditions with combination of Turkis Obligation Law is explained, so a comparative method is followed.*

**Keywords:** FIDIC, International Construction Contracts, Contracts.

## GİRİŞ

FIDIC Kırmızı Kitap'ta hem müteahhidin hem de iş sahibinin sözleşmeyi feshedebileceği haller detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Sözleşmenin iş sahibi tarafından tek taraflı olarak hangi şartlarda feshedebileceği m. 15.5'te belirlenirken, müteahhidin sözleşmeyi feshedebileceği haller m. 16.2'de ifade edilmiştir. Ayrıca yine sözleşmenin her iki tarafça mücbir sebebe bağlı olarak feshedilme şartları da m. 19.6'da detaylandırılmıştır. Aşağıda müteahhidin m. 16.2 kapsamında sözleşmeyi feshedebileceği haller incelenecektir. Ancak bu sebeplerin incelenmesinden önce müteahhidin

de beklenmeyen haller nedeniyle m. 19.6'ya göre sözleşmeyi tek tarafı olarak fesih hakkına sahip olması sebebiyle bu konu üzerinde de durulacaktır.

### I. Genel Olarak Müteahhidin Sözleşmeyi Feshi

Müteahhidin sözleşmeyi feshedebilmesi için öncelikle sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin yer aldığı yazılı bir ihtarnameyi iş sahibine göndermesi gerekir (m. 1.3). İhtarnameye sözleşmenin fesih sebebinin yer alması gerekir. Ancak bunun m. 16.2'de sayılan sebeplerden birisi olma şartı yoktur. Önemli olan feshin iş sahibinin kusurlu davranışına dayanmasıdır<sup>1</sup>. Feshin çok önemli sonuçları olacağından dolayı müteahhidin bu konuda hukuki danışmanlık alması ve ihtarname metninin danışmanlık hizmeti alınan hukukçular tarafından hazırlanması FIDIC rehberinde tavsiye edilmektedir<sup>2</sup>. Çünkü haklı olmayan bir sebebe dayanarak sözleşmenin feshedilmesi haksız fesih sayılacağından müteahhidin sözleşmeye aykırı bir davranışı olarak kabul edilecektir. Taraflar fesih beyanından sonra sözleşmenin sona ermediği ve sözleşmenin geçerli olduğu konusunda anlaşabilirler.

Sözleşmenin 16.2. maddesine göre istisnaların dışında yapılan fesih, bu beyanın karşı tarafa ulaştığı andan itibaren 14 gün sonra sonuç doğurur. 14 günlük fesih ihbar süresine tabi olmadan, sözleşmenin fesih beyanının karşı tarafa ulaştığı andan itibaren derhal sona erdiği haller, m. 16.2 (f)(g) bentlerinde düzenlenmiştir. Buna göre askı süresinin, işin tamamının görülmesini olumsuz etkileyecek şekilde uzaması (m. 8.11) ve iş sahibinin iflası veya iş sahibinin ödeme gücüne düşmesi durumlarında müteahhit sözleşmeyi derhal feshedebilecektir. Bu süre içinde müteahhidin iş görme borcu devam edeceği için, müteahhide talimat verilerek, 14 günlük süre içinde sözleşme konusu işi, işin görüldüğü ülkenin iş güvenliği kurallarına uygun olarak yerine getirmesi istenebilir<sup>3</sup>.

Müteahhide sözleşmeyi fesih hakkı veren sebeplerin bir kısmı ücrete ilişkin bir takım yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle müteahhide işin görülmesini askıya alma hakkı veren durumlardır. Bunlar geçici hak ediş belgesini düzenleme, ödemeyi yapma ve mali gücünün varlığını ispat etme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halleridir. Ancak müteahhidin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olduğu sebepler sadece bunlarla sınırlı değildir. Bunların dışındaki diğer bazı sebeplerin varlığı halinde de müteahhidin sözleşmeyi fesih hakkının varlığı aynı maddede

<sup>1</sup> **FIDIC Guide 2000**, s. 267. Zaten iş sahibinin beklenmeyen hal teşkil eden bir sebeple sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda da m. 19'a göre müteahhidin sözleşmeyi fesih hakkı vardır. Burada ise iş sahibinin sözleşmeye aykırı davranışı kendi kusuruna dayanmaktadır.

<sup>2</sup> FIDIC Guide, s. 267.

<sup>3</sup> FIDIC Guide, s. 268.



düzenlenmiştir<sup>4</sup>. Bu sebeplerin iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkını düzenleyen m. 15.2'ye göre daha net olduğu, sebeplerin bir çoğunun herhangi bir yoruma ihtiyaç duyulmayacak şekilde özel bir takım olaylar olduğu görülmektedir<sup>5</sup>.

Türk Hukukunda ise müteahhidin ücret ödeme, geçici hak ediş belgesinin hazırlanması veya mali gücün ispatlanması sebeplerine bağlı olarak sözleşmeden dönme hakkının olduğu ayrı bir hükümlerle düzenlenmemiştir. Bu durumda genel anlamda TBK'nun borca aykırılık hükümlerine göre müteahhidin sözleşmeden dönme hakkının varlığından bahsedilebilecektir. Buna göre hak ediş ödemelerini alamayan, hak ediş belgeleri zamanında hazırlanmayan müteahhit temerrüt hükümlerine göre sözleşmeden dönebilecektir. Aynı şekilde iş sahibinin süresi içinde mali gücünün varlığını ispat edememesi halinde müteahhit onu temerrüde düşürerek TBK m. 125/2'ye göre sözleşmeden dönebilir. Kanaatimizce müteahhidin iş sahibini temerrüde düşürmek için ihtar çekmesine gerek yoktur. Çünkü Sözleşme hükümlerinde bu borçların ne kadar süre içinde yerine getirileceği açıkça belirlenmiştir ve buna bağlı olarak TBK m. 117/2'ye göre belirli vadeli bir işlemin varlığı kabul edilerek bu sürenin geçmesiyle ihtar çekilmesine gerek olmaksızın iş sahibi temerrüde düşmüş sayılacaktır. Sözleşmede müteahhidin ayrıca 14 günlük ihtarname çekme mecburiyetinin olduğu durumlarda, 14 günlük sürenin mehil olarak kabul edilmesi mümkündür ve dolayısıyla bu sürenin geçmesi halinde ilave bir mehil süresi verilmesine gerek olmaksızın sözleşme sona ermiş sayılacaktır. Buna bağlı olarak da müteahhidin sözleşmeden dönme hakkı olacaktır. 14 günlük süre beklenmeksizin sadece ihtarnamenin karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşmenin sona ermesini temin eden sebepler ise (m. 16.2(f) (g)) zaten TBK m. 124/1 anlamında ilave süre verilmesinin etkisiz olacağı hallerden sayılarak mehil verilmesine gerek duyulmayacaktır. Fakat tarafların sözleşme ile 14 günlük mehil süresinin verileceği konusunda anlaşmış olmaları nedeniyle bu sürenin verilmemesi, müteahhidin sözleşmeden kaynaklanan bazı haklardan mahrum kalması anlamına gelecektir. Bunun pratikteki en önemli sonucu Yargıtay uygulamalarına göre işin %90'lık kısmının tamamlanmaması halinde sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesinin fesih değil dönme olarak kabul edilecek olmasıdır. Dönme halinde sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacak ve dolayısıyla müteahhit sadece menfi zararını talep edebilecektir. Bu ise müteahhidin yaptığı iş için sözleşmede belirlenen ücreti iş sahibinden talep edemeyeceği anlamına gelecektir. Çünkü sözleşmede belirlenen ücret menfi zarar değil müspet zarar niteliğindedir ki, sözleşmeden dönme halinde müspet zarar istenemez. Menfi zarar ise sözleşmenin varlığına güven nedeniyle uğranılan zararlardır. Diğer bir tabirle sözleşme olmasaydı uğranmayacak olan zarardır. Buna göre müteahhit bu sözleşme olmasaydı yapmayacak olduğu masraflarını iş sa-

<sup>4</sup> Diğer taraftan her iki tarafa da mücbir sebeplerin varlığı halinde sözleşmeden dönme hakkının verildiği de hatırdan çıkarılmamalıdır (m. 19.6).

<sup>5</sup> BAKER Ellis/MELLORS Ben/CHALMERS Scott/LAVERS Anthony **FIDIC Contracts and Practice**, Informa, London, 2009.s. 493.

hibinden talep edebilir. Yani sadece masraflarını isteyebilecektir. Yoksa sözleşme tek-lifini hazırlarken masraflarına ilave ettiği kârını ve dolayısıyla sözleşmede işin o kısmı için belirlenen ücreti talep edemez. 14 günlük mehil süresine uyulması halinde ise müteahhit yapılan iş için sözleşmede belirlenen ücreti isteyebilir ki bu ücretin içinde masrafların yanında kâr da vardır. Dolayısıyla işin % 90'ının bitirilip bitirilmemesi, müteahhidin sözleşmede belirlenen ücreti almasına mani olmayacaktır.

## II. Beklenmeyen Haller Nedeniyle Müteahhidin Sözleşmeyi Fesih Hakkı

Sözleşmenin 19.7. maddesinde sözleşmenin ifasını taraflardan birisi veya her ikisi için hukuki veya fiili olarak imkânsız hale getiren ve onların kontrolü dışın-daki mücbir sebep (*force majeure*) gibi bir sebebin ortaya çıkması (mücbir sebeple sınırlı olmamak şartıyla) ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre taraf-ları sözleşmenin ifasından kurtaracak bir ifa engelini varlığı hallerinde, taraflardan herhangi birisinin diğer tarafa göndereceği bir ihtarname ile sözleşmeyi feshederek yukarıda sayılan masrafları isteyebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi burada sözleş-menin imkânsız hale gelmesinde etkili olan ve tarafların kontrolü dışındaki hadisenin değerlendirilmesi sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka bırakılmıştır. Bu sebebin mutlaka mücbir sebep niteliğinde olmasının gerekmediği, beklenmeyen hal niteli-ğindeki diğer bir olayın da bu hükmün uygulanması için yeterli olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu şekilde sözleşmeyi imkânsız hale getiren bir takım olağanüstü hallerin varlığı halinde bunların farklı hukuk sistemlerindeki farklı değerlendirilmesinden kaynaklanabilecek sorunlar giderilmek istenmiştir. Burada önemli olan tarafların kontrolünün dışındaki bir sebebin ortaya çıkmasıdır. Bu sebebin sözleşmeyi subjektif veya objektif olarak imkânsız hale getirdiğinin bir önemi olmayacaktır. Yine bu sebep ülke mevzuatında meydana gelen bir değişiklik nedeniyle meydana gelen bir hukuki imkânsızlık veya deprem ya da savaş gibi doğal bir nedene bağlı olarak meydana gelen bir fiziki imkânsızlık da olabilecektir<sup>6</sup>. Bu sebeplerin ortaya çıkması halinde artık ta-rafların sözleşmeden kaynaklanan borcu yerine getirme yükümlülükleri ortadan kal-kacaktır. Ancak tarafların daha önceki sözleşmeye aykırılıkları nedeniyle birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri haklar (mesela tazminat hakkı) ortadan kalkmış olmayacak ve sonradan ortaya çıkan imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin sona ermesine rağmen bu yükümlülüklerin ifası istenebilecektir (m. 19.7(b)).

İfa imkânsızlığının özel bir düzenlemesi olarak değerlendirilebilecek olan bu hü-küm, sonuçları ve etki doğurma şartları açısından TBK m. 136<sup>7</sup>'dan farklılık arz et-

<sup>6</sup> BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS, s. 503.

<sup>7</sup> TBK m. 136 şu şekildedir:

“**MADDE 136-** Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraf-

mektedir. Öncelikle taraflar imkânsızlık sebebinin meydana gelmesiyle kendiliğinden karşılıklı olarak var olan borçlarından kurtulmamaktadır. Bunun için ihtar çekilmesi mecburiyeti getirilmiştir. Dolayısıyla Sözleşmeye göre imkânsızlığın meydana geldiği an değil ihtarnamenin karşı tarafa gönderildiği anda taraflar ifa yükümlülüğünden kurtulmuş sayılacaklardır. Yani bu imkânsızlık bir yönüyle ayrı bir fesih sebebi olarak sayılmış ve ancak fesih beyanıyla sözleşmenin sona erdirilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 137'ye göre sözleşmenin imkânsızlaşmasından sonra taraflar birbirlerine verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecekken, Sözleşmeye göre aynen fesih olduğu gibi fesih anına kadar meydana gelen yoksun kalınan kâr da dâhil olmak üzere her türlü zararlarını taraflar birbirlerinden talep edebileceklerdir. Bunun pratikteki en önemli sonucu TBK m. 137'ye göre müteahhidin yapmış olduğu masrafların sözleşmeye göre belirlenen ücretinin değil, bu işin iş sahibi için ortaya çıkardığı zenginleşmenin istenebilmesidir. Buna göre mesela zemin etüt çalışmaları veya hafriyat, tesviye, danışmanlık gibi bir takım masrafların iş sahibi açısından çok fazla bir zenginleşme teşkil etmemesi söz konusu olabilecek ve müteahhit bu nedenle bu işler için herhangi bir tazminat isteyemeyecek veya çok az bir tazminatla yetinmek zorunda kalacaktır. Ancak müteahhidin Sözleşme hükümlerine göre bu işler için sözleşmede kararlaştırılan birim ücret ve oran üzerinden hesaplanan bedeli iş sahibinden isteyebilmesi mümkündür. Sözleşmedeki bu düzenlemenin daha çok benzerlik arz ettiği hüküm TBK m. 486'dır<sup>8</sup>. Bu hüküm TBK m. 137'nin özel bir halidir. Bu maddede sözleşmenin müteahhidin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılması durumunda onun ölümü veya kusuru olmadan eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi nedeniyle sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmektedir. Bu durumda ise müteahhidin yapmış olduğu işlerin kullanılabilir olması durumunda feshin sonuçları söz konusu olmakta ve müteahhit sözleşmeye göre bu işlerden dolayı kendisine hak ettiği oranda ücret ödenmesini isteyebilmektedir. Bu sonuç arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa payının devri şeklinde ortaya çıkacaktır<sup>9</sup>. İmkânsızlığın iş sahibi yüzünden meydana gelmesi halinde ise TBK m. 485'e<sup>10</sup> göre müteahhit yapmış

---

tan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”

<sup>8</sup> TBK m. 486 metni şu şekildedir:

“V. Yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi

**MADDE 486-** Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.”

<sup>9</sup> BÜYÜKAY, Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 246.

<sup>10</sup> TBK m. 485 metni şu şekildedir:

olduğu işin sözleşmede kararlaştırılan değerini isteyebileceği gibi bunun dışındaki giderleri ile kusur nedeniyle tazminat isteme hakkına da sahiptir. Görüldüğü gibi m. 485'te de m. 19.7'de olduğu gibi Sözleşmenin tarafların kusuruyla imkansızlaşım imkansızlaşmadığı dikkate alınmamıştır. Yani imkânsızlık iş sahibinin risk alanındaki bir beklenmedik olay nedeniyle ortaya çıkarsa da müteahhidin aynen m. 19.7'de olduğu gibi o zamana kadar yapılan işin sözleşmede belirlenen ücretinin kendisine ödenmesini isteme hakkı vardır. Yine m. 19.7(a)'deki düzenlemeye paralel şekilde iş sahibinin bu imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurlu olması halinde müteahhidin ayrıca tazminat isteme hakkı da vardır.

### III. Müteahhidin M. 16.2'Ye Göre Sözleşmeyi Feshetmesi

Müteahhidin m. 16.2'ye göre sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğu sebepler şunlardır:

#### 1. İş sahibinin mali gücünün varlığını ispat edememesi

Sözleşmenin 2.4 maddesine göre, müteahhidin talep etmesi halinde, iş sahibinin sözleşmede kararlaştırılan ücreti ödeme gücünün varlığını talebin kendisine ulaştığı andan itibaren 28 gün içinde yeterli delillerle müteahhide ispat etmesi gerekir. Bu yükümlülüğün 28 gün içinde yerine getirilmemesi halinde müteahhidin bir ihtarname ile 21 günlük ilave süre vererek sözleşmeyi bu sürenin sonunda askıya alma hakkı vardır (m. 16.1). 21 günlük ilave sürenin verilmiş olduğu (bu ihtarnamenin verildiği tarihten itibaren) geçecek 42 güne rağmen hala mali gücün varlığını ispat eden belgeler müteahhide verilmemişse müteahhidin sözleşmeyi feshetme hakkı doğacaktır. Bu durumda müteahhit iş sahibine 14 günlük ilave süre verdiği bir ihtarname daha göndererek bu sürenin sonunda da iş sahibi yükümlülüğünü yerine getirmezse sözleşme bu sürenin sonunda feshedilmiş sayılacaktır (m. 16.2(a)).

#### 2. Geçici hak ediş belgelerinin zamanında hazırlanmaması

Müteahhit o ay içinde yapmış olduğu işlere ilişkin bilgilerle birlikte mühendise bir başvuru dilekçesi ile yapacağı bildirimden itibaren 28 gün içinde geçici hak ediş belgesinin hazırlanmaması halinde, göndereceği 21 günlük ihtarname ile sözleşmeyi askıya alacağını iş sahibine bildirebilir. Bu sürenin sonunda da geçici hak ediş belgesi düzenlenmezse işi askıya alabilir. Ancak müteahhit yine bu 21 günlük sürenin sonunda işi askıya almak yerine m. 16.2(b)'ye göre sözleşmeyi fesih hakkına da sahiptir.

---

**MADDE 485-** Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.

### 3. Geçici hak ediş ödemelerinin zamanında yapılmaması

Geçici hak ediş belgesi düzenlenmesine ve bu hak edişlerin ödenmesi gereken zamandan sonra 42 gün geçmesine rağmen ödenmemesi durumunda müteahhit ihtartname ile 14 gün süre vererek bu sürenin sonunda da hak edişin ödenmemesi halinde sözleşmeyi feshedeceğini iş sahibine bildirebilir (m. 16.2(c)). 14 günlük süre geçmesine rağmen bu borç ödenmezse sözleşme bu sürenin sonunda sona ermiş sayılır. Burada dikkat edilmesi gereken husus 42 günlük sürenin hesaplanmaya başlanacağı tarihin hak ediş belgesinin düzenlenmesinden itibaren değil, hak ediş konusu işin yapıldığına dair belgelerin ve başvuru dilekçesinin müteahhit tarafından mühendise verilmesinden sonraki en geç 56 gün sonra başlayacak olmasıdır. Çünkü iş sahibi hak ediş belgesi düzenlenmesi için gerekli olan belgelerin mühendise verilmesinden sonraki 56 gün içinde ödeme yapma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla hak ediş ödemesi 56 günlük sürenin sonunda muaccel hale gelecektir.

Türk hukuku açısından da iş sahibi bu tarihten itibaren herhangi bir ilave ihtar gerek olmaksızın temerrüde düşmüş sayılacaktır (TBK m. 117/2). Çünkü taraflar sözleşmede ifa gününü birlikte bu şekilde belirlemişlerdir. Fesih beyanını içeren ihtartname ile verilen 14 günlük süre ise TBK m. 123 anlamında mehil olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla 14 günlük sürenin sonunda sözleşme müteahhit tarafından tek tarafı olarak feshedilmiş olacaktır. Geçici hak ediş belgesinde yazılı olan hak ediş bedelinin kısmen ödenmesi halinde de müteahhidin sözleşmeyi fesih hakkı vardır<sup>11</sup>.

### 4. İş sahibinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini esaslı şekilde ihlal etmesi

Sözleşmenin 16.2(d) maddesinde müteahhide genel anlamda iş sahibinin sözleşmeye aykırı davranışı halinde sözleşmeyi fesih yetkisi verilmektedir. Ancak bu davranışın sözleşmeye esaslı (*substantially*) bir aykırılık teşkil etmesi gerekir. Sözleşmenin esaslı ihlali net olmayan ve yoruma ihtiyaç duyuran bir ifadedir. Önemsiz sayılabilecek bazı sözleşme ihlallerinin bu madde kapsamında fesih sebebi olması mümkün değildir. Ancak sözleşmeye esaslı aykırılığın, sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin bir sözleşme ihlali olarak da anlaşılması gerekir. Burada ihlalin esaslı olup olmadığı, bu ihlalin sözleşmenin bütünü içerisindeki yeri ve neticeleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu konuda sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekir<sup>12</sup>. Kavramın net olmaması müteahhidin bu sebebe dayanarak sözleşmeyi feshetmek istemesi halinde çok dikkatli davranmasını gerektirir. Çünkü uyuşmazlık çözüm merciinin bu durumda feshi haksız sayması ve müteahhidi tazminata mahkûm etmesi söz konusu olabilir.

<sup>11</sup> BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS, s. 494.

<sup>12</sup> BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS, s. 494.

### 5. İş sahibinin sözleşmeyi imzalamaktan imtina etmesi

Türk Hukukunda olduğu gibi birçok diğer hukuk sistemlerinde sözleşmenin kurulabilmesi karşılık ve birbirine uygun irade açıklamalarının varlığına bağlıdır. Taraflar arasında bir sözleşmenin kurulabilmesi için icap ve kabul niteliğinde iki irade açıklaması gereklidir. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olan FIDIC inşaat sözleşmelerinde de bu temel prensipten hareket edilmiştir. Sözleşmenin bu şekilde icap ve kabul beyanlarının varlığına bağlı olmasına karşın, sözleşmenin kurulma anı farklı hukuk sistemlerinde kabul beyanının gönderilmesi veya muhataba ulaşması anına göre değişebilmektedir<sup>13</sup>. Türk Hukukunda kabul edilen sisteme göre sözleşme hazırlar arasındaysa muhatabın kabul beyanında bulunduğu andan itibaren sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Taraflar bir arada bulunmakla birlikte yazılı beyanda bulunuyorlarsa muhatabın sözleşmeyi imzalayıp bunu icapta bulunana verdiği anda sözleşme meydana gelmiş sayılır<sup>14</sup>. Hazırlar arasındaki sözleşme bu şekilde sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm doğurmaya başlar. Hazır olmayanlar arasında ise sözleşmenin kurulma anı kabul beyanının icapta bulunanın hâkimiyet alanına ulaştığı andır. Ancak hazır olmayanlar arasında sözleşmenin hüküm doğurması icap beyanının gönderildiği andan itibaren başlar (TBK m. 11). Bu anlamda Kırmızı Kitap'ın Sözleşmenin kurulma anı veya hüküm doğurma anına ilişkin olarak bir düzenleme yapmadığı, bu hususu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka bıraktığı görülmektedir. Dolayısıyla müteahhide gönderilen ihale şartnamesi icaba davet, müteahhidin bu şartnameye göre verdiği teklif, icap, iş sahibinin bu teklifi kabul ettiğine dair düzenlediği mektup ise kabul hükmündedir. Kabul mektubunun müteahhide ulaştığı anda sözleşme kurulmuş sayılacak ve hükümlerini kabul mektubunun gönderildiği andan itibaren doğurmaya başlayacaktır. Buna göre esasen taraflar arasında ayrıca yazılı bir sözleşmenin imzalanmasına gerek yoktur. Bu husus tamamen tarafların iradesine bırakılmıştır. Gerçekten Sözleşmenin 1.6. maddesinde taraflarca farklı şekilde kararlaştırılmamış olması halinde müteahhidin, iş sahibi tarafından kendisine gönderilen kabul mektubunu aldıktan sonra hesaplanmaya başlayacak 28 gün sonra sözleşmenin kurulmuş olacağını belirtmektedir. Görüldüğü gibi taraflar yazılı bir sözleşme imzalamak zorunda olmadıkları gibi burada ifade edilen 28 günlük süreyi de farklı şekilde belirleyebilirler. Fakat yazılı bir sözleşmenin imzalanmaması halinde taraflar arasında bazı problemler ortaya çıkabilecektir. Öncelikle iş sahibinin hazırladığı ihale şartnamesinde eksik bırakılan bir takım tali noktaların bulunması mümkündür. Bu durumda taraflar arasında sözleşme kurulmuş sayılmakla birlikte yan noktalar konusunda ileride taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkmaması için bu hususların da yazılı bir sözleşmede yer almasında fayda vardır. Aksi takdirde sözleşmede düzenlenmeyen bu hususların hâkim (veya hakem) tarafından tamamlanması gerekecektir ki

<sup>13</sup> BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS, s. 45.

<sup>14</sup> EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014, s. 262.

bu durumda tarafların farazi ortak iradeleri dikkate alınacağından her iki tarafın da istemediği bazı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Diğer taraftan iş sahibinin kabul mektubuna ihale şartnamesinde yer almayan bazı ilave şartlar eklemesi halinde bunun da hukuken bir kabul beyanı sayılmaması söz konusu olabilecek dolayısıyla taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemeyecektir. Çünkü kabul beyanının icaba uygun olmaması bunun yeni bir icap olarak sayılmasını gerektirecektir. Uygulamada ortaya çıkabilecek bu problemlerin baştan önlenmesi için taraflar arasında yazılı bir sözleşme yapılmasında büyük yarar vardır. Bu nedenle her ne kadar taraflar aksini kararlaştırabilecek olsalar da, Sözleşmede kural olarak kabul mektubunun müteahhide ulaştığı andan sonraki 28 gün içinde taraflarca yazılı bir sözleşme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Hatta iş sahibinin bu yükümlülüğe uygun hareket etmemesi Sözleşmenin 16.2. maddesinde müteahhit için bir fesih sebebi olarak sayılmıştır. Fakat aynı imkân iş sahibine tanınmamıştır. Ancak müteahhidin bu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde m. 15.1'e göre mühendis tarafından müteahhide bir ihtarname gönderilerek belli bir süre içinde sözleşmeyi imzalaması istenebilir ve bu ihtarnamenin yerine getirilmemesi halinde sözleşme 14 günlük ikinci bir ihtarname ile iş sahibi tarafından m. 15.2'ye göre feshedilebilir<sup>15</sup>.

## 6. İş sahibinin sözleşmeyi başkasına devretmesi

Sözleşmenin 1.7. maddesinde taraflardan hiçbirisinin (sadece iş sahibinin değil), sözleşmeyi kısmen veya tamamen ya da sözleşmeden kaynaklanan bir fayda veya menfaatin bir başkasına devredemeyeceğini düzenlemiştir. Ancak aynı maddede istisnaen tarafların önceden yapacakları bir anlaşmayla diğer tarafın rızasıyla sözleşmeyi kısmen veya tamamen devredilmesinin ve sözleşmeye göre muaccel olmuş veya olacak bir para alacağının, bir banka veya finansman kuruluşu lehine teminat amaçlı olarak devredilebileceğinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir. Sözleşmenin 16.2(e) maddesi ise iş sahibinin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, müteahhidin sözleşmeyi fesih beyanının yer aldığı ihtarname ile verilecek 14 günlük sürenin sonunda feshedebileceğini düzenlemektedir. Meselâ, iş sahibinin üç bloktan oluşan bir sitenin bir bloğunu henüz inşaat tamamlanarak teslim edilmeden bir başkasına devretmesi durumunda müteahhidin sözleşmeyi fesih hakkı doğacaktır. Türk hukuku açısından bu örneğe baktığımızda esasen TBK m. 183 anlamında iradi olarak yapılan bir alacağın temliki işleminin söz konusu olduğu görülmektedir. Buna göre iş sahibinin müteahhitten olan binanın tamamlanmasını ve teslim edilmesini isteme konusundaki alacağını bir üçüncü kişiye devretmektedir ki bu durumda kural olarak borçlunun yani müteahhidin rızası aranmaz. Sadece alacaklı ile yeni alacaklı arasında yapılacak yazılı bir devir sözleşmesiyle alacak devredilmiş olur. Ancak m. 1.7 iş sahibinin böyle bir devri yapabilmesinin ancak müteahhidin rızasıyla olabileceğini

<sup>15</sup> BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS, s. 45.

hüküm altına almıştır. Zaten TBK m. 183'te de “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça*” böyle bir devrin mümkün olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin bu hükmüne aykırı olarak iş sahibinin sözleşmeden doğan bir alacağını müteahhidin rızasını almadan bir başkasına devretmesi durumunda müteahhidin sözleşmeyi feshetme hakkı ortaya çıkmaktadır. Görüldüğü gibi sözleşmenin kısmen devri olarak m. 1.7'de ifade edilen hususun alacağın temlik olarak değerlendirilmesi mümkündür. Aynı şekilde sözleşmenin tamamen devrinin ise sözleşmenin devrini düzenleyen TBK m. 205 hükümlerine tabi tutmak mümkündür. Buna göre eğer her üç bloğun tamamının bütün hak ve borçlarıyla bir başkasına devredilmesi isteniyorsa yani artık iş sahibi sözleşmenin tarafı olma sıfatını bir başkasına devretmek niyetindeyse, bunu ancak müteahhidin de önceden veya sonradan vereceği rızayla hayata geçirebilecektir. Çünkü TBK m. 205 açıkça sözleşmenin devrinin ancak üçlü bir hukuki işlemle mümkün olacağını düzenlemektedir. Buna göre sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan anlaşma ile böyle bir devir söz konusu olabilecektir. Bu nedenle sözleşmenin m. 1.7 hükmü olmasaydı dahi bu anlamda bir devir Türk Hukukuna göre müteahhidin rızası olmadan mümkün olmayacaktı. Ancak iş sahibi bu blokları teminat göstererek bankadan kredi çekmesi veya teminat senedi (*performance security*) temin etmesi halinde (mesela bir banka teminat mektubu) müteahhidin rızası aranmayacaktır. Dolayısıyla böyle bir işlem sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyecektir.

Aynı şekilde müteahhit de bankadan kredi çekmek amacıyla iş sahibinden elde edeceği ücret alacağını teminat göstererek bankadan kredi çekebilecektir. Ya da iş sahibinden doğan veya doğacak alacağını kısmen veya tamamen bir başkasına alacağın temlik yoluyla sadece yeni alacaklıyla yapacağı devir sözleşmesiyle temlik etmesi de mümkündür. Bunun için iş sahibinin rızası gerekli değildir. Müteahhidin bu davranışı m. 1.7 hükmü ile özel olarak düzenlenmiş ve doğmuş veya doğacak para alacaklarının iş sahibinin rızası olmadan bir başkasına devredilmesinin sözleşmeye uygun olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla bir tasarruf işlemi niteliğinde olan ve yazılı olarak yapılan alacağın temlik sözleşmesiyle müteahhidin para alacağı bir başkasına devredilebilecek, bu devir iş sahibinin rızası aranmaksızın geçerli olacaktır.

Müteahhidin sözleşmenin bir kısmını alt müteahhitlere devretmesi m. 4.4 hükmüne göre belli şartlarda mümkündür. Böyle bir işlem Türk Hukuku açısından TBK m. 196 anlamında borcun dış üstlenme sözleşmesiyle bir başkasına nakli olarak kabul edilebilir. Burada iş sahibi önceden vermiş olduğu rıza ile hangi işlerin alt müteahhitlere devredileceğini baştan kabul etmiştir. Bu şekilde belirlenen işlerin dışında bir işin alt müteahhide devredilmesi veya belirlenmiş alt müteahhitler dışında bir alt müteahhide devredilmesi mühendisin önceden vereceği rızası olmadan mümkün olmayacaktır (m. 4.4(b)). Ayrıca işin tamamının alt müteahhitlere devri de m. 4.4 hükmüyle yasaklandığı gibi buna aykırılık halinde iş sahibinin m. 15.2(d) hükmüne göre sözleşmeyi tek tarafı olarak sona erdirmeye hakkı vardır. Teknik olarak da



eğer iş liste dışı bir alt müteahhide gördürülürse bundan bir zarar doğması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun akdi sorumluluk prensiplerine göre müteahhidin tazminat borcu doğar.

### 7. Askı süresinin uzamasından işin tamamının etkilenmesi

Sözleşmenin 8.11. maddesinde işin askıya alınma süresinin 84 günden fazla olması halinde müteahhidin mühendise bir ihtarname göndererek işe başlamak istediğini ve buna müsaade etmesini talep edebileceğini, bu ihtarnameye rağmen 28 gün içinde mühendisin cevap vermemesi halinde müteahhidin yine göndereceği bir ihtarname ile işin askıya alınmasının işin bir kısmını etkileyen nitelikte bir sözleşme değişikliği (*variation*) olarak değerlendirilmesini isteyebileceğini düzenlemiştir. Yine aynı maddede işin askıya alınmasının işin tamamını etkilemesi halinde müteahhidin m. 16.2'ye göre sözleşmeyi feshedebileceği belirtilmiştir (m. 16.2(f)).

### 8. İş sahibinin iflas etmesi, borçlarını ödeyemeyecek duruma gelmesi, tasfiye edilmesi

Sözleşmenin 16.2(g) maddesinde iş sahibinin iflas etmesi veya ödeme güçlüğüne düştüğünü gösteren bir takım sebeplerin varlığı halinde 14 günlük fesih ihbar süresini beklemeden göndereceği fesih ihbarnamesiyle sözleşmeyi derhal feshedebileceğini düzenlemektedir. İş sahibinin iflası veya ödeme güçlüğüne düşmesi iş sahibinin kusuru olarak kabul edilmektedir. Burada iflasın veya ödeme güçlüğüne düşmesi ne şekilde ortaya çıkacağı sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Türk hukuku açısından bakıldığında bu sözleşme hükmünün TBK m. 98'in bir uygulaması olduğu görülmektedir. Ancak TBK m. 98 sözleşmeden bu sebeple dönmeyi borçlunun yani iş sahibinin yeterli güvence vermemesine bağlamıştır. Burada ise bu hallerin varlığı halinde müteahhidin sözleşmeyi herhangi ilave bir güvence vermesini beklemeden feshedebilmesi mümkündür.

## IV. Feshin Sonuçları

Sözleşme m. 16.2'ye göre feshedildikten sonra sözleşme ileriye dönük olarak sona erecek ve öncelikle müteahhidin işin kalan kısmını ifa yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Fakat mühendisin iş güvenliğinin veya mülkiyetin ya da insan hayatının korunmasının gerektirdiği durumlarda müteahhide gerekli önlemlerin alınması konusunda talimat verme yetkisi vardır. Bu durumda müteahhidin bu nitelikteki işleri yapma yükümlülüğü doğacaktır (m. 16.3(a)). Ayrıca müteahhidin kendisine ödeme yapılan işlere ait olan ve kendisinin düzenlemekle yükümlü olduğu belgeleri (*contractor's documents*) de iade etmesi gerekir (m. 16.2(b)). Bunlara ilaveten müteahhidin işin görüldüğü yerdeki iş güvenliği için gerekli olanların dışındaki bütün malzemele-

rini taşıması ve kendisinin de işin görüldüğü yeri terk etmesi gerekir (m. 16.2(c)). İş sahibi ise sözleşmenin fesih beyanı kendisine ulaştıktan ve fesih için gerekli olan süre geçtikten sonra derhal banka teminat mektubu gibi işin müteahhit tarafından görüleceğini teminat altına alan belgeleri müteahhide iade etmesi gerekir (m. 16.4(a)). Ayrıca müteahhide mühendis tarafından belirlenecek miktarda bir ödeme yapılmalıdır. Mühendis bu miktarı belirleyerek buna ilişkin hak ediş belgesi düzenlemelidir (m. 19.6(a)). Bu şekilde müteahhit de belirlenen miktarın kendisine ödenmesini talep edebilecektir (m. 16.4 (b)). Mühendisin müteahhide yapılacak ödemenin miktarının hesaplanmasında dikkate alacağı hususlar m. 19.6 da şu şekilde belirlenmiştir:

- Sözleşmenin feshedildiği zamana kadar yapılan işin sözleşmede belirlenen birim ücret veya orana göre hesaplanması suretiyle belirlenen miktar (m. 19.6 (a))
- İşin görülmesi için müteahhit tarafından sipariş edilen malzeme, araç ve gereçlerden müteahhide teslim edilen veya müteahhide henüz teslim edilmese dahi müteahhidin teslim alma yükümlülüğü altında bulunduğu bu nitelikteki malların maliyeti. Bu malların bedeli iş sahibi tarafından ödendikten ve müteahhidin bunları iş sahibinin hakimiyet alanına bırakmasından yani fiilen teslim etmek suretiyle zilyetliği nakletmesinden sonra bunların mülkiyeti iş sahibine ait olacaktır (m. 19.6(b)).
- Müteahhidin işin tamamlanması amacıyla ortaya çıkan durumlar nedeniyle makul bir surette katlanmak zorunda kaldığı diğer maliyetler ve yükümlülükler (m. 19.6(c)).
- Müteahhidin işin görülmesi için getirmiş olduğu kendisine ait araç gereç ve makinelerin veya geçici olarak kurmuş olduğu mekânlara ait malzemelerin sökülerek kaldırılması ve kendi ülkesine götürülmesi için yapacağı masraflar. Müteahhit bunları başka bir ülkeye de götürebilir ancak bunun için ilave bir masraf talep edemez (m. 16.2(d)).
- Müteahhidin işle alakalı olarak istihdam ettiği ve sözleşmenin feshi zamanı mevcut olan işçilerinin veya diğer personelinin işin görüldüğü yerden ayrılması için gerekli olan maliyetler (m. 16.2(e)).

İş sahibinin bu masraflara ilave olarak fesih nedeniyle müteahhidin maruz kaldığı zararları ve yoksun kaldığı kârı da derhal ödemesi gerekir (m. 16.4(c)).

Sözleşmenin müteahhit tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmesinin Türk Hukuku açısından sonuçlarına baktığımızda bu irade açıklamasının sözleşmeden dönme beyanı değil fesih beyanı niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü dönme sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz hale getiren ve müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan ücret alacağını değil sadece iş sahibinin zenginleşmesi miktarınca bir tazminat

sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceği bir sona erme şeklidir. Sözleşmenin feshi ise sözleşmenin ileriye dönük olarak sona ermesi neticesini doğuran, fesih beyanına kadar sözleşmenin geçerli olarak varlığını devam ettirdiği ve buna bağlı olarak müteahhidin fesih beyanından önce yapmış olduğu işe ilişkin ücreti tam olarak talep edebildiği bir sona erme şeklidir. Sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesinin dönme mi yoksa fesih mi olduğu esas itibarıyla eser sözleşmesinin ani veya sürekli edimli bir sözleşme olduğu konusunda yapılacak tespite bağlıdır. Doktrindeki ağırlıklı kanaat eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu yönünde olmasına rağmen Yargıtay'ın 25.01.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda<sup>16</sup> da belirtildiği gibi inşaat yapımını konu alan eser sözleşmelerinin ani-sürekli edim karışığı bir nitelikte olduğu görüşü de ileri sürülmektedir<sup>17</sup>. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında müteahhidin işin %90'ından fazlasını tamamlaması ve eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmaması halinde, sözleşmenin baştan itibaren geçmişe etkili olarak değil, ileriye etkili olarak sona erdirilmiş sayılması gerektiği, bunun dürüstlük kuralına ve hakkaniyete daha uygun olduğu belirtilmektedir<sup>18</sup>. Ayrıca sözleşmenin sürekli edim niteliğinde bir borcu konu aldığının kabulü

<sup>16</sup> “B) İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanununda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri “geçici - sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır.”

Bu kararda ayrıca eser sözleşmesinin sona erdirilmesinin geçmişe etkili (dönme) olarak anlaşılması gerektiği ancak, MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına göre sözleşmenin ileriye etkili olarak sonlandırılmasının gerekmesi halinde ileriye etkili fesih olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

“Şayet, olayın niteliği ( müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği ( uyumsuzluğun yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin ( uyumsuzluğa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının ) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ( sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi ) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.” (YİBKG E. 1983/3, K. 1984/1)

<sup>17</sup> BÜYÜKAY, s. 233-239.

<sup>18</sup> “Kural olarak, BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kısmi ifadan sözedilemez ise de, 25.01.1984 gün ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında, müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyumsuzluğun BK'nın 106-108. maddelerine göre çözümleneceğine, ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek, söz-

halinde TBK m. 126 hükmünün de uygulama alanı bulacağı dolayısıyla iş sahibinin sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yerine getirmemesi halinde iş sahibinin temerrüde düşürülerek, müteahhit ifa ve gecikme tazminatını isteyebileceği gibi sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesini de talep edebilecektir<sup>19</sup>. Bu çerçevede Sözleşme'nin müteahhit tarafından tek tarafı olarak sona erdirilmesinin sonuçlarına baktığımızda müteahhidin bu beyanının dönme değil fesih niteliğinde olduğu kabul edilebilir. Türk Hukuk tatbikatından farklı olarak Sözleşmede, sona erdirme beyanının dönme değil de fesih olarak kabul edilebilmesi için işin % 90'ının tamamlanması gibi bir şart aranmamıştır. Fakat Sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması durumunda Sözleşme'de yer alan fesih sebeplerinin dışında bir sona erdirme sebebinin varlığı halinde Yargıtay içtihatlarında yer alan prensipler uygulama alanı bulabilecektir. Ancak şunu da belirtelim ki özellikle TBK m. 126 hükmünün yeni bir düzenleme olarak TBK'da yer almasından sonra Yargıtay'ın da özellikle %90 şartını tekrar gözden geçirmesi gerekmektedir<sup>20</sup>.

## SONUÇ

Görüldüğü gibi FIDIC uluslar arası inşaat sözleşmelerinde müteahhidin sözleşmeyi hangi hallerde feshedebileceği detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca feshin ne şekilde yapılacağı ve fesih ihbar süreleri net bir şekilde belirlenmiştir. Müteahhidin bu usule ve fesih sebeplerine riayet etmesi, yaptığı işin karşılığını sözleşme bedeli üye-

---

*leşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmiştir. Burada yüklenicinin ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanabilmesi için inşaatın en az %90 ve üzeri seviyeye getirilmiş olması zorunludur. Gerek Dairemizin, gerekse Hukuk Genel Kurulu'nun uygulamaları bu doğrultudadır. Hemen belirtilmelidir ki, ileriye etkili fesih müteahhit, inşaatı getirebildiği seviyeye göre tapu payı almaya hak kazanmakta, arsa sahibi de geriye etkili feshin aksine, ifaya ekli cezayı ve ifanın gecikmesine bağlı zararlarını (BK.96. md.) müteahhitten isteyebilmektedir. Bu nedenlerle fesih isteme tarihinde inşaatın getirildiği seviyenin tesbiti çok önem arz etmektedir. ” (Yarg. 15. HD., E. 2011/192, K. 2011/3284, T. 2.6.2011. Bkz. www.kazanci.com).*

*“Bu durumda mahkemeye mahallinde keşif ve inceleme yapılarak, davalı yüklenicinin savunmaları doğrultusunda, davalının yaptığı inşaat seviyesi belirlenip, 25.1.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda T.M.K.nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek Yargıtay 15. HD.nin ve Dairemiz'in gerekse Yargıtay H.G.K.'nin kararlarında inşaatın tamamlanma seviyesi %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı ve şimdiki olduğu gibi geriye etkili fesih istemiyle tapudaki şerhin kaldırılması isteminin kabulüne karar verilmelidir.” (Yarg. 23. HD., E. 2013/4203, K. 2013/3983 T. 11.6.2013 www.kazanci.com.)*

<sup>19</sup> TBK m. 126 şu şekildedir:

**“MADDE 126-** İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

<sup>20</sup> BÜYÜKAY, s. 239.

rinden alma hakkını temin edecektir. Aksi takdirde müteahhit milli mahkemelerin kendi iç hukuklarına göre yapacağı değerlendirmelere göre yaptığı işin karşılığını alamamakla karşı karşıya kalabilecektir. Buna paralel olarak Türk Hukuku açısından meseleye bakıldığında birçok durumda sözleşmenin müteahhit tarafından sona erdirilmesi beyanı bir dönme beyanı olarak kabul edilecek ve bu durumda ancak yapılan işin iş sahibini zenginleştirdiği ölçüde bir tazminat istemesi söz konusu olacaktır. Bu yüzden FIDIC Sözleşmelerine göre iş yapan müteahhitlerin, Sözleşmede öngörülen usule, sürelerle ve şartlara riayet ederek hareket etmeleri önem arz etmektedir.



# VAKIF YÖNETİM ORGANININ İBRASI ve UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ

## (Release of Foundation's Administrative Organ From Debts and Identification of Applicable Provisions)

Dr. Osman AÇIKGÖZ\*

### ÖZET

Türk Medeni Kanunu m. 109'da, "Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur. Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilir." şeklindeki hüküm ile vakfın zorunlu organının, yönetim organı olduğu düzenlenmiştir. Yönetim organı, TMK m. 49 anlamında vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi için zorunlu bir unsurdur. Zira Tüzel kişiler, ancak organlarının varlığı ve bunların aracılığıyla medeni haklardan yararlanabilmekte ve bunları kullanabilmektedir. Yönetim organı tarafından açıklanan irade, tüzel kişinin iradesi mahiyetindedir.

İcra ve idare organı niteliğindeki yönetim organının vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmediği, vakfın mallarını amaca uygun bir şekilde yönetip yönetmediği ve amaca uygun olarak gelirleri harcıyıp harcamadığının belirlenmesine yönelik TMK m. 111'de bir denetim mekanizması öngörülmesine rağmen vakıf organizasyonu içerisinde yönetim organının ibrasıyla ilgili herhangi bir düzenlemeye yer almamaktadır. Bu durum, vakıf yönetim organının ibrasının ne şekilde gerçekleşeceği sorununu ortaya çıkarmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Vakıf, Vakıf Yönetim Organı, İbra, Yönetim Organının İbrası,

### Abstract

According to Article 109 of the Turkish Civil Code (TCC): "It is obligatory that a foundation has an administrative body. Founder, if deems necessary, could identify other organs in the relevant foundation deed", which signifies that the obligatory organ of a foundation is its administrative body. In line with the Article 49 of the TCC, administrative body is an obligatory element for a foundation to gain corporate identity. To put it more clearly, corporate identities could benefit and use civil rights only with the existence and by means of their obligatory organs. The will expressed by the relevant administrative organ is tantamount to the will of the corporate identity.

---

\* İstanbul Barosu, Avukat

Although Article 111 of the TCC provides for a supervisory mechanism to check whether the administrative body, which is of both executive and managerial function, complies with the provisions in the foundation deed, manages the assets of the foundation compatible with the aim, spends the revenues in accordance with the aim, there is no provision in the law about release of the administrative organ from liabilities within the organization of the foundation. This, therefore, begs the question, how could administrative organ of a foundation be released from liabilities.

**Keywords:** Foundation, Foundation's Administrative Organ, Release, Release of Foundation's Administrative Organ

## GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu<sup>1</sup> m. 109 da, vakfın zorunlu organının yönetim kurulu olduğu düzenlenmektedir<sup>2</sup>. Vakfın yönetim organı yoksa, tüzel kişilik kazanamayacaktır<sup>3</sup>. Zira tüzel kişiler, organlarının varlığı ve bunlar aracılığı ile medeni haklardan yararlanabilmekte ve bunları kullanabilmektedir<sup>4</sup>. Yönetim organı tarafından açıklanan irade, tüzel kişinin iradesi mahiyetindedir<sup>5</sup>. Bu çerçevede vakıflar da yönetim organı eliyle vakıf senedindeki amaçları gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Yönetim organı, tüzel bir kişi olan vakfa ait kararların alınmasında ve bunların yerine getirilmesinde önemli ölçüde rol oynayan kişilerden oluşmaktadır<sup>6</sup>. Bu kişilerin kurul ya da tek kişi halinde olması mümkündür<sup>7</sup>. Birden fazla kişinin vakıf senedinde yönetim organı

<sup>1</sup> RG. T. 08. 12. 2001, S. 24607, C. 41; Söz konusu kanun, metin içerisinde bundan sonra "TMK" şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

<sup>2</sup> **CANSEL, Erol**, "Vakıf, Kuruluşu, İşleyişi ve Amacı", <http://acikerisim.fsm.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11352/265/Cansel.pdf;sequence=1>), s. 327.

<sup>3</sup> **AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen**, *Kişiler Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı*, Konya 2011, s. 215.

<sup>4</sup> **ÖZSUNAY, Ergun**, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi/Dernekler/Vakıflar, Gözden geçirilmiş ve yeniden işlenmiş 4. Baskı*, İstanbul 1978, s. 73; **HATEMİ, Hüseyin**, *Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi*, İstanbul 1969, s. 168; **HELVACI, Mehmet**, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul 1995, s. 3; **ÖĞÜZ, Tufan**, *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Esasları*, İstanbul 2007, s. 69; **AVCI, Mehmet Özgür**, *Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı*, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 3; **SOYKAN, İsmail Cem**, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu*, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 5.

<sup>5</sup> **ÇAMOĞLU, Ersin**, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarının Sorumluluk ile)*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul 2010, s. 34; **BALLAR, Suat**, *Yeni Vakıflar Hukuku, Yeniden Düzenlenmiş ve Güncelleşmiş Özgün 5. Baskı*, İstanbul 2015, s. 224; **SOYKAN**, s. 5; **AVCI**, s. 28.

<sup>6</sup> **AYAN, Özge**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 4; Tüzel kişi ile organ arasındaki ilişki hakkında geniş açıklamalar için bkz. **SOYKAN**, s. 16-19.

<sup>7</sup> **DOĞAN, Beşir Fatih**, *Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, İstanbul 2011, s. 6.



olarak belirlenmesi; vakıf mütevellisi (mütevelli heyeti), idare heyeti ya da yönetim kurulu kavramı ile ifade edilmektedir<sup>8</sup>.

İcra ve idare organı niteliğindeki yönetim organının vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmediği, vakfın mallarını amaca uygun bir şekilde yönetip yönetmediği ve amaca uygun olarak gelirleri harcıyıp harcamadığının belirlenmesine yönelik TMK m. 111'de bir denetim mekanizması<sup>9</sup> öngörülmesine rağmen vakıf organizasyonu içerisinde yönetim organının ibrasıyla ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum, vakıf yönetim organının ibrasının ne şekilde gerçekleşeceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Çalışmamızda, vakıf yönetim organının ibrasının ne şekilde gerçekleşeceği ve buna uygulanacak hükümler belirlenmeye çalışılacaktır.

## I. Vakıf Yönetim Organının İbrası

### A. Kavram Olarak Vakıf ve Tanımı ile Vakfın Organları Özellikle Yönetim Organı

#### 1. Kavram Olarak Vakıf ve Tanımı

Kavram olarak vakıf, “*hapselemek*”, “*alıkoymak*” anlamına gelmektedir. Tanım olarak ise bir malın şahıs mülkiyetinden çıkartılarak belirli şartlar dahilinde dini, sosyal, hayri ve insani bir amaca özgülenmesidir<sup>10</sup>.

TMK m. 101/f. 1' de vakıf, “*Vakıflar, gerçek ve tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve süreklî bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>11</sup>. Bu çerçevede vakıf, yeterli mal ve hakların gerçek ya

<sup>8</sup> **AYAN/AYAN**, s. 215; **CANSEL**, s. 327.

<sup>9</sup> Bkz. TMK m. 111/f. 1; Ayrıca, 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu m. 33'ün son fıkrasına göre, vakıfların yasalara uygunluk denetimi ile iktisadi işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetimi Genel Müdürlükçe yapılır. 27.09.2008 tarih 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan Vakıflar Yönetmeliği gereğince de vakıfların vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmediklerinin, vakıf gelirlerini usulüne uygun olarak harcıyıp harcamadıklarının, Vakıflar Genel Müdürlüğüne ve üst kuruluşuna denetimi yapılır.

<sup>10</sup> **BALLAR**, s. 5; **CANSEL**, s. 321.

<sup>11</sup> **OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası'dan 13. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013; s. 339; **SEROZAN, Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s. 453; **DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan**, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s. 333; **AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya**, Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Yenilenmiş, Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış Sekizinci Bası, İstanbul 2011, s. 661; **KILIÇOĞLU, Ahmet**, Medeni Hukuk, Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Ankara 2016, s. 543; **ÖĞÜZ**, s. 1; **ULUÇ, Yusuf**, Açıklamalı-İçtihatlı Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 505; Vakıf eski hukukumuzda şu şekilde tanımlanmıştır: “*Vakıf, menfaati insanlara ait olmak üzere, bir malı (aynı), ebedî olarak Cenâbı Hak'ın (Allahın) mülkü hükmünde olmak üzere ve bir zaman*

da tüzel kişiler tarafından belirli ve sürekli bir amaca tahsis edilmesiyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır<sup>12</sup>.

Kanun Koyucu bu tanım ile hukuken kişi sayılması mümkün olmayan ekonomik değerleri, sahibinin malvarlığından bağımsız hale getirerek onlara hak ve borçlara sahip bir varlık niteliğini kazandırmaktadır<sup>13</sup>. Bu çerçevede bir gerçek ya da tüzel kişi, belirli bir amaç doğrultusunda kullanılmak üzere malvarlığından bir malını ayırarak ona şahsiyet kazandırmaktadır. Yani, bir vakıf tüzel kişiliğini oluşturmaktadır<sup>14</sup>. Dolayısıyla vakfedenin, vakfa tahsis ettiği malvarlığıyla bir ilgisi kalmamaktadır<sup>15</sup>.

Kanundaki tanım dikkate alındığında, tüzel bir kişi olarak vakfın ortaya çıkabilmesi için bir takım unsurlar gereklidir. Bunlar, a) Bir mal ya da mal topluluğunun bulunması, b) Mal veya mal topluluğunun sürekli ve belirli bir amaca özgülenmesi, c) Tüzel kişiliktir<sup>16</sup>.

## 2. Vakfın Organları Özellikle Yönetim Organı

Diğer tüzel kişilerde olduğu gibi vakfın da “zorunlu” ve “seçimlik (ihtiyari)” organları bulunmaktadır. Bu husus TMK m. 109’da, “*Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur. Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilir.*”<sup>17</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre yönetim

---

*süresi temlik (devir) ve temellükten (devralma) haps (alıkoyma) ve men eylemektir.*” **KÖPRÜLÜ, Bülent**, Medeni Hukuk Genel Prensipler-Kişinin Hukuku(Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), (1-2. Kitaplar), İstanbul 1979, s. 532; **GÜNERİ, Hasan**, Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976, s. 5; **ULUÇ, Yusuf**, Açıklamalı-İçtihatlı Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 505; **ÖZSUNAY**, s. 357; **CANSEL**, s. 321; **KORKUSUZ/ERGÜN**, s. 78.

<sup>12</sup> **HATEMİ, Hüseyin**, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, İHFM C: LV-S4 (1997), s. 111; **SEROZAN, Rona**, Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, s. 86; **SEROZAN**, Genel Bölüm, s. 453; **SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 308; **AKÜNAL, Teoman**, Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995, s. 117; **ÖZTAN, Bilge**, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara 1994, s. 107; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 661-662; **KORKUSUZ, M. Refik/ERGÜN, Ömer**, “Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar”, (<http://www.dicle.edu.tr/Contents/c3815664-8a98-463a-8100-f21edc9cb324.pdf>), s. 70; **AYKUL, Ömer**, Yeni Vakıflar Hukuku, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s. 21-22; **EM, Ali**, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 15.

<sup>13</sup> **AYAN/AYAN**, s. 207; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 662; **SEROZAN**, vakfın kanundaki tanımından yola çıkarak aynı madalyonun bir yüzünde “tüzel kişilik yaratma”, diğer yüzünde “mal tahsisi” yazılı olduğunu, madalyonun kurdelesinin de “özel amaç” olduğu benzetmesini yapmıştır. Bkz. **SEROZAN**, Genel Bölüm, s. 453-454.

<sup>14</sup> **KÖPRÜLÜ**, s. 535; **SEROZAN**, Genel Bölüm, s. 453; **CANSEL**, s. 321; Hukukumuzda vakfın tarihi gelişimi ile ilgili açıklamalar için bkz. **CANSEL**, s. 322 vd.

<sup>15</sup> **KÖPRÜLÜ**, s. 549.

<sup>16</sup> **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 333; **AKÜNAL**, s. 117; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 668; **ÖĞÜZ**, s. 2 vd.

<sup>17</sup> Bkz. aynı yönde Vakıflar Kanunu m. 4, Vakıflar Yönetmeliği m. 4, 5, 6.

organı, vakfın zorunlu organıdır<sup>18</sup>. Zira vakfın tüzel kişiliğinin kurulabilmesi ve/veya fiil ehliyetini kazanabilmesi için yönetim organının varlığı şarttır<sup>19</sup>.

Yönetim organı olmadan vakfın TMK m. 49 gereği tüzel kişilik kazanması mümkün değildir. Yönetim organı, vakıf senedinde tek kişi olarak gösterilebileceği gibi birden fazla kişi olarak da gösterilebilir<sup>20</sup>. Vakıfların kurul halindeki yönetim organı, “*yönetim kurulu*”, “*mütevelli heyeti*” adıyla anılmaktadır. Tek kişilik yönetim organı ise “*yönetici*”, “*mütevelli*” adıyla anılmaktadır. Yönetim organının kanundan dolayı en önemli görevi, vakfı içerde yönetmek dışarıda da temsil etmektir. Diğer bir ifadeyle vakfın faaliyete geçmesini ve üçüncü kişilere karşı temsilini sağlamaktır<sup>21</sup>. Diğer tüzel kişilerden farklı olarak karar ve yürütme organı vakıfta aynıdır. Yani, karar alma ve söz konusu kararları uygulama yetki ve sorumluluğu yönetim organındadır<sup>22</sup>.

Vakıf yönetim organının yetki ve sorumluluklarını şu şekilde özetlemek mümkündür. Vakıf senedine uymak koşuluyla; a) Vakıf faaliyetlerinde takip edilecek ilkeleri belirlemek, b) Vakfın taraf olduğu uyuşmazlıklarda gerekli stratejileri belirlemek, c) Yapılmak istenen bağışların kabul veya reddini değerlendirmek, d) Vakıf mallarının korunması veya vakfın amacının gerekli kılması durumunda yönetim biçiminin değiştirilmesi, vakfın amacının vakıf senedinde belirlenen amaca ters düşmesi ya da vakfın amacının imkansızlaşması halinde bu durumun sicile işlenmesi amacıyla mahkemeye başvurulmasına karar verilmesi, e) Tüzük m. 20/f. 2 gereği vakıf defterlerinin düzenli tutulması ve istenmesi durumunda bunların müfettişlere ibraz edilmesi, f) TMK m. 114 gereği her takvim yılı başında vakfın mali durumunu gösteren belgelerle her mali yılın başında yapılan bilançonun bir nüshasının vakıflar genel müdürlüğüne gönderilmesi, g) Tüzük m. 22 gereği, teftiş ve denetim masrafının karşılanması amacıyla vakıflar genel müdürlüğüne ödenecek katılım payının hesaplanarak zamanında ödenmesi gibi hususlar yönetim organının görev ve sorumluluğundadır<sup>23</sup>.

Yönetim organı, yetkilerini kullanırken ve sorumluluğunu yerine getirirken Tüzük m. 23/f. 1 uyarınca “*basiretli bir idareci*” ya da tacirler için öngörülen “*basiret-*

<sup>18</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 361; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 373; ÖZSUNAY, s. 403-404; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 686; AKÜNAL, s. 134; SEROZAN, Genel Bölüm, s. 455; ÖĞÜZ, s. 4, 76; CANSSEL, s. 327; KORKUSUZ/ERGÜN, s. 97; AVCI, s. 43.

<sup>19</sup> ÖZSUNAY, s. 432; SOYKAN, s. 9.

<sup>20</sup> AKÜNAL, s. 134; ÖZSUNAY, s. 432; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 375; ÖĞÜZ, s.77; AVCI, s. 43.

<sup>21</sup> SEROZAN, Genel Bölüm, s. 455-456; DURAL/ÖĞÜZ, s. 361; ÖĞÜZ, s. 76; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 686-687; AVCI, s. 44.

<sup>22</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 375; DURAL/ÖĞÜZ, s. 362; AKÜNAL, s. 135; AYAN/AYAN, s. 215; AVCI, s. 57.

<sup>23</sup> ÖZSUNAY, s. 435 vd.; ÖĞÜZ, s. 79-80; AYAN/AYAN, s. 215; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 687-688; AVCI, s. 57 vd.; CANSSEL, s. 327; AYKUL, s. 127.

*li bir iş adamı*” gibi davranmak zorundadır<sup>24</sup>. Aksi durumda, TMK m. 112 gereği Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yazılı talebi üzerine vakıf yöneticilerinin mahkeme kararıyla görevlerinden uzaklaştırılması mümkündür. Tüzük m. 23/f. 2'de belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde de vakıf yöneticilerinin mahkeme kararıyla görevden uzaklaştırılmaları mümkündür<sup>25</sup>.

Kanun Koyucu, vakıf senedinde vakıf organının gösterilmesini sadece zorunlu kılmıştır. Bunun dışında vakıfla ilgili genel kurul, yönetim kurulu ya da denetim kurulu öngörülmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır<sup>26</sup>. Dolayısıyla Kanun Koyucu, vakıf organlarını oluşturmayla ilgili vakfedene geniş bir serbesti tanımıştır. TMK m. 101/f. 3'te düzenlenen, “*vakıflarda üyelik olmaz*”<sup>27</sup> hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği<sup>28</sup> için vakıflara üyelik kaydı ve bunlardan aylık katkı

<sup>24</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 363; AKÜNAL, s. 136; AYAN/AYAN, s. 216; ÖĞÜZ, s. 80; AVCI, s. 66-67; Yargıtay Genel Kurulu konuyla ilgili verdiği bir kararda, “...*Bir özel hukuk tüzel kişisi olan vakıf örgütünde zorunlu organ yönetim kuruludur. (MK m. 109). Yönetim organı, vakfın kuruluş senedinde yazılı amacını gerçekleştirmek için her türlü yönetim işlerini görmek ve onu temsil etmekle görevlidir. Bu organ, vakfın mal varlığını ve işlerini yönetirken, ihtimamla (özenle) ve sadakatle hareket etme ve basiretli bir idareci gibi davranmakla yükümlüdür...*”, YHGK. T. 26. 3. 2003, E. 2003/18-173, K. 2003/191. Kararın tam metni için bkz. **AYKUL**, s. 71 vd.

<sup>25</sup> **AYAN/AYAN**, s. 216; Vakfın denetimi ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 370 vd.

<sup>26</sup> **ÖZSUNAY**, s. 435; Vakıf senedinde, vakfın ihtiyari organları olarak genel kurul, denetleme kurulu, onur kurulu ve danışma kurulunun gösterilmesi mümkündür. Vakfın ihtiyari organları ile ilgili TMK'da düzenlenen dernek genel kurulu ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulanacağı konusunda öğretide görüş birliği vardır, **CANSEL**, s. 327.

<sup>27</sup> Söz konusu hükmün kanunda düzenlenme sebebiyle ilgili açıklama için bkz. **ÖĞÜZ**, s. 5.

<sup>28</sup> **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 666; “...4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun, iptali istenen üçüncü fıkrayı da içeren 101. maddesi şöyledir: “*Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca öngülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir. Vakıflarda üyelik olmaz. Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.*”... 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş ve kurulacak olan vakıflar ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerine göre kurulmuş olan vakıfları kapsamaktadır. İtiraz konusu kural, 4721 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin “*Vakıflarda üyelik olmaz*” biçimindeki üçüncü fıkrasıdır. Kuralın gerekçesinde, “*Üçüncü fıkrafta, vakıflarda üyeliğin söz konusu olamayacağı esası getirilmiştir. Ülkemizde belirli dönemlerde söz konusu olabilen dernekleşme yerine vakıf kurma eğilimleri, böylece yeterli mal ve hakların belirli bir amaca öngülenmesinin aranması ve derneklerden farklı olarak vakıflarda üyelik olamayacağına öngörülmesi ile sınırlandırılmış olacak ve bu suretle dernek benzeri vakıflar kurulması değil, gerçek anlamda tarihi gelişimine ve işlevine uygun şekilde vakıf kurulması yolu, yasal güvence altına alınmış olmaktadır.*” denilmiştir. 4721 sayılı Yasa'dan önce yürürlükte olan 743 sayılı Yasa'da, vakıflarda üyeliği engelleyecek nitelikte bir hüküm bulunmadığı halde, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası ile vakıflarda üyelik olmayacağı öngörülmüştür. Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 33. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma, derneğe üye olma ya da üyelikten çıkma hakkına sahip olduğunun ve maddenin son fıkrasında da, bu maddede yer alan düzenlemelerin vakıflarla ilgili

payı (aidat) alınması yolu açılmıştır<sup>29</sup>. Böylece vakıflara üye olma özgürlüğü getirilmiş, vakıfların üyelik esasına göre kurulup çalışmalarının önü açılmıştır<sup>30</sup>. Nitekim konuyla ilgili olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü 2008/14 sayılı bir genelge yayımla-

olarak da uygulanacağını belirtildiği, Anayasa'nın 33. maddesi ile tanınan vakıflara üye olma hakkının itiraz konusu kural ile kullanılamaz hale geldiği, böylece dernekler ve vakıflar arasındaki eşitliğin ortadan kaldırıldığı, tek başına vakıf kurma imkanı olmayan ancak bir vakfa üye olarak topluma ve kamuya maddi yardımda bulunmak veya ismini üye olacağı vakıf içinde yaşatmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin bu anayasal hakkı kullanmalarının engellendiği, hayatîyetleri yeni üyelerin varlığına bağlı olan vakıflarda üyeliğin kaldırılmasının bu vakıfların tasfiyesi sonucunu doğuracağı, bu durumun ise tüzel kişiliğin devamlılığı ilkesi ile bağdaşmadığı, vakıflarda üyeliğin olması ile vakıf kültürü ve vakıf medeniyetinin daha güçlü ve kalıcı olmasının sağlanacağı, ayrıca itiraz konusu kuralın, 1.1.2002 tarihinden önce kurulan vakıflarla bu tarihten sonra kurulan ve kurulacak olan vakıflar arasında imkan ve işleyiş farklılığı doğuracağı, kuralın gerekçesinin de vakıflarda üyeliğin olmaması için dayanak olamayacağı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İtiraz konusu kuralda, vakıflarda üyelik olmayacağı belirtilmek suretiyle, gerçek ve tüzel kişilerin vakıflara üye olmaları engellenmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasa'nın 13. maddesinde, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” denilmiştir. Anayasa'nın “*Dernek kurma hürriyeti*” başlığını taşıyan 33. maddesinde de, “*Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir... Birinci fıkraya hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir. Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır.*” denilmiştir. Anayasa'nın 33. maddesinde, herkese, önceden izin almaksızın dernek kurma, derneklere üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğü tanınmıştır. Maddede vakıflara üyelik konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak son fıkrada, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı belirtilmiştir. Derneklerin ve vakıfların kuruluşları, amaçları, işlevleri, işleyişleri ve yönetimleri aynı değil ise de, Anayasa'nın 33. maddesinin birinci ve son fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, herkesin, vakıflara üye olma özgürlüğüne sahip olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği öngörüldüğünden, vakıflara üye olma özgürlüğünü ortadan kaldıran itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir. Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 5. ve 10. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.”, AYM, T. 17/04/2008, E. 2005/14- 2008/92 K., <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/06/20080628-16.htm>, (Erişim Tarihi: 10. 06. 2016).

<sup>29</sup> Söz konusu kararın tam metni için bkz. RG T. 28. 06. 2008, S. 26920; Kararın eleştirisi için bkz. **SEROZAN**, Genel Bölüm, s. 456.

<sup>30</sup> **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 366; Bizim de katıldığımız öğretilerdeki haklı görüşe göre, derneklerde olduğu gibi vakıflarda üyelik sisteminin oluşturulması ve buna yönelik aidat alınması vakfın niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Bkz. **AYAN/AYAN**, s. 217.

arak üyelik hakkında vakıf senedinde hüküm bulunan vakıfların üye alımı yapabileceklerini düzenlemiştir<sup>31</sup>.

Vakıf yönetim organı, üst organ tarafından seçilmekte ve vakfın tüm iş ve işlemlerini yürütmekle görevli kılınmaktadır. Vakıf adına taahhütlerde ve bağlayıcı işlemlerde bulunduğu için sorumluluğu doğmaktadır. Dolayısıyla bu durum, yönetim organı bakımından ibranın gerekliliğini doğuran nedenlerin başında gelmektedir. Zira yönetim organının vakfı taahhüt altına sokan ve ilzam eden işlemlerde bulunması, bütçe içi ve dışı harcamalar yapması, sözleşmeler yapması, borçlanma vb. eylemlerde bulunması, vakfın zarara uğrama ihtimalini gündeme getirmektedir. Bu nedenle yönetim organını seçen üst organının, yasa ve statü hükümleri çerçevesinde söz konusu çalışmaları değerlendirme sorumluluğu söz konusu olmaktadır<sup>32</sup>.

## B. Genel Olarak İbra Kavramı ve Tüzel Kişilerde Yönetim Organının İbrası ile TBK ve TTK'da İbranın Düzenlenme Şekli

### 1. Genel Olarak İbra Kavramı ve Tüzel Kişilerde Yönetim Organının İbrası

Kelime anlamı olarak ibra; *“aklama, temize çıkarma, borçtan kurtarma, sağlamlaştırma, alacak verecek kalmadığını açıklama”* gibi birbirine yakın değişik anlamlara gelmektedir<sup>33</sup>. Hukuk terminolojisinde ise genellikle *“alacaklının bir hakkından tamamen ya da kısmen vazgeçmesi”*, medeni hukuk ve ticari hukuk tüzel kişileri bakımından ise *“organların sorumluluktan kurtarılması, olası tazminat isteminden feragat edilmesi”* anlamında kullanılmaktadır<sup>34</sup>. Hukukumuzda Mecelle'den (m. 1536) beri kullanılan ibra, Arapça kökenli bir kavramdır<sup>35</sup>.

İbra, tüzel kişilerde de çok sık başvurulan bir borcu sona erdirmeye sebepdir<sup>36</sup>. Tüzel kişi adına işlem yapan organlar, hesap döneminin sonunda tüzel kişiye faaliyetlerinin hesabını vermekle yükümlüdürler. Bu nedenle Borçlar Hukuku'na nazaran tüzel kişiler hukukunda daha özel bir anlam taşımaktadır. Bu çerçevede, tüzel kişinin

<sup>31</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 667.

<sup>32</sup> BALLAR, s. 1415.

<sup>33</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 13; AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 413; AYTAÇ, Zühtü, Anonim Ortaklıklarda İbra, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982, s. 7; ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara 2007, s. 12; AYAN, s. 254.

<sup>34</sup> BALLAR, s. 1409.

<sup>35</sup> ÇAMOĞLU, s. 223; GÜMÜŞ, s. 13; Mecelle'ye göre ibranın çeşitleri ve bu bağlamdaki açıklamalar için bkz. AYTAÇ, s. 8.

<sup>36</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre) Genişletilmiş 19. Baskı, s. 857.

yetkili organının karar şeklindeki bir irade açıklamasını hesap veren organın üyelerine karşı açıklaması ibra niteliğindedir. Yetkili organ böyle bir karar almakla, faaliyet dönemiyle ilgili olarak sorumluların yaptıkları işlemlerin tüzel kişinin çıkarına ve ortaklığın menfaatine uygun olduğunu açıklamaktadır<sup>37</sup>. Yani organ borçlu, tüzel kişi ise alacaklı konumundadır. Genel kurul tarafından alınan ibra kararının örtülü olarak (zımnen) organ tarafından kabul edilmesiyle borç sona ermektedir<sup>38</sup>.

Bu çerçevede yönetim organının ibrası, “bir çalışma dönemine ilişkin karar, uygulamaya ve çalışmalarının yasal ile resmi senet hükümlerine uygun bulunması; sonuçlarından temiz ve ilişiksiz çıkılması; sorumluluktan kurtarılması” anlamına gelmektedir. Yönetim kurulu, tüzel kişiliğe karşı yükümlülüklerini özenle yerine getirdiği için ilgili dönemle sınırlı olmak üzere sorumluluktan ve zararın giderilmesi taleplerinden kurtulmaktadır. Dolayısıyla ibra, ilgili kuruluş bakımından iç denetimde tartışmaların ve sorunların uzun süre devam etmesinin önüne geçen yararlı bir işleve sahiptir. Zira bu yolla, yöneticilerin çalışmaları şekil ve içerik bakımından değerlendirilerek, yöneticiler hakkında yargı yoluna gidilmesine gerek duyulması ya da duyulmaması gündeme gelmektedir<sup>39</sup>.

Hukukumuzda ibra, zorunlu bir hukuki işlem olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle Kanun Koyucu, kurumun nitelik ve özelliği ya da bir kriter gözetmeden kanunlarda bazı kuruluşlar bakımından ibra kavramına yer vermiş, bazıları bakımından ise gerek görmemiştir. Çeşitli kuruluşların tüzük ya da resmi senetlerinde yer alan ibra ise hukuki bir zorunluluk olarak değil, örnek statülerden esinlenilerek bir alışkanlık hükmü olarak düzenlenmektedir. Bu durum uygulamada kavram ve hüküm kargaşasına sebep olmaktadır<sup>40</sup>.

Tüzel bir kişi olarak vakıf yönetim organının ibrasında uygulanacak hükümleri belirleyebilmek için ibra kurumunun hukukumuzdaki düzenlenme biçimini yakından incelemek gerekir. Zira TBK’da düzenlenen ibra ile TTK’da düzenlenen ibra kurumları birbirinden farklıdır<sup>41</sup>. Bu nedenle her iki kanun bakımından ayrı ayrı incelenmelerinde yarar vardır.

## 2. TBK’da İbranın Düzenlenme Şekli

TBK’da ibra, borcun ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel hallerden birisidir. Alacaklı, sözleşme ile alacak hakkından vazgeçip borçluyu borcundan kurtar-

<sup>37</sup> ÇAMOĞLU, s. 223; AYTAÇ, s. 7

<sup>38</sup> KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 857.

<sup>39</sup> BALLAR, s. 1410, 1414.

<sup>40</sup> BALLAR, s. 1413-1414.

<sup>41</sup> AYTAÇ, s. 10.

maktadır. Söz konusu sözleşme, borcu ortadan kaldıran ibra sözleşmesidir<sup>42</sup>. Diğer bir ifadeyle, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile borçlunun edimini ifa etmeden alacaklının hakkından vazgeçmesini içeren borçtan kurtarmaya yönelik bir sözleşmedir<sup>43</sup>. Alacaklı, malvarlığının aktifinde yer alan bir alacaktan kısmen ya da tamamen vazgeçerek, borçlunun borcundan kurtulmasını sağlamaktadır. Taraflar ibra sözleşmesi ile aralarındaki borcu sona erdirmektedir<sup>44</sup>. Dolayısıyla ibra<sup>45</sup>, alacaklı ile borçlunun varlığından şüphe etmedikleri bir alacağı tamamen ya da kısmen ortadan kaldırmaya yönelik yaptıkları bir tasarruf işlemidir<sup>46</sup>.

İbra sözleşmenin geçerli olabilmesi için alacaklı ve borçlunun anlaşması gerekir. Bu nedenle söz konusu işlem, iki taraflı bir hukuki işlemidir. Alacaklının vazgeçme iradesi borçlu tarafından kabul edilmelidir<sup>47</sup>. Borçlu, ibra sözleşmesine genellikle örtülü (zımni) olarak muvafakat etmektedir. Alacaklının ibraya yönelik irade beyanına uygun bir süre içinde cevap vermediği takdirde söz konusu beyan kabul edilmiş sayılarak ibra sözleşmesi kurulmaktadır. Borçlunun, susmasının ibrayı kabul olarak nitelendirilebilmesi için ibra teklifini öğrenmiş olması gerekir<sup>48</sup>.

İbra, bir sözleşme olduğu için taraflar sözleşme ehliyetine ve tasarruf ehliyetine sahip olmak zorundadır.<sup>49</sup> Zira sözleşme ile alacaklının hakkına doğrudan doğru-

<sup>42</sup> **TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilâ**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 985-986; **EREN, Fikret**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 1270; **AYTAÇ**, s. 10-11.

<sup>43</sup> **OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2015, s. 536; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 987; **GÜMÜŞ**, s. 17-18; **ÇELİK**, s. 16; İbra, bir sözleşme olduğu için hata, aldatma (hile), korkutma (ikrah), Aşırı yararlanma (Gabin) gibi iradeyi sakatlayan sebepler olduğu takdirde ibra sözleşmesinin iptali mahkemenin istenebilir, **İZMİRLİOĞLU**, s. 1461.

<sup>44</sup> **EREN**, s. 1270; **AYTAÇ**, s. 10, 13.

<sup>45</sup> Roma Hukuku'nda da ibra kurumuna, şekilci ibra (*acceptilatio*) ve şekilsiz ibra (*pactum de non petendo*) şeklinde ikili bir ayırımı tabi tutulmuş, borcu sona erdiren bir sebep olarak düzenlenmiştir. Şekilsiz ibrada, alacaklı borçludan alacağını istemeyeceğine dair karşılıklı olarak sözlü bir sözleşme yapmaktadır. Ancak böyle bir durumda borç sona ermemekte, borçlu bir def'i hakkı elde etmektedir. Bu nedenle daha sonra sadece şekilci ibra üzerine yoğunlaşmıştır. Bkz. **ÇELİK**, s. 12-13; **AYTAÇ**, s. 9.

<sup>46</sup> **NOMER, Halûk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 14. Bası, İstanbul 2015, s. 382; **İZMİRLİOĞLU, Ayça**, "6098 Sayılı Kanuna Göre İbraname", (<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/12/>), (Erişim Tarihi: 17. 05. 2016), s. 1458; **AYTAÇ**, s. 12-13; **ÇELİK**, s. 16; İbranın öğretisi ve Yargıtay tarafından yapılan çeşitli tanımları için bkz. **GÜMÜŞ**, s. 14 vd.; İbranın hukuki niteliğiyle ilgili geniş açıklamalar için bkz. **İZMİRLİOĞLU**, s. 1461 vd.

<sup>47</sup> **EREN**, s. 1271; **İZMİRLİOĞLU**, s. 1461-1462.

<sup>48</sup> **İZMİRLİOĞLU**, s. 1461-1462.

<sup>49</sup> **EREN**, s. 1273; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s. 857; Kural olarak ibra sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Özellikle ibra sözleşmesi bir ivaz karşılığında yapılıyorsa iki tarafın da mutlaka fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Buna karşılık sözleşme ivazsız ise sadece alacaklının fiil ehliyetine sahip olması yeterlidir. Bkz. **EREN**, s. 1273.



ya etki edilerek alacağı ortadan kaldırılmaktadır. Bu çerçevede ibra sözleşmesi, borcu sona erdiren sebeplerden birisidir. Alacaklı bakımından alacağın sona ermesini, borçlu bakımından da borcun doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kalkmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla alacaklı, alacağı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmalıdır<sup>50</sup>. Zira ibra sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem değil bir tasarruf işlemidir<sup>51</sup>. Söz konusu alacağın; sözleşmeden, haksız fiilden, haksız iktisaptan ya da kanundan doğması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla alacağın kaynağı ne olursa olsun borcun iradi olarak sona erme sebebidir<sup>52</sup>. Diğer yandan ibra, alacaklının mal varlığında bir azalmaya neden olmakta buna karşılık borçlunun malvarlığının pasif kısmını azaltarak çoğalmaya neden olmaktadır. Bu yönüyle kazandırıcı bir işlem olduğu için hukuki bir sebebi de bulunmak zorundadır<sup>53</sup>. Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere ibra ile asıl borç tamamen veya kısmen fer'ileriyle sona ermektedir<sup>54</sup>.

İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi hukukumuzda ibra bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, bir borç nedeniyle ibradan söz edilebilmesi için borcun sona erdirilmesiyle ilgili borçlunun irade beyanında bulunması gerekir. Borcun sona erdirilmesi konusunda borçlu irade beyanında bulunmadığı takdirde ibradan söz edilemeyecektir. Bu bağlamda ibra sözleşmesinin geçerli bir şekilde meydana gelebilmesi, alacaklı ve borçlunun açık ya da örtülü bir şekilde karşılıklı olarak irade beyanında bulunmalarını gerektirmektedir<sup>55</sup>. Bu nedenle ibra sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlemdir<sup>56</sup>.

İbra sözleşmesinin konusu, geçerli olarak kurulmuş tek bir alacaktır<sup>57</sup>. Söz konusu alacak açık ve kesin olarak belirlenmiş ya da belirlenebilir nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla ifa edilmiş ya da herhangi bir nedenle sona eren bir alacak ibra sözleşmesine konu teşkil etmeyecektir<sup>58</sup>. Bu çerçevede, bir borç ilişkisinin taraflarının borcu sona erdirmeye konusunda anlaşmaları ibra sözleşmesinde temel unsuru oluşturmak-

<sup>50</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 539-540; EREN, s. 1271; İZMİRLİOĞLU, s. 1458, 1462.

<sup>51</sup> EREN, s. 1271.

<sup>52</sup> AYTAÇ, s. 12.

<sup>53</sup> EREN, s. 1271; GÜMÜŞ, s. 18-19; AYTAÇ, s. 12.

<sup>54</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 989; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 857, 859.

<sup>55</sup> EREN, s. 1272; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 858; ÇELİK, s. 16; İZMİRLİOĞLU, s. 1461.

<sup>56</sup> İZMİRLİOĞLU, s. 1461; İbranın türleriyle ilgili geniş açıklamalar için bkz. İZMİRLİOĞLU, s. 1463 vd.

<sup>57</sup> Hukukumuzda ibra, dar anlamda borcu sona erdirmektedir. Ancak ibra sözleşmesinin, sözleşme ilişkisinin kapsamındaki tüm bireysel borçları sona erdirmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık, geniş anlamdaki borç ilişkisi ibra ile sona erdirilemeyecektir. Söz konusu borç ilişkisi ancak (borcu ortadan kaldırma=ikale) sözleşmesi ile ortadan kaldırılabilir, EREN, s. 1270.

<sup>58</sup> ÇELİK, s. 18.

tadır. Bu nedenle ibra, borcun ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel bir sona erme sebebidir. Kanun Koyucu, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği ibra sözleşmesiyle alacaklıya ifadan vazgeçerek borçluyu borcunda kurtarma imkânı tanımıştır. Bundan dolayı borcun kaynağı ne olursa olsun ibra, borcu sona erdiren iradi bir sebeptir<sup>59</sup>.

İbra, hukukumuzda eskiden beri başvurulmuş bir kurum olmasına rağmen mülga Borçlar Kanunu'nda<sup>60</sup> düzenlenmemiştir<sup>61</sup>. Bu durum, ibra sözleşmesinin şekli konusunda öğretide farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur<sup>62</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda<sup>63</sup> ise borç ve borç ilişkisinin sona erme sebepleri arasında m. 132'de düzenlenmiştir<sup>64</sup>. Buna göre, *“Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır.”*<sup>65</sup>. Bu düzenleme, ibra sözleşmesinin geçerlilik bakımından herhangi bir şekilde bağlı olmayacağını düzenlemektedir<sup>66</sup>. Dolayısıyla hukukumuzda ibra bir şekilde bağlı değildir. Her borç, bir şekilde bağlı olmadan ibra edilebilir<sup>67</sup>. Taraflarca borcu doğuran işlem, belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile ibranın geçerliliği herhangi bir şekilde bağlı değildir<sup>68</sup>. İbranın bir şarta ya da vadeye bağlı olarak yapılması da mümkündür. Bu durumda vade ya da şartın gerçekleşmesiyle alacak ortadan kalkacaktır. İbra, asıl borç ile birlikte fer'ilerinin de sona erdirecektir<sup>69</sup>.

### 3. TTK'da İbranın Düzenlenme Şekli

Anonim ortaklıklarda ibra, belirli bir dönem sonunda ilgililerin o dönemle ilgili iş ve faaliyetlerinin genel kurul tarafından onaylanmasıdır. Genel kurul, kendisine sunulan hesap ve belgelere dayanarak ibra edilenleri temize çıkartıp haklarındaki

<sup>59</sup> EREN, s. 1273; ÇELİK, s. 20.

<sup>60</sup> RG. T. 22. 04. 1926, S. 359.

<sup>61</sup> REİSOĞLU, s. 406; AYTAÇ, s. 10-11; ÇELİK, s. 21.

<sup>62</sup> AYTAÇ, s. 12; REİSOĞLU, s. 406; TBK'dan önce ibra sözleşmesinin şekli ile ilgili öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. GÜMÜŞ, s. 193 vd.

<sup>63</sup> RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>64</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 536; NOMER, s. 382; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 856; ÇELİK, s. 16; İZMİRLİOĞLU, s. 1459.

<sup>65</sup> Genel hizmet sözleşmeleriyle ilgili TBK m. 420'de *“Ceza Koşulu ve İbra”* alt başlığı altında da ibra düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, İş Kanunu'na göre daha genel nitelikte olduğu için 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ile Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmelerine ilişkin hükümleri çerçevesinde tüm çalışanlar bakımından uygulama alanı bulacaktır İZMİRLİOĞLU, s. 1468.

<sup>66</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; s. 988-989; REİSOĞLU, s. 406; EREN, s. 1273.

<sup>67</sup> NOMER, s. 382; OĞUZMAN/ÖZ, s. 536-537; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 858.

<sup>68</sup> EREN, s. 1273; Buna karşılık TBK m. 420'ye göre işçinin işverenenden alacağına ilişkin yapılacak ibranın geçerliliği yazılı şekilde bağlıdır. Bkz. EREN, s. 1273.

<sup>69</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 540; AYTAÇ, s. 13.

şüpheleri ortadan kaldırmaktadır. Bunun sonucunda ortaklık, ibra edilenlere karşı faaliyetleri nedeniyle alacak ileri sürememekte ve onları sorumlu tutamamaktadır<sup>70</sup>. Böylece, yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğu ve şirket açısından da işin gereğine uygun olduğu genel kurul tarafından beyan edilmektedir<sup>71</sup>.

Genel kurul, ibra kararının vermeye yetkili tek organdır<sup>72</sup>. Genel kurul aynı zamanda ibranın kapsamını belirlemede de tek yetkilidir<sup>73</sup>. Genel kurulun kararı, icraî işleme gerek kalmadan sonuç doğuran dâhili bir karar olup tek taraflı bir irade beyanı niteliğindedir<sup>74</sup>.

İbra işlemi, yalnızca ortaklığı ve belirli şartlar altında da pay sahiplerini bağlar. Dolayısıyla tümüyle ortaklık içi bir işlemdir. Ortaklık dışındakilere özellikle de alacaklılara bir etkisi yoktur. Bu çerçevede alacaklılar ve kural olarak para sahipleri bir zarara uğramışsa, söz konusu zarar nedeniyle dava açma hakları devam eder. Ancak ortaklığın sorumluluk nedeniyle dava hakkı ortadan kalkar<sup>75</sup>.

Anonim ortaklıklarda genel kurul tarafından yapılan ibranın iki anlamı vardır. Birincisi, maddi bakımdan sorumluluğun kaldırılmasıdır<sup>76</sup>. İkincisi ise yönetimin yaptığı işlemlerin onaylanmasıdır. Yani, ibra edilenlerin yaptıkları işlemler ile aldıkları kararlar ve izledikleri politika benimsenmekte, onlara duyulan güven teyit edilmektedir<sup>77</sup>. Bu çerçevede anonim ortaklıklardaki ibra, menfi (olumsuz) borç ikrarı niteliği<sup>78</sup> taşıdığı gibi anonim ortaklıklara özgü bir fonksiyona sahiptir<sup>79</sup>. Böylece anonim ortaklık, ilgili hesap dönemlerine ilişkin olarak ibranın kapsamına giren işlemler hakkında yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açmayacağını ikrar etmektedir<sup>80</sup>. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri uzun süre sorumluluk davası tehdidi altında kalmaktan kurtulmaktadır<sup>81</sup>.

<sup>70</sup> **TEOMAN, Ömer**, Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalâlar Kitap:15 2012-2013, İstanbul 2014, s. 142- 143; **BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan**, Şirketler Hukuku, 9. Basım 2013, s. 602.

<sup>71</sup> **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 602.

<sup>72</sup> **ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2013, s. 231; Ayrıca bkz. TTK m. 424 ve 559.

<sup>73</sup> **AKDAĞ GÜNEY**, s. 428.

<sup>74</sup> **MOROĞLU, Erdoğan**, "Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbrası", Hukuki Mütalâalar, 1. Bası, İstanbul 2007, s. 303; **HELVACI**, s. 101; **AYAN**, s. 254.

<sup>75</sup> **AYTAÇ**, s. 16.

<sup>76</sup> **ÜÇİŞİK/ÇELİK**, s. 563.

<sup>77</sup> **ÇAMOĞLU**, s. 223-224.

<sup>78</sup> İbranın hukuki niteliği ile ilgili olarak bkz. **ÇAMOĞLU**, s. 224 vd.; Öğretide çoğunluk görüşü olarak benimsenen "menfi borç ikrarı" hakkındaki geniş açıklamalar için bkz. **AYTAÇ**, s. 31 vd.

<sup>79</sup> **AYTAÇ**, s. 16.

<sup>80</sup> **ÇAMOĞLU**, s. 225; **ÜÇİŞİK/ÇELİK**, s. 564.

<sup>81</sup> **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 602.

#### 4. TBK ve TTK'da düzenlenen İbranın Karşılaştırılması

TBK'da ibra, alacaklı ve borçlunun varlığından şüphe etmedikleri bir alacağı kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmaya yönelik yaptıkları bir tasarruf sözleşmesidir. Burada tarafların (alacaklı ile borçlunun) alacağın varlığı hakkında herhangi bir tereddüt ya da ihtilafları bulunmamaktadır. Dolayısıyla borcun varlığı konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Buna karşılık TTK'daki ibra, “*menfi (olumsuz) borç ikrarı (borçtan kurtarma)*” niteliğindedir<sup>82</sup>.

Menfi borç ikrarı, taraflar arasında bir alacak hakkının mevcut olmadığına tespit edildiği, hukuki niteliği itibariyle “*tespit*” işlemi adı verilen ve tespit sebebine dayalı bir hukuksal işlemdir. Bu işlem ile alacaklı, varlığı şüpheli ya da çekişmeli bir alacağının bulunmadığını ikrar etmektedir. Bu çerçevede, miktarı veya varlığı belirsiz ya da tartışmalı bir alacak söz konusudur. Oysa ibra sözleşmesinde alacağın varlığı konusunda tarafların bir tereddütü bulunmamaktadır<sup>83</sup>. Diğer bir ifadeyle, menfi borç ikrarında taraflarca şüpheli sayılan ve borçlunun itiraz ettiği bir alacak söz konusudur. Taraflar arasında gerçekten bir borcun kalıp kalmadığı ya da bulunup bulunmadığı taraflarca bilinmemektedir. Bu nedenle daha çok tespit amaçlı yapılan menfi borç ikrarında alacaklı ile borçlu, bir alacağın mevcut olmadığını kararlaştırmaktadır. Yani borcun bulunup bulunmadığı ile ilgili taraflar arasındaki tereddütlü duruma alacaklı ve borçlu son vermektedir. Oysa TBK anlamındaki ibrada, taraflar arasında borcun varlığı konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu durum Borçlar Hukuku'ndaki ibra ile Ticaret Hukuku'ndaki ibra arasındaki temel farkı oluşturmaktadır<sup>84</sup>.

Öğretide bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre TTK'daki ibra, “*menfi borç ikrarı*” niteliğindedir<sup>85</sup>. Buna göre, alacaklı konumdaki anonim ortaklık borçlu konumundaki ilgilileri yani borçluları ibra ederek onlara karşı bir alacağının olmadığını ikrar etmektedir. Böylece taraflarca bilinmeyen ve borçlu tarafından reddedilen alacak ortadan kaldırılmaktadır. Diğer taraftan, maddi yapısı yani fonksiyonu itib-

<sup>82</sup> TEOMAN, s. 142; MOROĞLU, s. 303; ÇAMOĞLU, s. 225; HELVACI, s. 101; GÜMÜŞ, s. 14, 62; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 602.

<sup>83</sup> GÜMÜŞ, s. 52-53.

<sup>84</sup> “*İbra mevcut bir borcu tamamen veya kısmen sona erdirmesi itibariyle, bir kimsenin alacağı bulunmadığını kabullenmesinden (menfi borç ikrarı) veya bir kimsenin alacağı talep etmeye taahhüdünde (pactum de non petendo) bulunmasından ayrılır.*”, OĞUZMAN/ÖZ, s. 540.

<sup>85</sup> AKDAĞ GÜNEY, s. 415; Uygulamada Yargıtay da aynı görüştedir. Konuyla ilgili bir kararında özetle, “*Anonim ortaklığın en yüksek organı tarafından verilen ibra kararı, yönetim kurulu ve denetçilerin yıllık raporlarını, kâr-zarar hesabını içeren (menfi borç ikrarı) niteliğinde olup ortaklığın o yıla ait işlemlerinden dolayı hiçbir tazminat talebi kalmadığı, başka bir deyimle ilgili hesap dönemi sebebiyle anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri haklarında artık tazminat davası açılmayacağı sonucunu doğurur.*” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD. T. 24. 6. 1975, E. 1976/2890-1976/3333 K. , Bkz. AYTAÇ, s. 48 dn. 183; Karşı görüş için bkz. AYAN, s. 255 dn. 842; İbranın hukuki niteliği hakkında geniş açıklamalar için bkz. AKDAĞ GÜNEY, s. 415 vd.

riyle menfi borç ikrarı niteliğindeki ibranın yapılışı, gerek anonim ortaklığın gerekse genel kurulun yapısından kaynaklanan özellikler nedeniyle kendine özgü bazı şekil şartlarına tabidir. İbra kararı, fonksiyonu itibarıyla her ne kadar menfi borç ikrarı olarak nitelendirilse de şekli yapısı itibarıyla genel kurulun tek tarafı bir irade beyanı mahiyetindedir<sup>86</sup>. Dolayısıyla bir anlaşma değil bir karar mahiyetindedir<sup>87</sup>. Ancak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için TTK m. 422/f. II gereği ticaret siciline tescil ve ilan edilmelidir<sup>88</sup>. Açıklanan bu nedenlerden dolayı TBK'daki ibra, anonim ortaklıklarla ilgili TTK'daki ibrada esas alınmamaktadır. Her ikisi birbirinden farklı kurumlardır<sup>89</sup>.

TTK'daki ibra, genel kurulun şeklen kabulü gerektirmeyen tek tarafı bir irade beyanı olup, dönemleriyle ilgili yönetici ve denetçilerin işlem, yönetim ve hesaplarının ortaklık tarafından onaylandığı, ortaklığın hiçbir alacağına yönetici ve denetçilerden kalmadığı ve kendilerine karşı ortaklık tarafından tazminat talebinin ileri sürülemeyeceği anlamına gelmektedir<sup>90</sup>.

## II. Vakıf Yönetim Organının İbrasında Uygulanacak Hükümlerin Tespiti

### A. Vakıf Yönetim Organının İbrasında Bir Kanun Boşluğu Olup Olmadığı Sorunu

#### 1. Genel Olarak Kanun Boşluğu Kavramı, Vakıf Yönetim Organının İbrasıyla İlgili Kanunda Açık bir Boşluk Bulunması ve Kanun Boşluğu Bulunmasının Sonuçları

##### a. Kanun Boşluğu Kavramı

Kanun boşluğu, kanun hükümlerinin yorumlanması neticesinde hukuki soruna doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanabilecek bir kanun hükmünün bulunmamasıdır<sup>91</sup>. Yani, söz konusu olayı sözüyle ve özüyle çözüme kavuşturan yazılı bir hukuk

<sup>86</sup> AYAN, s. 254; GÜMÜŞ, s. 62-63.

<sup>87</sup> ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 564.

<sup>88</sup> GÜMÜŞ, s. 64.

<sup>89</sup> AYTAÇ, s. 13-14.

<sup>90</sup> ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 564; AKDAĞ GÜNEY, s. 413; AYTAÇ, s. 50; AYAN, s. 254.

<sup>91</sup> EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 121; OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 21. Bası, İstanbul 2015, s. 96; AKYOL, Şener, Medeni Hukuka Giriş, İkinci Bası, İstanbul 2006, s. 264-265; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 126; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s. 90; HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 17; ALTAŞ, Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2014, s. 243, 247-248.

kuralının bulunmamasıdır<sup>92</sup>. Bu durumda hukuk düzeni tarafından düzenlenmesi gereken bir konu olduğu için konun boşluğu söz konusudur<sup>93</sup>.

Kanun boşluğu, değişik açılardan farklı gruplara ayrılabilir<sup>94</sup>. Hukukten farklılık içeren ve sonuç doğuran temel ayırım, gerçek (açık) ve gerçek olmayan kanun boşluğu ayırımıdır. Gerçek (açık) boşluk, somut olaya uygulanabilecek bir hükmün kanunda bulunması gerekirken bulunmaması durumudur<sup>95</sup>. Diğer bir ifadeyle, hukukun çözmek zorunda olduğu konuyla ilgili kanunda bir düzenleme bulunması gerekirken, kanunun lafzı ve yorumu neticesinde belirlenen içeriği dikkate alındığında, olaya uygulanabilir bir kanun hükmünün bulunmaması durumudur<sup>96</sup>.

Gerçek boşluk, bilinçli ve bilinçsiz boşluk şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>97</sup>. Buna göre, eğer Kanun Koyucu bilerek ve isteyerek bir kanun boşluğu bırakmışsa bilinçli boşluk söz konusudur<sup>98</sup>. Buna karşılık, kanun yapılırken ihmalkâr davranılarak gerekli özenin gösterilmemesi (*ihmalden doğan boşluk*) ya da kanun yapıldıktan sonra özellikle teknolojik yeniliklere bağlı olarak öngörülemez durumların ortaya çıkması veya koşulların değişmesi sonucu (*fili boşluklar*) bir boşluk ortaya çıkmışsa, bilinçsiz boşluk söz konusudur<sup>99</sup>.

Gerçek olmayan boşlukta ise somut olaya uygulanacak bir hukuki düzenleme mevcut olmakla birlikte söz konusu düzenleme ihtiyaçlara uygun olmadığı için tatmin edici değildir. Bu durumda bir kanun boşluğu değil bir kanun sakatlığı söz konusudur. Dolayısıyla kanundaki çözüm tarzının tatminkâr bulunmadığı, beğenilmediği, ihtiyaçlara cevap vermediği durumlar, gerçek olmayan boşluk olarak nitelendirilmektedir. Diğer bir ifadeyle, somut hukuki uyumsuzlıkla ilgili kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen hükmün sözü ile özü bağdaşmıyor, söz konusu hüküm başka eş değerdeki bir hüküm ile çatışıyor ya da mevcut hükmün uygulanmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu durumlarda gerçek olmayan boşluk söz konusudur<sup>100</sup>.

<sup>92</sup> **ANTALYA, Gökhan/TOPUZ**, Murat, Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükmüleri), İstanbul 2015, s. 250; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 98; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 128.

<sup>93</sup> **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 97.

<sup>94</sup> **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 128; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 100; Kanun boşluğu türleri hakkında geniş açıklamalar için bkz. **EDİS**, s. 133 vd.; **AKYOL**, s. 274 vd.

<sup>95</sup> **AKYOL**, s. 279; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 252; **ALTAŞ**, s. 253.

<sup>96</sup> **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 103; **HELVACI/ERLÜLE**, s. 17; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 127.

<sup>97</sup> **ANTALYA/TOPUZ**, s. 253.

<sup>98</sup> **EDİS**, s. 133; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 101; **AKYOL**, s. 281; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 253; **HELVACI/ERLÜLE**, s. 18; **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s. 90. **ALTAŞ**, s. 251.

<sup>99</sup> **EDİS**, s. 133; **AKYOL**, s. 281; **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s. 90; **HELVACI/ERLÜLE**, s. 18; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 253-254; **OĞUZMAN/BARLAS**, s. 101; **ALTAŞ**, s. 252.

<sup>100</sup> **ANTALYA/TOPUZ**, s. 254; **AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 127; **ALTAŞ**, s. 255.

Kısaca belirtmek gerekirse bir hukuki sorunla ilgili olarak kanunda bir çözüm bulunamıyorsa gerçek boşluk, söz konusu hukuki soruna tatmin edici bir cevap bulunamıyorsa gerçek olmayan boşluk söz konusudur<sup>101</sup>.

### **b. Vakıf Yönetim Organının İbrasıyla İlgili TMK'da Açık bir Boşluk Bulunması**

TMK m. 109'da vakıf yönetim organının bulunması, vakfın tüzel bir kişilik kazanması için zorunlu bir unsur olarak düzenlenmiştir. Ancak yönetim organının ibrasıyla ilgili TMK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık "denetim" başlığı altında TMK m. 111'de, "Vakıfların, vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmediikleri, vakıf mallarını amaca uygun bir biçimde yönetip yönetmediikleri ve vakıf gelirlerini amaca uygun olarak harcıyıp harcamadıkları Vakıflar Genel Müdürlüğüne ve üst kuruluşlarına denetlenir. Vakıfların üst kuruluşlarına denetimi özel kanun hükümlerine tabidir." hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenleme idari mercilerce yapılacak idari denetimle ilgilidir. İbra ile ilgili olmadığı için kanunda açık bir boşluk söz konusudur. Zira gerekli özen gösterilmeden ya da ihmalkâr davranılarak yönetim organının ibrası ile ilgili bir düzenlemeye TMK'da yer verilmemiştir.

### **c. Kanun Boşluğu Bulunmasının Sonuçları**

Kanunda boşluk bulunması durumunda, boşluğun türüne göre hâkim farklı hareket edecektir<sup>102</sup>. Öncelikle boşluğun türünü yani gerçek ya da gerçek olmadığını belirleyecektir. Gerçek (açık) bir boşluk olduğunu tespit ettiği takdirde TMK m. 1 gereği söz konusu boşluğu doldurmak zorundadır. Zira söz konusu hükümde, "Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir." Bu düzenlemeye göre gerçek boşluk halinde, hâkim öncelikle örf ve âdet hukukuna başvuracaktır. Örf ve âdet hukukunda bir kural bulunduğu takdirde söz konusu boşluğu bununla dolduracaktır. Ancak örf ve âdet hukukunda da bir kural yoksa kendisi bir kural oluşturarak buna göre hüküm verecektir<sup>103</sup>.

Gerçek boşluk olmayan durumlarda ise hâkimin boşluğu doldurma yetkisi bulunmamaktadır. Zira söz konusu kuralı değiştirme yetkisi Kanun koyucunun görevidir. Ancak tatmin edici olmayan hükmün uygulanması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaksa, TMK m. 2 gereği söz konusu hüküm uygulamama yetkisine sahiptir. Bu durumda, kanun hükmünü daraltarak gerçek olmayan boşluğa uygu-

<sup>101</sup> OĞUZMAN/BARLAS, s. 104-105.

<sup>102</sup> ALTAŞ, s. 256; Hâkimin hukuk yaratırken gözeteceği ilkeler hakkındaki geniş açıklamalar için bkz. EDİS, s. 136 vd.

<sup>103</sup> EDİS, s. 115; AKYOL, s. 270; ANTALYA/TOPUZ, s. 255-256; HELVACI/ERLÜLE, s. 18; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 128, 130; ALTAŞ, s. 229.

ladığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla söz konusu hükmü TMK m. 2'ye göre sınırlayarak çözüm bulacaktır<sup>104</sup>.

## 2. Vakıf Yönetim Organının İbrasında Hâkimin Hukuk Yaratmasının Koşulları ve Kanun Boşluğunu Doldurma Yöntemleri

### a. Hâkimin Hukuk Yaratmasının Koşulları

Hâkim, bir uyumsuzlıkla ilgili kanun boşluğu tespit ettiği takdirde, öncelikle konuyla ilgili bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığını araştıracaktır<sup>105</sup>. Örf ve âdet hukuk kuralı tespit edemediği takdirde, uyumsuzlıkla ilgili bir hukuk kuralı oluşturma hak ve yetkisine sahip olacaktır<sup>106</sup>. Nitekim bu husus TMK m. 1'de, *"...Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi Kanun Koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir."* şeklinde düzenlenmiştir. Hâkimin hukuk oluşturmaya kendisi için bir yetki olduğu kadar aynı zamanda bir görevdir. Bu Husus, Anayasa m. 36<sup>107</sup> ve HMK m. 33'te<sup>108</sup> açıkça düzenlenmiştir<sup>109</sup>. Buna göre hâkim, tıpkı bir kanun koyucu gibi genel, soyut, âdil ve objektif temellere dayanan, Kanun Koyucu tarafından da benimsenen, toplumun genel ahlâk ve adalet düşüncesine ters düşmeyen bir hukuk kuralı oluşturacak ve bunu önündeki uyumsuzluğa uygulayarak söz konusu uyumsuzluğu çözüme kavuşturacaktır<sup>110</sup>.

<sup>104</sup> ANTALYA/TOPUZ, s. 256.

<sup>105</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 131; ANTALYA/TOPUZ, s. 256; ALTAŞ, s. 257.

<sup>106</sup> EDİS, s. 121; ALTAŞ, s. 257; Öğretide, kanun boşluğu ile karşılaşan hâkimin TMK m. 1 hükmü uyarınca örf ve adet hukukuna başvuracağı, örf ve âdet hukukunda da bir kural bulunmadığı takdirde artık *"kanun boşluğu"*ndan söz edilmeyeceği, ortada bir *"hukuk boşluğu"*ndan bahsedileceği, bunun için de hâkimin hukuk yaratacağı ileri sürülmüştür. Bu yöndeki görüş için bkz. ANTALYA/TOPUZ, s. 267; Buna karşılık OĞUZMAN/BARLAS'a göre ise nihai ve kalıcı hukuk boşluğu hâkime TMK m. 1 ile verilen *"hukuk yaratma"* yetkisi ile aslında hiç söz konusu olamayacağı için *"hukukta boşluk"* kavramının isabetli olmadığı, bu kavramın pratik bir yararı olmadığı için buna ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmiştir. Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 97.

<sup>107</sup> AY. m. 36'da, *"Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."*

<sup>108</sup> HMK m. 33, *"Hâkim, Türk hukukunu re'sen uygular."*

<sup>109</sup> Konuyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. EDİS, s. 117-118; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda, *"Hukukun görevi toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları çözmektir. O nedenle, herhangi bir olay hakkında kural yoktur diye çözümsüz bırakılamaz. Bu gibi hukuki boşluğun bulunduğu durumlarda; hâkim bizzat yasa koyucu gibi davranarak olayı çözümlenmek üzere Medeni Kanununun 1. Maddesi hükmünce olaya uygulanacak kuralı bulmak ve uygulamakla yükümlüdür. (Y.İ.B.K. 18/11/1964 T. 2/4). Bu hâkim için aynı zamanda bir görevdir. Hâkim önündeki davayı sonuçlandırmak zorundadır. Anayasanın 36/2. fıkrası uyarınca hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içerisindeki davaya dayanarak bir hâkim önündeki uyumsuzluğu çözmekten kaçınmaz. Aksi halde sorumlu olur. (HUMK. m. 573/6,7)", Yarg. 19. HD. T. 08.07.2004, E. 2003/12100-2004/8151 K., Bkz. ANTALYA/TOPUZ, s. 266-267 ve dn. 105.*

<sup>110</sup> EDİS, s. 137; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 131.



Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, hâkimin hukuk yaratabilmesinin ilk koşulu hukuk tarafından düzenlenmesi gereken bir konuda uygulanabilecek bir kanun hükmünün bulunmamasıdır. Bu durumda hâkim, söz konusu boşluğun gerçek ya da gerçek olmayan bir boşluk olduğunu öncelikle belirleyecektir. Boşluğun, gerçek bir boşluk olduğunu tespit ettiği takdirde, uyuşmazlık hakkında bir örf ve âdet hukuku kuralının bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Somut uyuşmazlıkla ilgili örf ve âdet hukukunda da bir hüküm bulunmadığı takdirde, hukuk oluşturma yetkisini kullanarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaktır<sup>111</sup>. Hakimin hukuk oluşturmalarını yolları ise kıyas yoluyla hukuk oluşturmaları, Hukukun genel ilkeleri ile hukuk oluşturmaları ve yeni bir kural koyarak hukuk oluşturmalarıdır<sup>112</sup>.

## **b. Kanun Boşluğunu Doldurma Yöntemleri**

### **aa. Kıyas Yoluyla Hukuk Yaratma**

Kıyas (örnekseme) yoluyla hukuk yaratma, belirli bir olay hakkındaki hukuk kuralının, korunan menfaatler bakımından kendisiyle benzer ancak kanunda onunla ilgili hüküm bulunmayan bir olay ya da duruma uygulanmasıdır<sup>113</sup>. Bu durumda benzer durumu düzenleyen hükmün uygulama alanı, hakkında bir hüküm bulunmayan olay ya da duruma kapsayacak şekilde genişletilmektedir. Bu genişletilmenin yapılabilmesi için kıyas edilen menfaat çatışması ile hakkında kanuni bir düzenleme bulunmayan menfaat çatışmasının benzer olması gerekir. Bu durum, kıyas yoluna başvurulmasının zorunlu şartıdır. Aksi takdirde bu yola başvurulamayacaktır. Bu çerçevede hâkim, kıyas edilen hukuk kuralında benimsenen çözüm tarzını, çözmek zorunda olduğu uyuşmazlıktaki menfaat çatışmasına uygulayarak sorunu çözecektir<sup>114</sup>. Her türlü hukuk kuralı kıyasa konu edilebilecektir. Dolayısıyla kıyas yoluyla hukuk oluşturulurken yazılı hukuk kuralları, örf ve âdet kuralları ile hâkimin oluşturduğu hukuktan yararlanılması mümkündür<sup>115</sup>.

### **ab. Hukukun Genel İlkeleri ile Hukuk Kuralı Koyma**

Hukukumuzda, “*hukukun genel ilkeleri*” kavramına açıkça yer verilmemiştir<sup>116</sup>. Ancak öğretilerde, TMK m. 1’de belirtilen “*yargı kararları*” kavramı ile m. 4’te ifade edilen “*hukuk ve hakkaniyet*” kavramından hareketle kanunlar uygulanırken huku-

<sup>111</sup> ANTALYA/TOPUZ, s. 268-269.

<sup>112</sup> ALTAŞ, s. 235.

<sup>113</sup> EDİS, s. 137; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 132; ALTAŞ, s. 231.

<sup>114</sup> ANTALYA/TOPUZ, s. 270; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 132; ALTAŞ, s. 232.

<sup>115</sup> ALTAŞ, s. 233.

<sup>116</sup> EDİS, s. 147.

kun genel ilkelerinden yararlanılacağı ifade edilmiştir<sup>117</sup>. Söz konusu kavram, hukuk idesinden doğan büyük fikirler ve genel gerçeklikler olup kanunlardaki münferit kuralların temelini teşkil ederler. Bu kurallar bilerek ya da bilmeyerek hukuki kanaatlerimizi etkilerler<sup>118</sup>.

TMK'da hukukun genel ilkeleri kavramı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak m. 1'de geçen “*yargı kararları*” ifadesi ile m. 4'te geçen “*hukuk ve hakkaniyet*” ifadesinden yola çıkılarak bu sonuca ulaşılması mümkündür. Hâkim, hukukun genel ilkeleri ile kanun boşluğunu doldururken Anayasa'daki değerler düzenini göz önünde bulundurarak hareket edecektir. Kıyas yoluyla tatmin edici bir çözüm bulamadığı takdirde oluşturulacak kuralın içeriğini bizzat kendisi tespit edecektir. Hukukun genel ilkelerinden yararlanmak suretiyle hukuk sisteminin ve kanunun tamamına hâkim olan temel özü ve ruhu tespit edecektir. Böyle bir tespit sonrasında, oluşturduğu kural ile diğer hukuk kuralları arasında uyum sağlayarak adalet ilkesi ile hukuki düzende güven ilkesini sağlamış olacaktır. Bu şekilde oluşturduğu kural ile diğer hukuk kuralları arasında tezat çıkmasının da önüne geçmiş olacaktır<sup>119</sup>.

### ac. Doğrudan Doğruya Kural Koyma

Hâkim, somut olayda hukukun genel ilkeleri yoluyla tatmin edici bir çözüme ulaşamadığı takdirde tümüyle yeni bir kural koymak suretiyle somut uyuşmazlığı çözecektir<sup>120</sup>. Çünkü bir kural yokluğu nedeniyle hâkimin sorunu çözmekten kaçınması mümkün değildir. Bu çerçevede, uyuşmazlığı çözmek amacıyla kural oluştururken kanun koyucu gibi davranacaktır. Nitekim bu husus, TMK m. 1/f. 2 de, “...*kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl kural koyacak idiyse ona göre karar verir*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla hâkim, kendi kişisel duygu ve düşüncelerinden sıyrılmak suretiyle objektif, genel ve soyut bir hukuk kuralı oluşturmalıdır<sup>121</sup>. Bu amaçla, TMK m. 1/f. 3'te belirtildiği üzere bilimsel görüşler ve yargı kararlarından da yararlanmalıdır. Kural koyarken, yaptığı tercihin toplumun genel ahlâk düşüncesine ters düşmemesine ve oluşturduğu kuralın kanunun koyucu tarafından benimsenebilecek nitelikte olmasına da dikkat etmelidir. Böylece söz konusu kuralın mevcut hukuk kuralları ile uyumunu da sağlamış olacaktır<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> ALTAŞ, s. 235.

<sup>118</sup> EDİS, s. 146.

<sup>119</sup> ANTALYA/TOPUZ, s. 271.

<sup>120</sup> EDİS, s. 151; ALTAŞ, s. 235-236.

<sup>121</sup> Hâkimim yarattığı hukukun niteliğiyle ilgili geniş açıklamalar için bkz. EDİS, s. 152 vd.

<sup>122</sup> AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 133 vd.; ANTALYA/TOPUZ, s. 272.

## B. Vakıf Yönetim Organının İbrasında Kıyas Yolu ile Hukuk Yaratılarak Kanun Boşluğunun Doldurulması

### 1. TMK ve TBK’da kıyas Yoluyla Uygulanacak Bir Hüküm Olup Olmadığının Belirlenmesi

Türk Medeni Kanunu ile Vakıflar Hakkında Tüzük’te, vakıf yönetim organının ibrasıyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>123</sup>.

Borçlar Hukukunda ise TBK m. 132’de ibra sözleşmesinin şekli açıklığa kavuşturulmuştur<sup>124</sup>. Bu nedenle vakıf yönetim organının ibrasında uygulama alanı bulamayacaktır.

### 2. TTK’da Kıyas Yoluyla Uygulanacak Bir Hüküm Olup Olmadığının Belirlenmesi

Anonim şirketlerin gerek yönetim gerekse denetim kurulları, yıllık çalışmaları nedeniyle TTK hükümlerine göre ibra işlemine tabi tutulmaktadır<sup>125</sup>. Bu çerçevede TTK’da ibra ile ilgili üç düzenleme bulunmaktadır<sup>126</sup>. Bunlar; m. 424, m. 558 ve m. 559 hükümleridir<sup>127</sup>.

TTK m. 424’e göre, “*Bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur. Bununla beraber, bilânçoda bazı hususlar hiç veya gereği gibi belirtilmemişse veya bilânço şirketin gerçek durumunun görülmesine engel olacak bazı hususları içeriyorsa ve bu hususta bilinçli hareket edilmişse onama ibra etkisini doğurmaz.*”<sup>128</sup>.

<sup>123</sup> BALLAR, s.1411.

<sup>124</sup> AYTAÇ, s. 12; REİSOĞLU, s. 406; İbra sözleşmesinin şekli ile ilgili öğretileri sürülen görüşler için bkz. GÜMÜŞ, s. 193 vd.

<sup>125</sup> BALLAR, s. 1411.

<sup>126</sup> ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 565.

<sup>127</sup> AKDAĞ GÜNEY, s. 414-415; AYAN, s. 255; GÜMÜŞ, s. 64.

<sup>128</sup> Öğretilerde HELVACI, ibra şekillerini açık ibra ve ibra varsayımı olarak iki şekilde incelemektedir. TTK m. 424 (TK m. 380)’ün ibra şekillerinden ibra varsayımını düzenlediğini, açık ibra kararının ise hukukumuzda düzenlenmediğini ancak TTK m. 436/f. II (TK m. 374/f. II)’de getirilen oy hakkından mahrumiyetin açık ibranın varlığına işaret ettiğini ifade etmektedir. İbra varsayımında, olağan toplantı gündeminde ibra ile ilgili bir madde bulunmamasına rağmen bilançonun onaylanması yönetim kurulu üyeleri ile müdürler ve denetçilerin ibrası olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, ibra varsayımının gerçekleştirilmesi için iki koşul aranmaktadır. Birincisi, genel kurulda ibra etmemeye yönelik bir beyanın bulunmamasıdır. İkincisi ise doğru bir bilançonun olmasıdır, HELVACI, s. 102-103; Aynı doğrultuda görüş için bkz. ÇAMOĞLU, s. 227; Öğretilerde ibra varsayımı, örtülü ibra olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. AYAN, s. 258; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 602.

Bu düzenlemede Kanun Koyucu, aksi kararda belirtilmediği sürece<sup>129</sup> genel kurul tarafından bilançonun onaylanmasının yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğuracağını hükme bağlamaktadır.<sup>130</sup> Zira ibra kararı, genel kurul tarafından açıkça ya da bilançonun onaylanması<sup>131</sup> suretiyle örtülü (zımnî) olarak verilmektedir<sup>132</sup>. Bu çerçevede söz konusu hüküm, örtülü ibrayı düzenlemektedir. Bilançonun onaylanmasıyla birlikte yöneticiler ve yönetim kurulu üyelerinin ibrası gerçekleşmektedir<sup>133</sup>. Böylece TTK, aksine hüküm olmadığı sürece bilançonun tasdiki ile ilgili genel kurul kararının yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler ve denetçileri kapsayacağını hükme bağlamıştır<sup>134</sup>. Ancak bilançoda bazı hususlar

<sup>129</sup> TTK m. 424'ün açık düzenlemesi karşısında genel kurul kararı aksine açıklık taşıyabilir. Yani genel kurul bilanço ile kâr ve zarar hesabını onaylamasına rağmen yönetim kurulu üyelerinin ibrasını gerçekleştirilmeyebilir. Böylece ortaklığın yönetim kurulu üyelerine karşı dava açma hakkı düşmeyecektir, **ÇAMOĞLU**, s. 227.

<sup>130</sup> **ÇAMOĞLU**, s. 227; **ÜÇŞİK/ÇELİK**, s. 565; **AYAN**, s. 255; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 603; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda, "...a) TTK'nın 380. Maddesi uyarınca anonim ortaklık genel kuruluna bilançonun onanması kararında tersi belirtilmedikçe, bu onama şirket yönetim ve denetim kurullarının ibralarını da içerir. Yeter ki, bilançoda bazı konuların gizlendiği ya da bilanço, herhangi bir nedenle şirketin gerçek durumunun paydaşlarca görülmesini engeller biçimde, yanlış bir takım yönleri taşımamış olsun. Şirket zararının dayanağı olarak gösterilen konuların genel kurulda ayrı ayrı ve gerekli açıklıkla ele alınması zorunludur. Toplantıya katılanların genel kuruldaki tartışmalar sonucu, konuyu tüm açıklık ve ayrıntılarıyla öğrendiğinin belirlenmesi halinde, zimmetten kurtarıp temiz çıkarma ve aklama niteliğinde olan gerçek bir ibranın varlığı söz konusu olur. Gerek anılan yasa hükmü gerekse nesnel (afaki-objektif) iyi niyet kuralları, ibrayı, ancak gerçek durumun olduğu gibi genel kurulun bilgisine sunulmuş olması halinde olanaklı kılmaktadır. (...) Davacı şirketle Tunuшта bulunan ... firması arasındaki fosfat alımına ilişkin uyumsuzluk, sözleşme süresinin bitimi nedeniyle süre uzatımının kullanıldığı ve satıcı yanın fiyat farkı isteminin reddi üzerine başlatılan girişimleri içeren 1972-1973 faaliyet döneminde oluşmuş bulunmaktadır. Eş anlatımla, davalıların dünya fosfat piyasasındaki hızlı fiyat artışı ve aşırı isteme yönelik gelişmeleri göz ardı ederek sözleşmeye aykırı da olsa istenen düşük düzeydeki fiyat farkı istemini, basiretli bir işletmeciliğe aykırı bir biçimde reddetmeleri sonucu oluştuğu savlanan ve üretimin durmasına dayalı 28.561.850 liralık zararın doğumu 1973 faaliyet dönemine ilişkindir. Bu döneme ilişkin murakıp raporuyla ... yönetim kurulu raporunda anılan konu ayrıntılı biçimde yer almıştır. Anılan raporların okunduğu 29.03.1974 günlü genel kurul toplantısı bilanço incelemeleri için 29.04.1974 gününe ertelenmiş ve bu toplantıda sorun tartışılıp ve TTK'nın 380. Maddesi uyarınca ibrayı içermemek koşuluyla bilanço onanıp özel murakıp incelemesi öngörülmüştür. Özel murakıp raporunun tartışıldığı 1.8.1974 günlü genel kurul toplantısında ise; şirket yönetim ve denetim kurulları açık biçimde ibra edilmişlerdir. Bu durumda, artık sözü edilen şirket zararının paydaşlardan gizlendiği ya da gerçeğin saptırıldığı öne sürülemez." şeklinde hüküm kurmuştur, Yarg. 11. HD T. 14. 10. 1982, E. 1982/3596, K. 1982/3884, **AKDAĞ GÜNEY**, s. 303, dn. 803.

<sup>131</sup> TTK m. 424'te ifade edilen bilanço kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bilançonun ayrılmaz bir parçasını oluşturan başarı hesabı (kâr-zarar hesabı) ile yönetim kurulunun yıllık raporu da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira söz konusu belgeler, birbirini tamamlar mahiyettedir, **ÇAMOĞLU**, s. 227.

<sup>132</sup> Açık ve zımnî ibra hakkındaki geniş açıklamalar için bkz. **AYAN**, s. 258.

<sup>133</sup> **TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015, s. 420.

<sup>134</sup> **AKDAĞ GÜNEY**, s. 418; **AYAN**, s. 258.

eksik gösterilmişse ya da bilanço şirketin gerçek mali durumunu yansıtmıyorsa, söz konusu onama ibra sonucunu doğurmayacaktır<sup>135</sup>. Bu durumda sorumsuzluk iddiasında bulunulamayacağı gibi tazminat davasının açılmasına da engel bir engel yoktur. Tazminat talebinin ortadan kalkabilmesi için buna dayanak gösterilen tüm hususların bilanço ve çalışma raporlarında yer alması ve bunlarla ilgili genel kurula denetim ve tartışma imkânı sağlanacak şekilde açıklama yapılmış olması gerekir. Bundan sonra genel kurul tarafından söz konusu hususlar gereği gibi incelenip ibra kararı alınmış olmalıdır. Dolayısıyla ibra, sadece genel kurulun bilgisine sunulan işlemleri kapsamaktadır<sup>136</sup>. Uygulamada ibra kararı, kural olarak bütün yönetim kurulu üyeleri için faaliyet döneminin tamamı için tek bir oylamayla alınmaktadır<sup>137</sup>.

TTK'da ibra ile ilgili ikinci düzenleme TTK m. 558 hükmüdür. Buna göre, “ (1) İbra kararı genel kurul kararı ile kaldırılamaz. 445'inci madde saklıdır. (2) Şirket genel kurulunun, sorumluluktan ibraya ilişkin kararı, ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak, şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını kaldırır. Diğer pay sahiplerinin dava hakları ibra tarihinden itibaren altı ay geçmesiyle düşer.”<sup>138</sup>.

Bu düzenlemede Kanun Koyucu, genel kurulun ibraya ilişkin kararının ibranın kapsadığı maddi olaylara ilişkin etki doğuracağını düzenlenmiştir. Bu çerçevede, ibra kararı kapsamındaki maddi olaylarla ilgili olarak şirketin ve karara olumlu oy veren pay sahipleri ile ibra kararını bilerek devralan pay sahiplerinin dava hakkı ortadan kalkmaktadır<sup>139</sup>. Söz konusu düzenleme, açık ibra kararını düzenlemektedir<sup>140</sup>. Bu nedenle bilançonun onaylanması neticesinde gerçekleşen (TTK m. 424) ibra niteliğinde olmayıp, bağımsız bir ibra kararı mahiyetindedir. Dolayısıyla bir hesap dönemiyle ilgili hesap verme konumundaki tüm sorumluların sorumlulukları ilgili menfi borç ikrarı niteliğindedir<sup>141</sup>. Zira bunun neticesinde yöneticiler ve yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan ibra edilmektedir<sup>142</sup>. Ancak kanun koyucu TTK m.

<sup>135</sup> **TEKİNALP**, s. 420; **ÇAMOĞLU**, s. 228; **AYAN**, s. 255, 262.

<sup>136</sup> **BALLAR**, s. 1414.

<sup>137</sup> **ÇAMOĞLU**, s. 226.

<sup>138</sup> Söz konusu düzenleme ile ibra kararının genel kurul kararı ile kaldırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu konuda bir uyumsuzluğun olmadığı ancak uygulamada (4743 sayılı Kanun ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 14/7-3) 5411 sayılı Bankalar Kanunu m. 133' de yer alan “*varsa ibraların iptali*” ifadesi yanlış yorumlandığı için buna tepki olarak böyle bir pozitif düzenlemeye gidildiği öğretilmiş ve ileri sürülmüştür. Bkz. **AKDAĞ GÜNEY**, s. 432-433; TTK m. 558/f. II, ortakların TTK m. 555'e dayalı dolaylı zararları üzerinde ibra kararının etkisini düzenlemektedir, **GÜMÜŞ**, s. 67.

<sup>139</sup> **GÜMÜŞ**, s. 65-66; **AYAN**, s. 255.

<sup>140</sup> **TEKİNALP**, s. 420.

<sup>141</sup> **ÜÇİŞİK/ÇELİK**, s. 565-566.

<sup>142</sup> **TEKİNALP**, s. 420.

445 hükmünü saklı tuttuğu için kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurulun ibra kararına karşı TTK m. 446'da belirtilen kişiler, şirket merkezinin olduğu yerdeki ticaret mahkemesinde ibra kararı tarihinden itibaren üç ay içerisinde iptal davası açma hakkına sahiptir<sup>143</sup>.

Üçüncü düzenleme ise TTK m. 559'dur. Buna göre, *“Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamaz. Bu sürenin geçmesinden sonra da sulh ve ibra ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır. Bununla beraber, esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz.”*

Bu düzenlemede kanun koyucu, kuruluş ve sermaye artırımları hakkında ibra konusunu özel olarak düzenlemiştir<sup>144</sup>. Kuruluş ve sermaye artırımı işlemleri üzerinden dört yıl geçmedikçe, sulh ve ibra yoluyla sorumluluğun kaldırılamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>145</sup>.

### 3. TTK'daki Hükümlerden Kıyas Yoluyla Yararlanılmak Suretiyle Kanun Boşluğunun Doldurulması

Vakıflar, tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır<sup>146</sup>. Tüzel bir kişi olarak vakfın ibrasının özel bir anlamı bulunmaktadır. Zira tüzel kişilerin organı, belli bir hesap dönemi sonunda tüzel kişiye ait faaliyet ve işlemlerin hesabını vermekle yükümlüdür. Bu nedenle tüzel kişilerde ibranın anlamı, hesap veren yönetim organının yaptıkları faaliyet ve işlemlerin tüzel kişinin yetkili organı tarafından hukuka uygun olduğunun bir karar ile açıklanmasıdır<sup>147</sup>.

Anonim ortaklıkta ibra kararı, münhasıran genel kurul tarafından alınmaktadır<sup>148</sup>. Genel kurulun tek taraflı irade beyanıyla aldığı karar, sorumluluk atfedilen yönetim kurulu üyelerine ulaşmakla hukuki sonuç doğurur. Anonim ortaklığın verdiği ibra kararının anlamı, yönetim kurulunun hesap dönemleriyle ilgili bütün faaliyet ve işlemlerin ekonomik ve hukuki sonuçlarının genel kurul tarafından onaylanmasıdır<sup>149</sup>. Diğer bir ifadeyle, genel kurulda yönetim ve denetim kurulu üyeleri hakkında alınan ibra kararı, üyelerin görev yaptıkları süre içindeki işlem ve eylemlerinin genel kurul tarafından onaylandığı, yönetim ve denetim kurulu üyelerinden herhangi bir

<sup>143</sup> GÜMÜŞ, s. 66.

<sup>144</sup> ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 566.

<sup>145</sup> AYAN, s. 255; GÜMÜŞ, s. 67.

<sup>146</sup> AYAN/AYAN, s. 207; Bkz. TMK m. 101/f. 1

<sup>147</sup> AYTAÇ, s. 7.

<sup>148</sup> ÇAMOĞLU, s. 231.

<sup>149</sup> MOROĞLU, s. 303; AKDAĞ GÜNEY, s. 413, 417.

tazminat talebi hakkının bulunmadığı anlamına gelen tek tarafı, yenilik doğurucu bir irade beyanıdır. Ortaklık, ibra edilenlere karşı belirli hesap dönemi sonuna kadar olan işlem ve eylemlerinden dolayı bir alacak isteğinde bulunmayacağını ve dava açmayacağını beyan etmektedir<sup>150</sup>.

İbra kararı, menfi borç ikrarı niteliğinde olduğu için bu karar ile birlikte ortaklığın sorumluluk davası açma hakkı sona ermektedir. Böylece, yönetim kuruluna hem güven duyulmakta hem de ilgili hesap döneminde gerçekleştirilen işlemler nedeniyle ortaklık tarafından tazminat talebinin bulunmadığı teyit edilmektedir<sup>151</sup>.

İbra kararı genel kurulda alınmakla ilgililer lehine hüküm doğurur. Geçerli bir ibra kararının daha sonra genel kurul kararıyla tek yanlı olarak kaldırılması ya da geri alınması mahkemece kesin hükümle iptal edilmiş olmadıkça hukuken geçerliliğini korur<sup>152</sup>.

İbranın konu yönünden kapsamını; sunulan belgeler, hesaplar, yapılan açıklamalar, genel kurula ulaşan ve kurul tarafından öğrenilen konular ile işlemler belirlemektedir. Genel kurulun bilgisine ulaşmayan ve genel kurulun öğrenme imkanı bulamadığı konu ve işlemler ibranın kapsamına girmemektedir<sup>153</sup>.

Uygulamada vakıflar, gelirlerini artırmak ve amaçlarını gerçekleştirmeye yardımcı olmak amacıyla ya bir ticari işletme işletmekte ya da kurulmuş şirketlere ortak olmaktadır<sup>154</sup>. Bu çerçevede, eğitim amaçlı vakıfların özel okul ve yurt açtıkları, sağlık amaçlı vakıfların ise hastane işlettikleri görülmektedir<sup>155</sup>. Ayrıca, amaçlarını gerçekleştirmeye yardımcı olmak için vakıfların ticari bir işletme işletmesinin önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durum vakfın amacının ekonomik olduğu anlamına gelmemektedir<sup>156</sup>. Zira vakıflar, amaçlarını gerçekleştirmeye yardımcı olacak şekilde ticari faaliyette bulunabilmekte, ticari işletme işletmek suretiyle elde ettikleri gelirleri vakfın amacı dışında kullanmamaktadır<sup>157</sup>.

<sup>150</sup> **ÖTLEGEN, Mehmet Zülfü**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunu Sona Erdiren Nedenlerden İbra ve Zamanaşımı, 1. Bası, Ankara 2003, s. 53; **AYAN**, s. 255; **BALLAR**, s. 1410.

<sup>151</sup> **AKDAĞ GÜNEY**, s. 418; Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda, “Şirket yönetiminin zarara yol açan işlem ve yaklaşımları genel kurulda tüm açıklık ve ayrıntılarıyla açıklanıp irdelenmişse, genel kurulca verilen ibra kararı, gerçek anlamda borçtan kurtarma ve aklama niteliği taşır. Genel kurulun bu niteliğindeki ibrası sonucu, artık yönetim kurulunun o faaliyet dönemine ilişkin tüm işlemleri hakkında, zarara neden olsalar da, ortaklıkça sorumluluk davası açılmaz.” şeklinde hüküm kurmuştur. Yarg. 11. HD T. 14.10.1982, E. 3596/3884 K., Bkz. YKD 1982, C.8, S.12, s.1664.

<sup>152</sup> **MOROĞLU**, s. 303.

<sup>153</sup> **ÖTLEGEN**, s. 59; **BALLAR**, s.1414; İbranın konu bakımından kapsamıyla ilgili geniş açıklamalar için bkz. **AYAN**, s. 257 vd.

<sup>154</sup> **SEROZAN**, Tüzel Kişiler, s. 91; **ÖĞÜZ**, s. 36; **KORKUSUZ/ERGÜN**, s. 105.

<sup>155</sup> **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 360; **ÖĞÜZ**, s. 36; **SEROZAN**, Tüzel Kişiler, s. 91.

<sup>156</sup> **HATEMİ**, Vakıf Kurma Muamelesi, s. 299; **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 360.

<sup>157</sup> **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 356.

Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 30. 11. 2005 tarih ve 2005/16 sayılı genelgesinin 2. maddesine göre vakıfların ticari işletme ve şirket kurmaya yönelik talepleri nedeniyle Genel Müdürlükten izin almalarına gerek yoktur. Ancak vakfa ait bir ticari işletmeden bahsedilebilmesi için bir takım kriterler gereklidir. Bunlardan ilki, işletme faaliyetlerinin devamlı olmasıdır. Yani piyasa ekonomisi içerisinde mal alım satımı, imalat yapması ya da hizmet ifa etmesi gerekir. İkincisi, ticari bir organizasyon olarak bir hesap dönemi içerisinde birden fazla ticari işlem yapması gerekir. Son olarak, işletmede üretilen mal ya da hizmetlerin bir bedel karşılığında satılması gerekir. Bu özelliklerin toplandığı bir işletmeyi işleten ya da ortak olan vakıf, TTK m. 18/f. 2 gereği tacir sayılacak ve söz konusu ticari işletme ticaret siciline tescil edilecektir. Aynı durum ticari işletme işleten kamuya yararlı vakıflar için de söz konusudur. Ancak TTK m. 18/f. 2 kıyasen uygulanmak suretiyle kamuya yararlı derneklerde olduğu gibi kamuya yararlı vakıfların tacir sayılmayacakları, tüzel kişiliği olmamasına rağmen bunların ticari işletmelerinin ise tacir sayılması gerektiği öğretide tartışılmaktadır. Ticari işletme işleten vakıfların ticaret hukuku bakımından en önemli sonucu tacir sayılmalarıdır. Dolayısıyla söz konusu vakıflar tacir olmanın sonuçlarına katlanacaktır<sup>158</sup>.

Kanaatimizce, ticari işletme yöneticilerinin vakıf mütevelli heyetine karşı ibrasında TTK'nun ibra ile ilgili hükümlerinin uygulanmasında bir sorun bulunmamaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk Medeni Kanunu'nda vakıf yönetim organının ibrasıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun uygulama alanı başlıklı 1. maddesine göre ise "*Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2011 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz parçasıdır.*". Kanunun bu düzenlemesi dikkate alınarak, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ibrasıyla ilgili belirtilen hükümler kanaatimizce vakıf yönetim organının ibrasında da kıyas yoluyla uygulanmalıdır.

Uygulamada, ticari işletme işletmeksizin vakıf senedinde belirtilen amaçları gerçekleştirilmeye yönelik faaliyette bulunan vakıflar çoğunluktadır. Söz konusu vakıflarda yönetim yetkisinin mütevelli heyeti tarafından bir ya da birden fazla yöneticiye bırakılması mümkündür. Kanaatimizce bu noktada bir ayırıma gitmekte yarar vardır. Eğer yönetim organı birden fazla kişiden oluşuyorsa, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin TTK'daki hükümler kıyasen uygulanarak kanun boşluğunun doldurulması kanaatimizce mümkündür. Bu durumda yönetici ya da yöneticilerin yıllık faaliyet raporlarının mütevelli heyeti tarafından onaylanmasıyla ibra işlemi gerçekleşmiş olacaktır. Ancak ibra ile ilgili oylamada yöneticiler kendi lehlerine oy kullanamayacaklardır.

<sup>158</sup> KARAL, Zeliha Semra, "Vakıflar ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar", (C:\Users\030012\Desktop\VAKIF\KARAL HUKUK BÜROSU - Av\_Z\_Semra Karal, www\_karal\_av\_tr, Karal Hukuk Bürosu.htm)



Buna karşılık, vakıf kurucu ve yöneticisi tek kişi ise söz konusu hükümler uygulama alanı bulamayacak yönetim organı hakkında TMK m. 11, Vakıflar Kanunu m. 33/f. son ile 27.09.2008 tarih 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olan Vakıflar Yönetmeliği’nde öngörülen denetim mekanizması işleyecektir. Bu denetim mekanizması, aynı şekilde ticari işletme işleten vakıflar bakımından da söz konusu olacaktır.

## SONUÇ

Vakıflar, vakıf senedinde belirtilen amaçları yönetim organı eliyle gerçekleştirmektedir. Yönetim organı, vakfın tüzel kişilik kazanabilmesi için zorunlu bir unsurdur.

Vakıf yönetim organının ibrasında uygulanacak hükümlerin tespit edilebilmesi için ibra kurumunun hukukumuzdaki düzenlenme biçimi öncelikle incelenmelidir. Zira söz konusu kurum, TBK ve TTK’da farklı şekilde düzenlenmiştir.

TBK’da ibra, alacaklı ve borçlunun varlığından şüphe etmedikleri bir alacağı kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmaya yönelik yaptıkları bir tasarruf sözleşmesidir. Burada tarafların (alacaklı ile borçlunun) alacağın varlığı hakkında herhangi bir tereddüt ya da ihtilafları bulunmamaktadır. Dolayısıyla borcun varlığı konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Buna karşılık TTK’daki ibra, “*menfi (olumsuz) borç ikrarı (borçtan kurtarma)*” niteliğindedir. Menfi borç ikrarı, taraflar arasında bir alacak hakkının mevcut olmadığı tespit edildiği, hukuki niteliği itibarıyla “*tespit*” işlemi adı verilen ve tespit sebebine dayalı bir hukuksal işlemidir. Bu işlem ile alacaklı, varlığı şüpheli ya da çekişmeli bir alacağının bulunmadığını ikrar etmektedir. Bu çerçevede, miktarı veya varlığı belirsiz ya da tartışmalı bir alacak söz konusudur. Oysa ibra sözleşmesinde alacağın varlığı konusunda tarafların bir tereddütü bulunmamaktadır. Bu durum Borçlar Hukuku’ndaki ibra ile Ticaret Hukuku’ndaki ibra arasındaki temel farkı oluşturmaktadır.

Vakıflarda icra ve idare organı niteliğindeki yönetim organının vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmediği, vakfın mallarını amaca uygun bir şekilde yönetip yönetmediği, amaca uygun olarak gelirleri harcıyıp harcamadığının belirlenmesine yönelik TMK m. 111’de bir denetim mekanizması öngörülmüştür. Ancak kanunda, vakıf organizasyonu içerisinde yönetim organının ibrasıyla ilgili herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle gerçek bir kanun boşluğu söz konusudur. Zira kanun hükümlerinin yorumlanması neticesinde hukuki soruna doğrudan ya da dolaylı olarak uygulanabilecek bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda söz konusu boşluk, TMK m. 1 uyarınca hâkim tarafından doldurulacaktır. Hâkim, konuyla ilgili bir örf ve âdet hukuku kuralı bulunup bulunmadığını öncelikle araştıracaktır. Örf ve âdet hukukunda bir kural tespit edemediği takdirde, uyuşmazlık hakkında hukuk kuralı yaratma hak ve yetkisine sahip olacaktır. Bu çerçevede, çeşitli

hukuk yaratma yöntemlerinden yararlanmak suretiyle kanun boşluğunu doldurmaya çalışacaktır. Söz konusu yöntemlerden birisi de kıyas yoluyla hukuk yaratmasıdır. Yani, belirli bir olaya ilişkin hukuk kuralını, korunan menfaatler bakımından kendisiyle benzer ancak hakkında hüküm bulunmayan başka bir olay ya da duruma uygulayacaktır.

Yönetim organının ibrası ile ilgili Türk Medeni Kanunu ve Vakıflar Hakkında Tüzük'te, herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda ibra sözleşmesinin şekliyle ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda ise anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ibrasıyla ilgili üç düzenleme yer almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun uygulama alanı başlıklı 1. maddesine göre ise “*Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2011 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz parçasıdır.*”. Kanaatimizce, kanunun bu düzenlemesi dikkate alınarak, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ibrasıyla ilgili hükümler vakıf yönetim organının ibrasında da kıyas yoluyla uygulanmalıdır.

Uygulamada vakıflar, amaçlarını gerçekleştirmek için çoğu zaman ticari bir işletme işletmektedir. Söz konusu işletmelerin yönetimi ise genellikle vakıf mütevellisinde de yer alan bir ya da bir kaç kişi tarafından yerine getirilmektedir. Kanaatimizce, TTK'daki anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin hükümlerden kıyas yoluyla yararlanılmak suretiyle TMK'daki kanun boşluğu hâkim tarafından doldurulmalıdır. Eğer vakıf, amacını gerçekleştirmek için ticari bir işletme işletmiyorsa, kurucu ve yöneticileri de aynı kişilerden oluşuyorsa, bu durumda yönetim organı hakkında TMK m. 11, Vakıflar Kanunu m. 33/f. son ile Vakıflar Yönetmeliği'nde öngörülen denetim mekanizması işleyecektir. Söz konusu denetim mekanizması, iç denetimde ibra işlemi gerçekleşmiş olsa bile ticari işletme işleten vakıfların yönetim organı bakımından da aynı şekilde geçerli olacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya**, Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Yenilenmiş, Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış Sekizinci Bası, İstanbul 2011.
- AKÜNAL, Teoman**, Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995.
- AKYOL, Şener**, Medeni Hukuka Giriş, İkinci Bası, İstanbul 2006.
- ALTAŞ, Hüseyin**, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Ankara 2014.
- ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat**, Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri), İstanbul 2015.
- AVCI, Mehmet Özgür**, Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı, 1. Bası, İstanbul 2006.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen**, Kişiler Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya 2011.

- AYAN, Özge**, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2013.
- AYKUL, Ömer**, Yeni Vakıflar Hukuku, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2015.
- AYTAÇ, Zühtü**, Anonim Ortaklıklarda İbra, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982.
- BALLAR, Suat**, Yeni Vakıflar Hukuku, Yeniden Düzenlenmiş ve Güncelleşmiş Özgün 5. Baskı, İstanbul 2015.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan**, Şirketler Hukuku, 9. Basım 2013.
- CANSEL, Erol**, “Vakıf, Kuruluşu, İşleyişi ve Amacı”, <http://acikerisim.fsm.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11352/265/Cansel.pdf;sequence=1>), s. 321-327.
- ÇAMOĞLU, Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 2010.
- ÇELİK, Aydın**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Ankara 2007.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan**, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.
- EM, Ali**, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. Baskı, Ankara 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2016.
- DOĞAN, Beşir Fatih**, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011.
- EDİS, Seyfullah**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- EREN, Fikret**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015.
- GÜNERİ, Hasan**, Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976.
- HATEMİ, Hüseyin**, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, İHFM C: LV-S4 (1997), s. 111-128. (Vakıf Kurumu).
- HATEMİ, Hüseyin**, Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku’nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969. (Vakıf Kurma Muamelesi).
- HELVACI, Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 1995.
- HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya**, Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014.
- İZMİRLİOĞLU, Ayça**, “6098 Sayılı Kanuna Göre İbraname”, (<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/12>), (Erişim Tarihi: 17. 05. 2016), s. 1457-1482.
- KARAL, Zeliha Semra**, “Vakıflar ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar”, (C:\Users\030012\Desktop\VAKIF\KARAL HUKUK BÜROSU - Av\_Z\_Semra Karal, www\_karal\_av\_tr, Karal Hukuk Bürosu.htm).

- KILIÇOĞLU, Ahmet**, Medeni Hukuk, Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Ankara 2016 (Medeni Hukuk).
- KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre) Genişletilmiş 19. Bası, Ankara 2015 (Borçlar Hukuku).
- KORKUSUZ, M. Refik/ERGÜN, Ömer**, “Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar”, (<http://www.dicle.edu.tr/Contents/c3815664-8a98-463a-8100-f21edc9cb324.pdf>), s. 69-138.
- KÖPRÜLÜ, Bülent**, Medeni Hukuk Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), (1-2. Kitaplar), İstanbul 1979.
- MOROĞLU, Erdoğan**, “Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbrası”, Hukuki Mütalalar, 1. Bası, İstanbul 2007.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası'dan 13. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2015.
- ÖĞÜZ, Tufan**, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Esasları, İstanbul 2007.
- ÖTLEGEN, Mehmet Zülfü**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunu Sona Erdiren Nedenlerden İbra ve Zamanaşımı, 1. Bası, Ankara 2003.
- ÖZSUNAY, Ergun**, Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisii/ Dernekler/Vakıflar, Gözden geçirilmiş ve yeniden işlenmiş 4. Bası, İstanbul 1978.
- ÖZTAN, Bilge**, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara 1994.
- REİSOĞLU, Safa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, İstanbul 2014.
- SEROZAN, Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2011. (Genel Bölüm)
- SEROZAN, Rona**, Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994. (Tüzel Kişiler)
- SOYKAN, İsmail Cem**, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, 1. Baskı, İstanbul 2012.
- TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- TEOMAN, Ömer**, Yaşayan Ticaret Hukuku Hukuki Mütalalar Kitap:15 2012-2013, İstanbul 2014.
- ULUÇ, Yusuf**, Açıklamalı-İçtihatlı Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2014.
- UYAN, Göktürk**, “Miras Sözleşmesindeki İki Taraflı Bağlayıcı Kayıtlı Vakıf Kurulması”, İÜHF M C. LXV, S. 2, 2007, s. 327-352.
- ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2013.

# TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 315. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE KİRACININ KİRA BEDELİNİ ÖDEMEDE TEMERRÜDÜ VE HUKUKİ SONUÇLARI

(Renter's Default on Payment of Rent and Its Legal Consequences  
Within The Framework of Article 315 of the Turkish Code of  
Obligations)

Yrd. Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE \*

## ÖZET

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanılma ile birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması dolayısıyla kiraya verenin, kiralananı kiracıya kullanıma elverişli bir şekilde teslim etme ve kira süresi boyunca bu durumda bulundurma, kiracının da kira konusunu kullanımının karşılığı olarak kira bedelini ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kiracının kira bedeli borcunu ifa etmemesi ihtimaline karşılık olarak kanun koyucu bazı önlemler almıştır. Bu önlemlerden birisi de inceleme konumuzu oluşturan hükümdür. Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesi kiracının kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcunu yerine getirmediği, temerrüde düştüğü hallerde kiraya verene sözleşmeyi feshetme hakkı tanımıştır. Hüküm, sözleşmenin sürdürülebilmesi açısından bir yandan temerrüde düşen kiracıya borcunu ödemesi yönünde bir imkân tanıırken, diğer taraftan kiraya verene, kiracının borcunu ifa etmemesi sonucuna bağlı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını düzenlemiştir.

Çalışmamızda, Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesinin uygulanma şartları ve buna bağlı hukuki sonuçlar incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Kira Sözleşmesi, Kira Bedeli, Yan Giderler, Kiracının Temerrüdü, Fesih Bildirimi, Kira Sözleşmesinin Feshedilmesi.

## Abstract

Rental contract is a type of contract which the lessor admits to make available use of a thing or utilization of it together with usage, and which the renter admits to pay agreed rent in return. As a result of synallagmatic feature of the rental contra-

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ct; the lessor has an obligation to provide subject of the contract ready for use for renter and hold it same during this rental period. On the other hand, the renter has an obligation to pay the rent in return for use of the property. The legislator has taken some measures for the possibility of non-payment of rent. One of these measures is the provision that constitutes this study subject. In case of renter's default on payment of rent and additional costs, article 315 of the Turkish Code of Obligations entitles the lessor to dissolve the contract. This provision both enables defaulting renter to pay the debt in terms of continuation of the contract and on the other side embodies the lessor's right to terminate of the contract as a consequence of non-performance of the renter's obligation.

In this paper, implementation conditions of article 315 of the Turkish Code of Obligations and related legal consequences are examined.

**Keywords:** Rental Contract, Rent, Additional Costs, Renter's Default, Notice of Termination, Termination of Rental Contract.

## GİRİŞ

Kira sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 299-378. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, tanımı Kanununun 299. maddesinde yapılmıştır. Söz konusu hükme göre, kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanılma ile birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. TBK m. 299 hükmünde yapılan bu tanımdan anlaşıldığı üzere, kira sözleşmesinin esaslı unsurlarını, kiraya veren tarafından kullanımı veya kullanılma ile birlikte ondan yararlanılmasının kiracıya bırakıldığı kiralanan ve kiracının da elde etmiş olduğu bu hak karşılığında ödemekle yükümlü olduğu kira bedeli ile bu unsurlar üzerinde tarafların iradelerinin uyuşması oluşturmaktadır<sup>1</sup>.

Kira sözleşmesi, kullandırma amacı güden sözleşmeler içerisinde yer alır. Huku-

<sup>1</sup> Kira sözleşmesinin unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz., **YAVUZ, Cevdet:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskıyı Hazırlayanlar, **YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak:** İstanbul 2014, s. 363 vd.; **EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 338 vd.; **ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014, s. 212 vd.; **ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 231-234; **DOĞAN, Murat:** Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 7-11; **GÜMÜŞ, M. Alper:** 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 26, 27; **GÜMÜŞ, M. Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 234; **AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan:** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 405-410; **ACAR, Faruk:** Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321), Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2015, m. 299, N. 54 vd.; **İNCEOĞLU, M. Murat:** Kira Hukuku, C. I, İstanbul 2014, s. 8-16; **URAL ÇINAR, Nihal:** Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 25 vd..

ki nitelik itibariyle, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması dolayısıyla sözleşmenin taraflarını oluşturan kiraya veren ile kiracı, aralarında doğan hukuki ilişkiden kaynaklanan edimleri karşılıklı olarak ifa etme yükümlülüğü altına girerler<sup>2</sup>. Bir başka ifadeyle, kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması sonucunda kiraya verenin, kiralananı kiracıya kullanıma elverişli bir şekilde teslim etme ve kira süresi boyunca bu durumda bulundurma, kiracının da kira konusunu kullanımının karşılığı olarak kira bedelini ödeme yükümlülüğü, tarafların asli borçlarını oluşturmaktadır.

Kira sözleşmesi diğer taraftan rızai bir sözleşmedir. Kiraya veren ile kiracının iradelerini karşılıklı olarak açıklamaları sonucunda kira sözleşmesi kurulmuş olur<sup>3</sup> (TBK m. 1). Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların iradelerini belirli bir şekil içerisinde açıklamaları zorunlu olmadığı gibi, kiralananın kiracıya teslim edilmesi de şart değildir<sup>4</sup>.

Kira sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Bu nitelik, kiraya verenin sözleşme süresi boyunca kiralananı kullanıma elverişli bir biçimde bulundurma borcunun (TBK m. 301) bir sonucudur. Dolayısıyla, kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulması halinde kiraya verenin, kiralananı kiracının kullanımına elverişli bir şekilde teslim etmek ve sözleşme süresince de bu durumda bulundurma yükümlülüğü ortaya çıkar. Buna karşılık kiracının ise kiralananın kullanımının karşılığı olarak kira bedelini ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır.

## **I. Kira Bedeli Kavramı**

### **A) Kira Bedeli**

Kira sözleşmesi hukuki nitelik itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasıyla birlikte, sözleşmenin taraflarından birisi olan kiracı, kiralananın kullanımı veya kullanımla birlikte ondan yararlanmasının karşılığı olarak kira bedeli ödeme borcu altına girer. Kira bedeli kavramı olarak, kiracının kiraya verene karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu asli edimi ifade eder.

Kira bedeli borcunun ifası kural olarak bir miktar paranın ödenmesi ile gerçekleşir. Bu para ülke parası olabileceği gibi, yabancı bir para birimi de olabilir (TBK m. 99). TBK m. 299, BK m. 260'dan farklı olarak, ücret kavramı yerine kira bedeli kavramına yer verdiği için para dışında misli bir şeyin, örneğin altın gibi veya misli

<sup>2</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 362.

<sup>3</sup> ARAL/AYRANCI, age., s. 231; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 232.

<sup>4</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 336.

olmayan bir şeyin verilmesinin de kira bedeli olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Bunların dışında taraflar, kira bedeli olarak bir iş görme ediminin ifasını kararlaştırmışlarsa, yapılan sözleşmeyi kira olarak değil, çifte tipli karma sözleşme olarak nitelendirmek gerekecektir<sup>6</sup>.

Sözleşmenin kurulması aşamasında kira bedeli taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde (TBK m. 26-28) serbestçe belirlenebilir<sup>7</sup>. Diğer bir ifadeyle, kira sözleşmesi kurulurken taraflar, kira bedelinin niteliği ve miktarı konusunda, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar (TBK m. 26-28) saklı kalmak kaydıyla, kira bedelini serbestçe belirleme yetkisine sahiptirler. Bu belirleme, kira bedelinin ne şekilde ödeneceğine, ödeme zamanına ve miktarına ilişkin olabilecektir<sup>8</sup>. Söz konusu hususlara dair yapılacak anlaşma taraflar için bağlayıcı bir nitelik arz edecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kira bedeli miktarının başlangıçta belirlenmesi hususunda hukukumuzda kiracı sadece aşırı yararlanmaya (TBK m. 28) ilişkin genel kurallar çerçevesinde korunabilmektedir. Başlangıçta belirlenen kira bedeline, kiracının aşırı yararlanma dışında itiraz hakkı bulunmamaktadır<sup>9</sup>. Bu durum konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri için de geçerlidir. Ancak bu tür kira sözleşmeleri açısından, kanun koyucunun yenilenen kira sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğüne müdahale ettiği görülmektedir (TBK m. 344). Buna göre, yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeli, taraflar daha fazla bir artış oranı kararlaştırmış olsalar bile, özellikle bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek üzere geçerli olacaktır<sup>10</sup>.

Kira bedelinin belirlenmesi konusunda üzerinde durulması gereken nokta, tarafların kira sözleşmesini yaparken kira bedeli üzerinde bir anlaşmaya varamamış olmaları ya da özellikle kira bedelinin ifasını kararlaştırıp miktarını belirlemediği olmaları halinde, sözleşme yine de kurulmuş sayılacak mıdır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kira bedeli kiracının kira sözleşmesinde yerine getirmekle yükümlü olduğu asli edimi ifade etmesinin (TBK m. 313) yanı sıra, sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların üzerinde anlaşmaları gerekli olan ve Kanunda öngörülen objektif esaslı unsurlarından birisini oluşturur (TBK m. 299). Kira sözleşmesinin diğer objektif esaslı unsurunu, kiracının kullanımına veya

<sup>5</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 371; GÜMÜŞ, Kira, s. 26; İNCEOĞLU, age., s. 12, 13; ACAR, age., s. 89. "Kira bedelinin bir mal ile karşılanması da mümkündür. Ancak bu takdirde de karma sözleşme söz konusu olur". Bu konuda bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 343.

<sup>6</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 371; EREN, Özel Hükümler, s. 343; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, age., s. 218; DOĞAN, age., s. 9.

<sup>7</sup> İNCEOĞLU, age., s. 13.

<sup>8</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 371.

<sup>9</sup> ARAL/AYRANCI, age., s. 234; İNCEOĞLU, age., s. 13.

<sup>10</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ACAR, age., m. 313, N. 17.



kullanımla birlikte ondan yararlanmasına bırakılması gereken kiralananıdır. Dolayısıyla, taraflar arasında kurulan sözleşmenin kira sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için bir tarafın kira konusunu kullanılmak üzere devretmesine karşılık olarak, diğer tarafın kira bedeli ödemesi hususunda anlaşmaya varılmış olması gerekir<sup>11</sup>.

Kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların kira bedeli ödeneceği hususunda anlaşmış olmaları yeterli olup, söz konusu anlaşmanın mutlaka kira bedelinin miktarını da kapsayacak nitelikte olması şart değildir. Bir başka ifadeyle, taraflar kiracının kiralananı kullanımının karşılığı olarak kira bedeli ödeyeceğini kararlaştırıp, miktarı belirlememişler ve miktarın belirlenmesini objektif ya da subjektif bir kritere bağlamışlarsa, sözleşmenin bu halde de geçerli olarak kurulmuş olduğunu kabul etmek gerekir<sup>12</sup>. Bu durumda kira bedeli baştan “belirli” olmayıp, “belirlenebilir” niteliktedir<sup>13</sup>.

Kira bedeli, sözleşmede kiracının kiraya verene karşı kiralananın kullanımının karşılığı olan borcunu ifade eder. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların irade beyanlarının üzerinde uyuşması gereken asli unsurlardan birisi de kira bedelidir. Objektif esaslı unsur olması itibarıyla, tarafların kira bedeli ödeneceği hususunda anlaşmış olmaları sözleşmenin kuruluşu için yeterlidir. Kira bedelinin kapsamının ya da miktarının ne olacağı konusunda tarafların mutlaka sözleşmenin kuruluşu sırasında anlaşmış olmaları şart değildir. Daha alışıl gelmiş ifadesiyle, sözleşmenin objektif esaslı bir unsurunu oluşturduğundan belirli ya da belirlenebilir bir kira bedeli üzerinde kiracı ile kiraya verenin iradeleri uyuşmadığı müddetçe, kira sözleşmesi kurulmamış olur, yani yok<sup>14</sup> hükmündedir<sup>15</sup>. Dolayısıyla, genel kural gereğince, bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların söz konusu sözleşmeye tipik

<sup>11</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 367; GÜMÜŞ, Kira, s. 26; URAL ÇINAR, age., s. 48. Kullanımın karşılığında bir bedel ödeneceği hususunda anlaşmanın bulunmaması halinde, tarafların iradelerinin yorumuna göre ya sözleşmenin kurulmamış olduğunu ya da aradaki ilişkinin kullanım ödücünü olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu konuda bkz., ACAR, age., m. 299, N. 60.

<sup>12</sup> Bir görüş, kira bedelinin ödenmesinin kararlaştırılıp, miktarı üzerinde bir anlaşmanın bulunmaması halinde kira sözleşmesinin yine de kurulmuş sayılacağını, fakat kira bedeli miktarının hâkim tarafından belirleneceğini savunmaktadır. Bu konuda bkz., İNCEOĞLU, age., s. 15, dn. 40'daki yazarlar.

<sup>13</sup> Borcun konusunu oluşturan edimin sözleşmenin kuruluşu esnasında belirli ya da en azından belirlenebilir nitelikte olması gerekir. Bu konuda bkz., EREN, **Fikret**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 100 vd.; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, **Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014, s. 73; ANTALYA, O. **Gökhan**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 33; KILIÇOĞLU, M. **Ahmet**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011, s. 6.

<sup>14</sup> Geçersizlik hallerinden birisi olan yokluk, sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halidir. Bu konuda bkz., OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 179; EREN, Genel Hükümler, s. 331, 332; ANTALYA, age., s. 94, 95.

<sup>15</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 27; ACAR, age., m. 299, N. 64.

özelliğini veren ve Kanunda belirtilen objektif esaslı unsurlar üzerinde anlaşmış olmaları zorunludur<sup>16</sup>. Ancak tarafların irade beyanlarının uyuşmasının objektif esaslı unsurları kapsaması şart ise de bunların kesin olarak tespit edilmiş olması zorunlu değildir<sup>17</sup>. Konuyu kira sözleşmesi açısından ele alacak olursak, söz konusu sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların kira bedeli ödeneceği hususunda anlaşmış olmaları yeterli olup, bu anlaşmanın mutlaka miktarı da kapsayacak nitelikte olması şart değildir. Bir başka ifadeyle, kiracı ve kiraya veren kiracının kiralananı kullanımının karşılığı olarak kira bedeli ödeyeceğini kararlaştırıp, miktarın belirlenmesini objektif veya subjektif bir kritere bağlayarak daha sonraki bir zamana bırakmışlarsa, sözleşmenin bu halde de geçerli olarak kurulduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu durumda kira bedeli baştan belirli olmayıp, belirlenebilir nitelikte olacağından sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu kabul edilmelidir<sup>18</sup>. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında kira bedeli konusunda bir anlaşma sağlamamışlarsa, kurulmak istenen sözleşme yokluk yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır<sup>19</sup>.

Kiracı ile kiraya verenin sözleşmenin kurulması aşamasında kira bedelini belirlemeyip, objektif veya subjektif bir kritere bağlı, belirlenebilir nitelikte olarak kararlaştırmaları halinde, bu durum çeşitli ihtimallerin ortaya çıkmasına neden olabilir.

Taraflar kira bedelinin ödeneceği hususunda anlaşmış olmakla beraber, belirlenmesini objektif bir kritere bağlamış olabilirler. Kira bedelinin miktar olarak objektif bir kritere göre belirlenebilir şekilde tespit edilmesi halinde, yapılacak olan kira bedelinin söz konusu kriter çerçevesinde tespit edilmesi olacaktır<sup>20</sup>. Örneğin, bir konuta ilişkin kira sözleşmesinde taraflar kira bedeli miktarının o çevrede bulunan benzer nitelikteki konut ya da konutların emsal kira bedellerinin dikkate alınarak belirleneceği kararlaştırmışlarsa, bu şekilde belirlenen emsal kira bedeli kiracı tarafından ödenecek olan miktarı oluşturacaktır. Eğer taraflar belirlenen emsal kira bedeli üzerinde anlaşmamışlarsa, bu durumda kira bedelinin miktarını tespit edilmesi hâkim tarafından yerine getirilecektir<sup>21</sup>.

Kira bedelinin subjektif olarak belirlenebilir nitelikte olması da sözleşmenin kurulması için yeterli sayılmalıdır. Subjektif kritere göre belirleme olarak ifade edilen bu durumda kira bedelini belirleme yetkisi taraflara veya üçüncü bir kişiye bırakılmış

<sup>16</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 233 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 73; ANTALYA, age., s. 165.

<sup>17</sup> OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 73.

<sup>18</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 369; DOĞAN, age., s. 8; GÜMÜŞ, Kira, s. 27; İNCEOĞLU, age., s. 15; ACAR, age., m. 299, N. 64; EREN, Özel Hükümler, s. 344; URAL ÇINAR, age., s. 51. Farklı görüşte, ARAL/AYRANCI, age., s. 233.

<sup>19</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 344.

<sup>20</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 368.

<sup>21</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 344.

olabilir. Ancak böyle bir durumda kira bedelini belirleme yetkisine sahip olan kişinin bu yetkisini dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanması gerekir<sup>22</sup>.

## B) Yan Giderler

Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesinde kiracının temerrüdü nedeniyle kiraya verenin sözleşmeyi feshedebilmesi için sadece kira bedelini ödemede temerrüdü değil, aynı zamanda yan giderleri ödeme borcunu da ifa etmemiş olması aranmıştır. Türk Borçlar Kanunu yan gider kavramından neyin anlaşılması gerektiği konusunda bir hüküm içermemektedir. Bütün kira sözleşmesi türlerini kapsayacak şekilde genel bir hüküm olarak TBK m. 303 hükmünde “*Kiraya veren, kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere, kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılan yan giderlere katlanmakla yükümlüdür.*” düzenlemesi yer almaktadır. Ayrıca benzer bir hüküm TBK m. 341’de konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri bakımından getirilmiştir<sup>23</sup>. Söz konusu hükümde ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa veya aksine yerel adet yoksa kiracının katlanacağı öngörülmüştür.

Yan gider kavramı konusunda Türk Borçlar Kanunu’nda bir tanım verilmediği ve çeşitli hükümlerde farklı kavramlar da (örn., temizlik ve bakım gideri, kullanma giderleri gibi) kullanıldığı için anlam ve içerik yönünden tam bir netlik olduğunu ifade etmek zordur. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 257a maddesinde göre yan giderler, kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere kiraya veren veya üçüncü kişiler tarafından yapılan harcamalardır<sup>24</sup>. Doktrinde ise yan gider kavramı ve kapsamı ile ilgili olarak bir fikir birliği olduğunu ifade etmek güçtür. Ancak bu konuda genel kabul, yan giderlerin kiralananın kullanımıyla ilgili giderler ve kiracının bu tür giderleri ödeme borcunu üstlendiği durumlarda bunların kira bedelinden ayrı olduğudur. Ayrıca TBK m. 303 hükmünün emredici nitelikte olmadığı da kabul edilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> “Edimi anlaşmaya göre taraflardan biri belirleyebileceği gibi, belirleme yetkisi üçüncü kişilere de bırakılabilir. ... Belirleme yetkisi taraflardan birine bırakılmışsa, bu kişinin mutlak bir belirleme yetkisi söz konusu olmaz. Zira aksi halin kabulü, TMK m. 23’e aykırı olur. Keza edimin içeriğini belirleme yetkisi üçüncü bir kişiye bırakılmışsa, onun bir bilirkişi veya hakem sıfatıyla hareket etmesi gerekir. Ayrıca, her iki halde de edim adalet ve hakkaniyete, dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde belirlenmelidir”. Bu konuda bkz., **EREN**, Genel Hükümler, s. 101; aynı yönde **OGUZMAN/ÖZ**, age., s. 73; **ANTALYA**, age., s. 33. Ayrıca bkz., **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, age., s. 368.

<sup>23</sup> Türk Borçlar Kanunu m. 315’in gerekçesinde, “Yan giderlere katlanma borcu Tasarının 340 ıncı (TBK m. 341) maddesinde konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından “kullanma giderleri” başlığı altında kiracının borcu olarak düzenlenmiştir.” ifadesi yer almaktadır.

<sup>24</sup> **ACAR**, age., m. 303, N. 7; **İNCEOĞLU**, age., s. 90; **GÜMÜŞ, M. Alper**: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinde Yan Giderler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 9, Sayı: 103-104, s. 8.

<sup>25</sup> Çalışmamızın kapsamı ve içeriği itibarıyla fazla detaya girmemiz mümkün olmamakla birlikte bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **İNCEOĞLU**, age., s. 88-112; **ACAR**, m. 303, N. 1-20; **GÜMÜŞ**, Kira, s. 84 vd.. Ayrıca bkz., **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, age., s. 428 vd.; **GÜMÜŞ**, Yan

Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 303, 314 ve 341. maddeleri dikkate alındığında, kiracının da yan giderlerden sorumlu olabileceği kabul edilmektedir.

Sonuç olarak, yan giderleri ödeme borcunun bulunduğu hallerde kiracı söz konusu borcu ifade temerrüde düşerse, kiraya veren TBK m. 315 gereğince, sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacaktır. Yan giderler ve bunların ifasına ilişkin yükümlülükler her ne kadar nitelik yönünden kira bedelinden ayrı olsa da kanun koyucu, TBK m. 315'in uygulanması bakımından, her iki yükümlülüğü de aynı hukuki rejime tâbi tutmuştur. Bir başka ifadeyle, kiracı tarafından kira bedelini veya yan giderleri ifade temerrüde düşülmesi halinde karşılaşılabilecek olan hukuki sonuç aynı olacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, TBK m. 315'in her iki yükümlülüğün ifasında temerrüde düşülmesini aynı hukuki sonuca bağlamış olması, söz konusu yükümlülüklerin niteliklerinin de aynı olduğu anlamına gelmemektedir. Zira kira bedelini ödeme borcu, kiracının kira sözleşmesinden kaynaklanan asli borcunu ifade ederken, yan giderleri ödeme borcu ise adı geçen sözleşmede kiralananın kullanımıyla ilgili olan yan yükümlülükler olarak karşımıza çıkar<sup>26</sup>.

Çalışmamızda bundan sonra yapılacak açıklamalarda, sürekli tekrardan kaçınmak amacıyla kira bedeli ve yan gider kavramları ayrı ayrı kullanılmak yerine sadece kira bedeli kavramı kullanılacak ve konu bu şekilde incelenmeye çalışılacaktır. Sonuç olarak kira bedeli esas alınarak yapılan açıklamalar, yan giderler bakımından da geçerli olacaktır.

## II. Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü

### A) Genel Olarak

Kira bedelini ödeme yükümlülüğü, kira sözleşmesinde kiracının asli borcunu oluşturmaktadır. Kiracının bu asli borcunu ifa etmemesi, ifade gecikmesi halinde bu durum kira sözleşmesini sona erdiren bir sebep olarak TBK m. 315 hükmünde düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle, kanun koyucu sürekli bir borç ilişkisi doğuran kira sözleşmesinde taraflardan birisi olan kiracının kira bedelini ödemede gecikmesine bağlı olarak temerrüde düşmesini, özel bir olağanüstü fesih sebebi olarak TBK m. 315'de hükme bağlamıştır<sup>27</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesine göre, "*Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya*

Giderler, s. 8 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, age., s. 468-480; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, age., 282, 283; ÖKTEM ÇEVİK, Seda: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Kira Sözleşmesinde Kira Bedeli Dışındaki Giderleri Ödeme Borcunun Değerlendirilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2012, Cilt XXVIII, Sayı 2, s. 210-220.

<sup>26</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 86.

<sup>27</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 278; URAL ÇINAR, age., s. 243.

veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir.

Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar". Benzer bir düzenleme BK m. 260'da da yer almaktaydı. Ancak her iki hüküm (BK m. 260-TBK m. 315) arasında bir takım farklılıkların olduğunu söylemek mümkündür.

Bu farklılıklardan ilki, TBK m. 315 hükmünde kiracının sadece kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi değil, ayrıca yan giderleri ödemede temerrüde düşmesi de bir fesih sebebi olarak öngörülmüştür<sup>28</sup>. Ayrıca, kiracıya verilecek süreler bakımından da değişiklikler bulunmaktadır. TBK m. 315 söz konusu süreleri sözleşmenin süresine<sup>29</sup> göre değil, konusuna göre belirlemiştir. Buna göre, kira bedelini veya yan giderleri ödeme borcunu ifa etmeyen kiracıya verilecek sürenin konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde en az otuz gün, diğer kira sözleşmelerinde ise en az on gün olması hükme bağlanmıştır. Hükmün nispi emredici nitelikte olduğu belirtilmektedir<sup>30</sup>. Bir diğer farklılık, kiracının temerrüdü halinde verilecek sürenin hesaplanması ile ilgilidir. Kiracıya verilecek sürenin, BK m. 260/f. II'de "ihtarin kiracıya tebliğ edildiği günden itibaren başlayacağı" ifade edilmişken, TBK m. 315/f. II'de "kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren" işlemeye başlayacağı hükme bağlanmıştır. Öte yandan diğer bir değişiklik de bildirim şekli konusundadır. BK m. 260'da şekil konusunda bir belirlilik bulunmazken, TBK m. 315'de bildirim yazılı olacağı düzenlenmiştir.

## B) Temerrüt Dolayısıyla Sözleşmenin Feshedilebilmesi İçin Gerekli Şartlar

### 1. Kiralananın Kiracıya Teslim Edilmiş Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle kiralananın kiraya veren tarafından kiracıya teslim edilmiş olması gerekir. Söz konusu hükümde bu husus "kiralananın tesliminden sonra" ifadesiyle belirtilmiştir. Dolayısıyla, kiracının kira bedelini kiralananın tesliminden önce ödeme yükümlülüğü olsa ve kiracı temerrüde düşse bile, henüz teslim gerçekleşmediği için TBK m. 315 çerçevesinde sözleşme feshedilemeyecektir<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> İNCEOĞLU, age., s. 265.

<sup>29</sup> Borçlar Kanunu'nun 260. maddesi gereğince, altı ay veya daha fazla süreli kiralarda otuz günlük ve daha az süreli kira sözleşmelerinde ise altı günlük bir süre belirlenmesi gerekmektedir.

<sup>30</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 497; GÜMÜŞ, Kira, s. 286; İNCEOĞLU, age., s. 265.

<sup>31</sup> Böyle bir durumda, genel hükümlerin (TBK m. 117 vd.) uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu konuda bkz., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 498, dn. 308; GÜMÜŞ, Kira, s. 279; URAL ÇINAR, age., s. 253. Farklı fikirde, İNCEOĞLU, age., s. 267, 268.

Kiraya veren tarafından kiralananın kiracıya teslim edilmesi bakımından, kiracının kiralanan üzerinde doğrudan tasarruf edebilme imkânına sahip kılınması yeterli olup, ayrıca kiracının fiilen kullanıma başlamış olması şart değildir<sup>32</sup>. Bu bakımdan kiralanan kullanıma elverişli bir şekilde kiracıya teslim edilmişse, TBK m. 315 hükmünün aramış olduğu ilk şart gerçekleşmiş olur.

## 2. Kiracının Muaccel Olan Kira Bedeli Borcunu İfa Etmemiş Olması

Kira bedeli, kiracının kira sözleşmesinden doğan asli borcunu oluşturmaktadır. Tarafların kira sözleşmesi kurulurken belirli veya belirlenebilir nitelikte olarak kararlaştırmış oldukları kira bedeli borcu, kiracı tarafından ifa zamanına uygun olarak yerine getirilmelidir. Kira bedelini ödeme borcunun ifa yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi açısından da söz konusu borcun muaccel olması gerekecektir. Bir başka ifadeyle, henüz muaccel olmayan kira bedeli borcu yönünden kiracının da ifa yükümlülüğü bulunmayacaktır<sup>33</sup>.

Kiracının kira bedelini ödeme borcunun muaccel olması yönünden öncelikle ifa zamanının belirlenmesi gerekir. Kira sözleşmesinde, kiracının kira bedelini ödeme borcunun ifa zamanına ilişkin olarak TBK m. 314 hükmünde özel bir düzenleme yapılmıştır. İfa zamanı başlığını taşıyan söz konusu hükme göre, “*Kiracı aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür*”. Belirtilen hüküm bir anlamda kira bedelinin ifa zamanına ilişkin olarak uyulması gereken kriterleri sıralamıştır. Buna göre, öncelikle sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar ifa zamanına dair bir anlaşmaya varmışlarsa, kira bedelinin ifasının taraflarca belirlenen zamanda yapılması gerekir. Eğer sözleşmede bu yönde bir kayıt yoksa, ifa zamanı yerel âdete göre belirlenir. Sözleşmede bir hükmün ve yerel âdetin de olmadığı durumlarda, kiracı kira bedelini her ayın sonunda ve en geç kira sözleşmesinin bitiminde ödemekle yükümlü olacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kira bedelini ifa zamanı daha ziyade taraflarca sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Bu husustaki yaygın uygulamanın ise kira bedelinin her ayın başında peşin olarak ödenmesi şeklinde olduğunu söylemek mümkündür<sup>34</sup>. Aynı sonuçlar kiracının kira sözleşmesinden kaynaklanan yan giderleri ödeme borcunun bulunması halinde de geçerlidir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 315. maddesinin uygulanabilmesi için gerekli olan bir şart da kira bedeli ödeme borcu muaccel olan kiracının, buna rağmen zamanında

<sup>32</sup> İNCEOĞLU, age., s. 267; URAL ÇINAR, age., s. 253.

<sup>33</sup> Alacak hakkı borç ilişkisinin kurulduğu anda doğmasına rağmen, talep hakkı ancak borcun muaccel olduğu anda doğar. Bu nedenle alacaklı borç henüz muaccel olmadan ediminin ifasını istemeyeceği gibi, böyle bir durumda borçlunun da ifa yükümlülüğü de ortaya çıkmaz. Bu konuda bkz., EREN, Genel Hükümler, s. 947; OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 321.

<sup>34</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 182; İNCEOĞLU, age., s. 256.

ifada bulunmamış olmasıdır<sup>35</sup>. Kiracının zamanında kira bedeli borcunu ifa etmemiş olmasından, bir başka ifadeyle ifada gecikmesinden söz edebilmek için sözleşmede ya da Kanunda belirtilen ifa zamanının ödeme yapılmaksızın geçirilmesinin anlaşılması gerekir. Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus ise TBK m. 315 sadece kiracının ifada gecikmiş olmasını mı aramıştır, yoksa kira bedelini ifa etmeyen kiracının ayrıca kiraya veren tarafından temerrüde düşürülmüş olması<sup>36</sup> da gerekecek midir? Konu ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, her ne kadar TBK m. 315'in kenar başlığı "kiracının temerrüdü" olsa bile, kiraya verenin fesih bildiriminde bulunması için kiracının temerrüde düşmüş olması şart değildir. Kiracının ifada gecikmiş olması yeterlidir<sup>37</sup>.

Doktrinde genel kabul gören ve bize de doğru gelen diğer görüşe göre, TBK m. 315 uygulama açısından kiracının temerrüdünü ön şart olarak aramıştır. Bir başka ifadeyle, kiraya verenin fesih hakkının ortaya çıkabilmesi için kiracının temerrüde düşmüş olması aranmalıdır. Dolayısıyla, salt bir ifada gecikme<sup>38</sup> hali TBK m. 315'in uygulanması bakımından gerekli şartı sağlamayacak, kiracının ayrıca temerrüde düşmüş olması da gerekecektir<sup>39</sup>.

Kira bedelini ifada geciken kiracının temerrüde düşmesi bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun temerrüde ilişkin genel hükümlerinden (TBK m. 117 vd.) yola çıkılarak bir sonuca varmak gerekir. TBK m. 117/f. I'de muaccel olan bir borcun

<sup>35</sup> "İİK.nun 269/1 maddesi göndermesi ile uygulanması gereken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesi uyarınca otuz günlük ödeme süresi dolmadan yapılan tahliye isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı gerekçe ile tahliye kararı verilmesi doğru değildir. Ayrıca davaya dayanak yazılı kira sözleşmesi de aylık kira paralarının her ayın 1 ile 5'i arası peşin olarak ödeneceği taraflarca kararlaştırıldığından, takip tarihi olan 04/03/2014 tarihinde Mart 2014 ay kirası henüz istenebilir halde bulunmadığından Mart 2014 ay kira parasının takibe konu edilmesi ve mahkemece itirazın bu ay kira bedeli üzerinden de kaldırılması da doğru değildir." (Yarg., 6. HD, E. 2014/9221, K. 2014/9629, T. 11.09.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>36</sup> Temerrüt, borçlunun edimini borca aykırı olarak geç ifa etmesidir. Böyle bir durumda borçlu, borçlanılan edimi geç ifa etmekte, ifada borca aykırı olarak gecikmektedir. Ancak, TBK m. 117/f. I'e göre, "Muaccel olan bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer". Dolayısıyla, ifada gecikme bazı şartların gerçekleşmesi halinde borçlu temerrüdü olarak nitelendirilir. Bu şartlar da borcun muaccel olması ve kural olarak alacaklının borçluya ihtarda bulunmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **EREN**, Genel Hükümler, s. 1089 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, age., s. 470 vd..

<sup>37</sup> **GÜMÜŞ**, Kira, s. 280; **DOĞAN**, age., s. 285; **İNCEOĞLU**, age., s. 271, yazar, belirsiz vadeli sözleşmelerde, ihtarnamenin çekilmesinden önce kiracının temerrüde düşmüş olmasının şart olmadığını, zira fesih hakkı kullanılmadan önce kiracıya süre içeren bir yazılı ihtar gönderileceğini ve kiracının da en geç bu ihtarla temerrüde düşeceğini ifade etmektedir.

<sup>38</sup> İfade gecikmenin haklı bir nedene dayandığı hallerde temerrütten söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu konuda bkz., **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, age., s. 499; **ACAR**, age., m. 315, N. 22.

<sup>39</sup> **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, age., s. 499; **ACAR**, age., m. 315, N. 22. Aynı yönde olarak bkz., **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, age., s. 339; **EREN**, Özel Hükümler, s. 377; **ARAL/AYRANCI**, age., 296; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, age., s. 481.

borçlusunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği düzenlenmişken, aynı madenin II. fıkrasında ise borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmişse, yani belirli vadeli bir borç<sup>40</sup> mevcut ise vadede öngörülen günün ifada bulunulmaksızın geçirilmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur. Kiracının temerrüde düşmesi yönünden, TBK m. 315'in belirtilen genel hükümler çerçevesinde ele alınması halinde, ortaya çıkacak durumu şu şekilde ifade etmek mümkündür.

Kira sözleşmesinde taraflar kiracının kira bedelini ödeme borcu ile ilgili olarak belirli bir vade kararlaştırmamışlarsa, bir başka ifade ile belirsiz vadeli bir borç söz konusu ise kiraya verenin kiracıyı temerrüde düşürebilmesi için ona TBK m. 117/f. I gereğince ihtarda bulunması şarttır. Kiraya veren ifade geciken kiracıya ödemedede bulunması için yapacağı ihtarla birlikte kiracı temerrüde düşecektir. Eğer kiraya veren bu ihtarla birlikte bir süre vermişse, kiracı bu sürenin tamamlanmasına rağmen hâlâ ifade bulunmamışsa, sürenin sonunda temerrüde düşmüş olacaktır<sup>41</sup>. Kiraya verenin daha sonra fesih hakkını kullanabilmek için TBK m. 315 gereğince süre içeren yazılı bir bildirimini kiracıya yapmış olması gerekir.

Uygulamada özellikle sıklıkla karşılaşıldığı üzere, kira sözleşmesinde taraflar kira bedelinin ifa zamanını kararlaştırırlar. Bu durumda kira bedeli, tarafların kararlaştırmış oldukları vadede, örneğin her ayın beşinde, on beşinde ya da sonunda gibi, muaccel olur ve kiracı da bu tarihte muaccel olan kira bedelini ifa etmekle yükümlüdür. Kiracının kira bedeli ödeme borcunun belirli vadeli olarak kararlaştırıldığı hallerde, ifade bulunulmazsa temerrüdün nasıl gerçekleşeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, taraflar arasında kira bedelinin ödenmesi ile ilgili olarak bir tarih belirlenmişse, bu durumda TBK m. 117/f. II anlamında belirli vade söz konusudur. Bu şekilde belirlenen ifa zamanı, sadece kira sözleşmesinde kiracının kira bedeli borcunun doğumu anını ifade etmeyip, aynı zamanda muacceliyet anını da belirtir. Dolayısıyla, kiracı muaccel olan kira bedelini belirli vade gelmesine rağmen ifa etmezse, ayrıca bir ihtara gerek kalmaksızın kendiliğinden temerrüde düşmüş olur<sup>42</sup>. Muaccel olan kira bedeli borcunu ödemeyen kiracı temerrüde düştükten sonra kiraya veren, diğer şartları da sağlamak kaydıyla, TBK m. 315 gereğince fesih hakkını kullanma imkânına sahip olacaktır.

<sup>40</sup> “Borçlu ifayı belirli bir vadede yapmakla yükümlüyse, ihtarda bulunmaya gerek yoktur. Bu durumda borçlu kararlaştırılan belirli vadede ifade bulunmazsa, kendiliğinden temerrüde düşer. İfanın belirli bir vadede yapılmasını gerektiren işlemlere belirli vadeli işlemler denir. Belirli vadeli işlemler, tarafların birlikte tespit ettikleri belirli bir günde (tarihte) borçlanılan edimin ifa edilmemesi halinde temerrüdün ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşeceği işlemlerdir.” (EREN, Genel Hükümler, s. 1095). Aynı yönde olarak bkz., OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 476; KILIÇOĞLU, age., s. 661.

<sup>41</sup> ACAR, age., m. 315, N. 23.

<sup>42</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 494; ACAR, age., m. 315, N. 24; URAL ÇINAR, age., s. 259.



Kira bedelinin ödenmesi ile ilgili olarak belirli vade borcun doğumundan ziyade, ifanın yapılacağı günün tespit edilmesi amacını taşımaktadır. Özellikle taşınmaz kiralarda, kira bedelinin peşin olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı haller istisna olmak üzere, kira bedelinin belirli aralıklarla ödenmesi kararlaştırılır ki, bu durumda da kira bedelinin ifası genellikle aylık dönemler halinde yapılan ödemeler şeklinde gerçekleşir. Örneğin, bir yıl süreli olmak üzere yapılan bir kira sözleşmesinde kira bedelinin her ayın onbeşinde peşin olarak ödeneceği kararlaştırılmışsa, bu anlaşmadan taraflar açısından ortaya çıkacak sonuç, kiraya veren yönünden her ayın onbeşinde kira bedelinin kendisine ödeneceği, kiracı bakımından ise her ayın onbeşinde kira bedelini ödeme yükümlülüğünün olduğudur. Bu durumda, dönemli edim<sup>43</sup> olarak kararlaştırılan kira bedeli borcunun belirli vadede doğduğu ve muaccel olduğu (TBK m. 90) söylenebilecektir<sup>44</sup>. Dolayısıyla bu şekilde bir belirli vadenin kararlaştırıldığı durumlarda, o tarihte ifa gerçekleşmezse kiracı kendiliğinden temerrüde düşmüş olacaktır<sup>45</sup> (TBK m. 117/f. II). Bu kabul, kiracının aleyhine bir durumun ortaya çıkmasına da yol açmaz. Zira, sonuç itibarıyla kiracı da bir borçludur ve hukuki ilişki içerisinde sözleşmeden doğan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmek zorundadır.

Bir diğer görüşe göre, taraflarca belirlenen vade bakımından TBK m. 117/f. II uygulama alanı bulmaz. Kira bedelinin ödenmesi bakımından taraflarca belirlenen vade, borcun doğumu açısından önem taşır. Bu bakımdan kiracının kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi için ayrıca yapılacak olan bir temerrüt ihtarına ihtiyaç vardır. Bu görüşe göre kira bedelini ödeme borcunun dönemlik edim olması ve taraflarca kararlaştırılan vadenin borcun doğacağı tarih olarak anlaşılması gerekir<sup>46</sup>.

Başka bir görüş ise TBK m. 315 hükmü gereğince yapılması zorunlu olan ek süre içeren bildirim fesih hakkının kullanılabilmesinin bir şartı olduğu kadar, kiracının temerrüde düşürülebilmesi için de gerekli olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla, kira sözleşmesinde belirli vadenin olduğu hallerde kiracı, sözleşmede belirlenen

<sup>43</sup> Dönemli edimler, bir borcun kısım kısım muaccel olması halinde söz konusu olabileceği gibi, aynı borç ilişkisinde borçların zaman aralıkları ile doğması halinde de söz konusu olur. Tamamı borçlanılan bir borcun çeşitli vadelerde kısım kısım ifa edileceği haller birinciye, bir kira ilişkisinde her ay doğan kira bedeli borcu ikinciye örnek teşkil eder. Bu konuda bkz., **OĞUZMAN/ÖZ**, age., s. 13.

<sup>44</sup> Aynı yönde olarak bkz., **ACAR**, age., m. 315, N. 26.

<sup>45</sup> "... Taraflar arasındaki sözlü kira ilişkisinde kira bedelinin yıllık peşin olarak ödeneceğinin kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde kira parasının ödeme zamanı taraflarca belirlenmiş olduğundan kararlaştırılan zaman geldiğinde yükümlendiği kira borcunu ödememesi halinde kiracı temerrüde düşer bunun için ihtara gerek yoktur." (Yarg., 6. HD, E. 2014/8135, K. 2014/10095, T. 18.09.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>46</sup> **GÜMÜŞ**, Kira, s. 280, 281; **DOĞAN**, age., s. 285. Ancak belirli vadenin borcun doğumu olarak kabul edildiği durumda, kira bedeli ödeme borcunun ne zaman muaccel olacağı sorusu açıkta kalmaktadır. Zira, temerrüt ihtarında bulunulabilmesi için muaccel olan borcun borçlusunun ifada gecikmiş olması gerekir.

sürenin geçmesiyle birlikte temerrüde düşmemekte, TBK m. 315 gereğince ek sürenin de verildiği temerrüt ihtarına ihtiyaç duyulmaktadır<sup>47</sup>.

### 3. Kiraya Verenin Kiracıya Bildirimde Bulunması

Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesi gereğince, kira bedeli borcunu ödeme- de temerrüde düşen kiracıya karşı, kiraya verenin sözleşmeyi feshedebilmesi için bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Yapılacak bu bildirim, yazılı olmalı ve Kanun- da öngörülen süreleri içermelidir. TBK m. 315'in kiraya veren tarafından yapılacak bildirimde bulunma şartıdır. TBK m. 315'in kiraya veren tarafından yapılacak bildirimde bulunma şartıdır. Gerçekten belirtilen hü- küm gereğince, kiraya verenin süre içeren bildirim yazılı olarak yapılması zorunludur. Bu hususta âdi yazılı şekil yeterlidir. Bildirimin yazılı şekle tâbi olması bir geçerlilik şekli olarak öngörülmüştür<sup>48</sup>. Dolayısıyla yazılı olarak değil de sözlü olarak yapılan bildirim hüküm ve sonuç doğurmayacaktır<sup>49</sup>.

Kiracıya yapılacak olan ve süre içeren bildirim kiraya veren veya yetkili tem- silcisi tarafından yapılması mümkündür<sup>50</sup>. Kiraya veren malik değilse, malikin bildi- rimde bulunma ve borç ödenmezse kira sözleşmesini feshetme hakkı bulunmamak- tadır. Kiralanan kira sözleşmesinin kurulmasından sonra el değiştirmişse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olacağından (TBK m. 310/f. I), edinme tarihinden sonraki dönemde<sup>51</sup> ödenmeyen kira bedelleri için o da bildirimde bulunabilir. Ancak bunun için yeni malikin kira bedellerinin kendisine ödenmesi gerektiğini kiracıya bildirmiş olması gerekir<sup>52</sup>. Ayrıca birden fazla kiraya verenin olması durumunda kiraya veren- lerin, kiraya verenin ölmesi halinde mirasçılarının birlikte bildirimde bulunması ge- rekir<sup>53</sup>. Kiralananın paylı mülkiyete tâbi bir taşınmaz olması halinde, bildirim pay

<sup>47</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, age., s. 288; AYDOĞDU/KAHVECİ, age., s. 485.

<sup>48</sup> İNCEOĞLU, age., s. 275; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 504; GÜMÜŞ, Kira, s. 284.

<sup>49</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 504; ACAR, age., m. 315, N. 65.

<sup>50</sup> ACAR, age., m. 315, N. 42. Bildirimin yetkisiz temsilci tarafından yapılması halinde ortaya çıkması muhtemel sonuçlar için bkz., İNCEOĞLU, age., s. 281, 282.

<sup>51</sup> DOĞAN, age., s. 289; ACAR, age., m. 315, N. 46.

<sup>52</sup> AYDEMİR, **Efrail**: Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletil- miş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 160; CERAN, **Mithat**: Kira Sözleşmesi, Tahliye, Ankara 2012, s. 54, 55. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 315. maddesi hükmü uyarınca temerrüt sebebiyle açılacak tahliye davasının kural olarak kiralayana tarafından açılması gerekir. Kiralayanlar birden fazla ise aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan ihtarnameyi birlikte göndermeleri ve yine davayı da birlikte açmaları zorunludur. Kiralayan durumunda olmayan malik veya kira- lananı sonradan iktisap eden yeni malikin önceden kiracıya ihbar göndererek kira paralarının kendisine ödenmesini istemesi bu ihbarın sonuçsuz kalması halinde yasal içerikli ihtarname teb- liğ ettirmek suretiyle dava açması gerekir." (Yarg., 6. HD, E. 2013/11183, K. 2013/13167, T. 26.09.2013; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>53</sup> DOĞAN, age., s. 290; ACAR, age., m. 315, N. 44; URAL ÇINAR, age., s. 275.

ve paydaş çoğunluğunun kararıyla yapılması, elbirliği mülkiyetinde ise maliklerin birlikte yapması gereklidir<sup>54</sup>.

Kiraya veren, süre içeren bildirim kiracıya veya onun yetkili temsilcisine yapmalıdır. Bildirimin kiracıya ulaşmış olması yeterlidir, öğrenmesi şart değildir<sup>55</sup>. Eğer birden fazla kiracı varsa bildirim hepsine yapılmalıdır<sup>56</sup>. Burada TBK m. 349 hükmüne de değinmek gerekir. Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda, kiracı olmayan eş kiraya verene yapacağı bir bildirimle kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanabilecektir. Böyle bir durumda kiraya veren her iki eşe de bildirimde bulunmak zorundadır. Zira TBK m. 349/f. III hükmünde *"fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır"* ifadesi yer almaktadır<sup>57</sup>.

Kiraya verenin TBK m. 315 gereğince yapacağı bildirim şekli şartı dışında içerik olarak da bazı hususları barındırması gereklidir. Bunlardan en başta geleni, temerrüde düşen kiracıya karşı ödenmemiş olan kira bedeli borcunu ifa etmesi için son bir imkân olarak süre verilmesidir. Bir başka ifadeyle, kiraya veren kira sözleşmesinin türüne göre TBK m. 315/ f. II'de belirlenen sürelerden birisini, ödeme yapabilmesi için kiracıya tanımış olmalıdır<sup>58</sup>. Bildirimle kiracıya kira bedelini ödemesi için verilen sürenin açık olarak belirtilmesi zorunludur. Aksine olarak, kanuni süreler içinde ödemenin yapılması şeklindeki bir bildirim yeterli olmayacağı haklı olarak ifade edilmektedir<sup>59</sup>.

Kanun koyucu kira bedelini ifada geciken ve temerrüde düşen kiracıyı bunun ağır sonuçlarından korumak amacıyla, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ait bir düzenleme olan TBK m. 123 hükmüne paralel bir düzenleme yapmıştır. Ancak TBK m. 123'te öngörülen, temerrüde düşen tarafa karşı diğer tarafın, TBK m. 125'de öngörülen seçimlik hakları kullanması açısından, uygun bir süre vermesi gerekliliğine dair düzenlemeyi, özel olarak ve kiracının korunması açısından kiraya verenin inisiyatifine bırakmayarak kendisi hükme bağlamıştır<sup>60</sup>. TBK m. 315/f. /II'de yapılan düzenleme gereğince kiraya veren, temerrüde düşen kiracıya karşı kira bedelini ödemesi hususunda konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmelerinde en az 30 gün, diğer kira sözleşmelerinde en az 10 gün süre vermek zorundadır<sup>61</sup>. Kira-

<sup>54</sup> DOĞAN, age., s., 290.

<sup>55</sup> ACAR, age., m. 315, s. 378.

<sup>56</sup> ACAR, age., m. 315, N. 51; İNCEOĞLU, age., s. 298.

<sup>57</sup> ACAR, age., m. 315, N. 52.

<sup>58</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesi, kiracıya verilmesi gereken süre bakımından kira sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması yönünden bir ayırım yapmamıştır.

<sup>59</sup> İNCEOĞLU, age., s. 279.

<sup>60</sup> ACAR, age., m. 315, N. 37 ve N. 57.

<sup>61</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesi gereğince, kiraya verenin temerrüde düşen kiracıya karşı süre verme zorunluluğu olduğu için süre verilmesini gerektirmeyen durumları düzenleyen TBK m. 124 hükmü burada uygulama alanı bulmaz.

cıya verilecek sürenin bildirimde açık olarak belirtilmesi gerekir. Kanunda öngörülen ve kira sözleşmesinin niteliğine göre verilmesi gereken süre belirtilmeden, kanuni süre şeklindeki bir ifade yeterli değildir<sup>62</sup>. Söz konusu hükmün açık düzenlemesi karşısında öngörülen sürelerin kısaltılması mümkün değildir. Hükmün nispi emredici nitelikte olması dolayısıyla taraflar sözleşmede daha kısa bir süre kararlaştırmayacakları gibi, kiraya veren de Kanunda belirtilenden daha kısa bir süreyi kiracıya tanıyamayacaktır<sup>63</sup>. Ancak, TBK m. 315/f. II hükmünün niteliği gereği, kira bedelini ödemede temerrüde düşen kiracıya daha uzun bir sürenin tanınması mümkün görülmelidir<sup>64</sup>.

Kiracıya yapılacak bildirimde yer alması gereken bir diğer husus da ödenmeyen kira bedellerinin verilen süre içerisinde ifa edilmediği takdirde, sürenin sonunda sözleşmenin feshedileceğidir<sup>65</sup>. Bu bağlamda mutlaka "fesih" ibaresinin kullanılması şart olmayıp, tahliyenin talep edileceği, sözleşmenin sona erdirileceği gibi bir ifadenin kullanılmış olmasının da yeterli olacağı belirtilmektedir<sup>66</sup>. Buna karşılık, bildirimde fesih veya sona erdirmeden söz edilmeksizin yasal yollara başvurulacağı belirtilmiş olmasının yeterli olmayacağı ifade edilmektedir<sup>67</sup>. Benzer şekilde, kira bedeli borcunun verilen sürede ödenmemesi halinde TBK m. 315 hükmünün uygulanacağını belirtmesi de yeterli sayılmamalıdır<sup>68</sup>. Zira bu durumda da yasal yollara başvurulacağı şeklindeki ifade ile aynı anlamı taşıdığı söylenebilecektir.

Kiraya verenin, süre belirleyen bildiriminin kiracıya ulaşmış olması gerekir<sup>69</sup>. Ayrıca kiracının yapılan bildirim öğrenmiş olması şart değildir<sup>70</sup>. Dolayısıyla, bildirim kiracıya ulaştıktan sonra hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacaktır<sup>71</sup>. TBK

<sup>62</sup> DOĞAN, age., s. 291; URAL ÇINAR, age., s. 278.

<sup>63</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 286; EREN, Özel Hükümler, s. 376, 377. Doktrinde kiraya verenin daha kısa bir süre verdiği hallerde bildirim geçersiz olmayacağı, kiracının kanuni süre içerisinde borcunu ifa etmemesi durumunda kiraya verenin fesih hakkının doğacağı belirtilmiştir. Bu konuda bkz., TANDOĞAN, **Haluk**; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 214; aynı yönde olarak bkz., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 505.

<sup>64</sup> TANDOĞAN, age., s. 214; DOĞAN, age., s. 293; GÜMÜŞ, Kira, s. 286; İNCEOĞLU, age., s. 274; AYDOĞDU/KAHVECİ, age., s. 482.

<sup>65</sup> UYGUR, **Turgut**; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II (Madde 237-649), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2013, s. 1741.

<sup>66</sup> İNCEOĞLU, age., s. 277. Farklı görüşte, GÜMÜŞ, Kira, s. 284, dn. 927.

<sup>67</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 284, 285; URAL ÇINAR, age., s. 277; İNCEOĞLU, age., s. 277, 278; UYGUR, age., s. 1742; CERAN, age., s. 56.

<sup>68</sup> Aynı yönde, ARAL/AYRANCI, age., s. 275. Farklı görüşte, URAL ÇINAR, age., s. 277.

<sup>69</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 505; ACAR, age., m. 315, N. 59; EREN, Özel Hükümler, s. 377; URAL ÇINAR, age., s. 290.

<sup>70</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 506.

<sup>71</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 505.

m. 315 bu hususu ifade eder şekilde bir düzenleme içermektedir. Gerçekten, kiraya verenin kiracıya yapmış olduğu bildirimde borcun ödenmesi için verilen sürenin başlangıcı konusunda, TBK m. 315/f. II, c. 2 tereddütleri gidermek açısından yeni bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu hükme göre, süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren başlayacaktır. Sürenin hesaplanmasında, kiracıya bildirim yapıldığı tarih dikkate alınmayacak ve bu tarihi takip eden günden itibaren hesaplama yapılacaktır. Eğer birden fazla kiracı varsa bildirim hepsine yapılması gerekeceğinden, süre bildirim tüm kiracılara ulaşmasını izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>72</sup>.

Bildirimde sürenin dışında yer alması gereken bir diğer ibare de kiracının ödenmemiş olan kira bedeli borcunun hangi döneme veya dönemlere ait olduğunun ve miktarının da açıkça belirtilmiş olmasıdır. Bildirimin açık ve anlaşılır olması gerekir. Bu bağlamda bildirimde, kiracının ödemede gecikilmiş olan kira bedeli borcunun miktarı ve hangi döneme ait olduğunun, söz konusu borcun ödenmesine ilişkin talep ve bağlı olduğu süre ile verilen süre içerisinde de ödeme yapılmaması halinde sözleşmenin feshedileceğinin açıkça belirtilmiş olması zorunludur<sup>73</sup>. Örneğin, henüz muaccel olamayan kira bedelinin ödenmesi için yapılan<sup>74</sup> ya da verilen süre içerisinde ödemenin yapılmaması halinde sözleşmenin feshedileceği ihtarı içermeyen bildirimlerin geçersiz olacağı belirtilmektedir<sup>75</sup>.

Sözleşmede muacceliyet şartının kararlaştırıldığı durumda, yani kiracının bir döneme ait kira bedelini ödememesi halinde diğer kira bedellerinin muaccel olacağına dair bir şart kararlaştırılmışsa, iki farklı durumu göz önüne almak gerekir. Olağan kira sözleşmelerinde kararlaştırılan muacceliyet şartı gereğince, vadesinden önce muaccel olan kira bedelleri dolayısıyla TBK m. 315 uyarınca fesih talep edilebilmesi mümkün iken, konut ve çatılı işyeri kiralalarında mümkün değildir<sup>76</sup>. Zira TBK m. 346, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına dair anlaşmaları geçersiz saymıştır<sup>77</sup>. Do-

<sup>72</sup> İNCEOĞLU, age., s. 284; URAL ÇINAR, age., s. 290; CERAN, age., s. 57.

<sup>73</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 504; ACAR, age., m. 315, N. 56.

<sup>74</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 286; URAL ÇINAR, age., s. 280.

<sup>75</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 504. Farklı görüşte, URAL ÇINAR, age., s. 281.

<sup>76</sup> Karş., URAL ÇINAR, age., s. 280-281; GÜMÜŞ, Kira, s. 286.

<sup>77</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümlerinin zaman bakımından uygulanmasını etkileyen bir düzenleme 14.04.2011 tarih ve 27905 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Geçici 2. maddesinde yer almaktadır. Ancak söz konusu hükümde yürürlüğü ertelenen hükümlere ait madde numaralarının yanlış olması sebebiyle, 12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmündeki Karar-namelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 53. maddesi ile 6217 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi değiştirilmiştir. Bu hükme göre, kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, Türk Borçlar Kanu-

layısıyla konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin olarak, kiracının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi, ancak muaccel olmuş ve ödenmemiş kira bedelleri için söz konusu olacaktır<sup>78</sup>.

Kiracı, kiraya veren tarafından yapılan yazılı bildirimde belirtilen süre içerisinde usulüne uygun olarak yapacağı ödeme<sup>79</sup> ile sözleşmenin feshine engel olabilir. Ancak, muaccel olan ve ödenmeyen ve aynı zamanda da bildirimde talep edilen kira bedelleri verilen süre içerisinde kiracı tarafından kısmen veya tamamen ödenmezse<sup>80</sup>, TBK m. 315 gereğince kiraya verenin sözleşmeyi fesih hakkı doğar<sup>81</sup>. Bir başka ifadeyle, TBK m. 315 gereğince kiraya verenin bildirimle belirlediği süre içerisinde ödenmeyen kira bedeli hiç ifa edilmemiş ya da süre geçtikten sonra ifa edilmişse, sözleşmenin feshi mümkün olabilecektir.

Kiracının kira bedelini ödeme borcu genellikle bir para borcudur. Bu bakımdan kira bedelinin ifa yeri ile ilgili olarak, öncelikle tarafların o zamana kadar uyguladıkları usul çerçevesinde ödemenin yapılması gerekir. Örneğin, kiracı kira bedellerini kiraya verenin banka hesabına yatırmak suretiyle ödüyorsa temerrüt halinde de ödemeyi aynı şekilde yapmak zorundadır. İfa yeri bakımından alışlagelmişin dışında başka bir ödeme şekli tercih edilirse, para borçlarının götürülecek borçlardan olması göz önünde tutularak, kiraya verenin ödeme zamanındaki yerleşim yerinde (TBK m.

---

nu'nun 346. maddesi 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmayacaktır (uygulanması ertelenen diğer maddeler TBK m. 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344 ve 354).

<sup>78</sup> “Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin 2. maddesinde bir ayın kirası yatırılmadığı veya eksik yatırıldığı takdirde muacceliyet koşuluna yer verildiği görülmekte olup, yeni yasal düzenleme karşısında bu koşulun kiralananın niteliğine ve davalı kiracının sıfatına göre geçersiz hale geldiğinin kabulü gerekir.” (Yarg., 6. HD; E. 2012/14683, K. 2013/7025, T. 17.04.2013; Kazancı); “Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin hususi şartlar 3. maddesinde “bir kira ödenmez veya geciktirilirse dönem sonuna kadar tüm kiralalar muaccel olur” muacceliyet koşuluna yer verildiği görülmekte ise de; dosya kapsamından kiracının T.T.K.nu kapsamında tacir olup olmadığı anlaşılabilir. Bu durumda mahkemece kiracının tacir olup olmadığı araştırılarak, tacir olması durumunda hakkında T.B.K.nun 346. maddesinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanamayacağı gözetilmeli, tacir olmadığının anlaşılması halinde ise; yeni yasal düzenleme karşısında bu koşulun davalı kiracı yönünden geçersiz hale geldiği kabul edilerek değerlendirmenin takip tarihi itibarıyla ödenmemiş muaccel kira alacağına göre yapılması ...” (Yarg., 6. HD, E. 2013/16696, K. 2014/572, T. 20.01.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>79</sup> Verilen süre içerisinde borcun takas vb. bir nedenle sona erdirilmesi halinde de aynı etki söz konusu olur. **URAL ÇINAR**, age., s. 292.

<sup>80</sup> Kiracının kendisine verilen süre içerisinde yaptığı ödemenin eksik olduğu hallerde, eğer eksik kalan kısım çok cüz’i bir miktar ise kiraya verenin fesih hakkının doğmayacağı, buna rağmen kiraya veren kira sözleşmesini feshettiği takdirde fesih hakkını kötüye kullandığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz., **EREN**, Özel Hükümler, s. 377. Böyle bir durumun dışında yapılan kısmi ödeme TBK m. 315’in uygulanmasına engel olmaz.

<sup>81</sup> **DOĞAN**, age., s. 284; **GÜMÜŞ**, Kira, s. 282; **İNCEOĞLU**, age., s. 285; **ACAR**, age., m. 315, N. 69.

89/f. I, b.1) ifanın gerçekleştirilmiş olması gerekir<sup>82</sup>. Bu bağlamda olmak üzere, eğer kiracı ödemeyi posta havalesi ile yapmak isterse, bildirimde belirlenen süre dolmadan kiraya verene ödenmesi mümkün olacak şekilde havaleyi konutta ödemeli olarak göndermelidir<sup>83</sup>.

Kiraya veren bildirimde belirlenen süre içerisinde yapılan ve gecikmiş kira bedellerine ilişkin olan ödemeyi kabulden kaçınırsa, alacaklı temerrüdüne düşmüş olur<sup>84</sup>. Bu durum kiracının temerrüdüne engel olacağı için yapılan bildirimde bir hükmü kalmayacaktır<sup>85</sup>. Dolayısıyla temerrüde düşen kiraya veren, TBK m. 315 hükmüne dayanarak kira sözleşmesini feshedemeyecektir<sup>86</sup>. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kiraya verenin temerrüde düşmüş olması ödenmeyen kira bedeli borcunun ortadan kalkması sonucunu doğurmayacağı için<sup>87</sup>, kiracı dilerse TBK m. 107 uyarınca<sup>88</sup> yaptığı tevdi ile borcundan kurtulabilir<sup>89</sup>.

### III. Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdünün Hukuki Sonuçları

#### A) Fesih Bildirimi ve Sözleşmenin Feshedilmesi

Kiraya verenin TBK m. 315 gereğince sözleşmeyi feshetme hakkının doğabilmesi için usulüne uygun olarak yapılan bildirimde belirlenen süre içerisinde kiracının, muaccel olan ve ödenmemiş olan kira bedeli borcunu ifa etmemiş olması gerekir. Bir başka ifadeyle kiracı, bildirimde belirtilen kira bedeli borcunu kendisine verilen sürede ifa ettiği takdirde, kiraya verenin fesih hakkı da ortadan kalkacaktır<sup>90</sup>. Kiraya veren

<sup>82</sup> Kira bedelinin misli bir şey olarak belirlenmesi halinde sözleşmede hüküm yoksa ifa yeri, borcun doğumu anındaki borçlunun yerleşim yeri olacaktır (TBK m. 89/f. I, b. 3).

<sup>83</sup> İNCEOĞLU, age., s. 285; AYDEMİR, age., s. 162. "Kira parası götürülüp ödenmesi gereken borçlardan olduğundan kiralayana götürülüp elden ödenmesi veya gideri kiracıya ait olmak koşuluyla konutta ödemeli olarak PTT kanalıyla gönderilmesi gerekir. Bundan ayrı, sözleşmede özel bir koşul kabul edilmişse bu hususta göz önünde tutulmalıdır. Açıklanan şekilde yapılmayan ödemeler yasal ödeme olarak kabul edilemez. Ancak teamül haline gelmiş bir ödeme şekli varsa bu şekilde yapılan ödemede geçerlidir." (Yarg., 6. HD, E. 2014/8135, K. 2014/10095, T. 18.09.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde, Yarg., 6. HD, E. 2014/7392, K. 2014/8930, T. 03.07.2014; (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>84</sup> ACAR, age., m. 315, N. 35.

<sup>85</sup> "İfayı kabulden kaçınan alacaklı, her şeyden önce borçlu temerrüdüne başvuramaz. Zira kendisi temerrüt halindeyken borçlunun temerrüdü söz konusu olmaz." (EREN, Genel Hükümler, s. 1012).

<sup>86</sup> ACAR, age., m. 315, N. 35.

<sup>87</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 1019; OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 367; KILIÇOĞLU, age., s. 650.

<sup>88</sup> "Kanun koyucu TBK m. 107'yi düzenlemek suretiyle borçluya, kendi fiiliyle borçtan kurtulma hakkını tanımıştır. Bu bakımdan tevdi, borçlu yönünden ilke olarak bir hak olup, bir yükümlülük değildir." (EREN, Genel Hükümler, s. 1020).

<sup>89</sup> Aynı yönde olarak bkz., GÜMÜŞ, Kira, s. 184; URAL ÇINAR, age., s. 93, 94.

<sup>90</sup> UYGUR, age., s. 1743.

TBK m. 315 gereğince kiracıya vermekle yükümlü olduğu 10 veya 30 günlük süreler dolmadan da fesih hakkını kullanamaz, kullandığı takdirde yapılan fesih beyanı geçersiz olur<sup>91</sup>. Kiracının kısmi ödemede bulunması halinde, kiraya verenin fesih hakkı bu durumda ortadan kalkmaz. Ancak, yapılan ödeme borcun önemli bir bölümünü karşılıyor, fakat çok cüz'î bir miktar ödenmeden kalıyorsa böyle bir durumda kiraya verenin fesih hakkını kullanmasına engel teşkil edeceği belirtilmektedir<sup>92</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesi, BK m. 260'dan farklı olarak kiracının temerrüdü sonucunda sözleşmenin sona erdirilebilmesi için kiraya verenin ayrıca bir fesih bildiriminde bulunmasını aramıştır. Bir başka ifadeyle, TBK m. 315'de getirilen yeni düzenleme ile kanun koyucu BK m. 260'da kiracıya tanınan sürenin sonunda ödemenin gerçekleşmemesi ile birlikte sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine dair düzenlemesinden vazgeçerek, kiraya veren tarafından yapılacak bir fesih bildirimini gerekli görmüştür<sup>93</sup>. Bu bakımdan, kira bedelini ödemede temerrüde düşen kiracıya ifada bulunması için yapılması zorunlu olan bildirimde öngörülen sürede ifanın gerçekleşmemesi halinde, kira sözleşmesi kendiliğinden değil, ayrıca kiraya verenin kullanacağı bir fesih hakkı ile sona erecektir. Kiraya veren söz konusu bu fesih hakkını, kiracıya karşı yapacağı bir fesih bildirimini kullanabilecektir. TBK m. 315'in getirdiği düzenleme böyle bir gerekliliği öngörmektedir<sup>94</sup>. Kiraya verenin fesih hakkını kullanmasıyla birlikte kira sözleşmesinin sona erdirilmesi, bir olağanüstü fesihdir<sup>95</sup>.

Kiraya verenin fesih bildirimini iki şekilde gerçekleştirebilir. Birinci durumda, kiraya veren süre içeren bildirimde bulunurken, sürenin ödeme yapılmaksızın geçirilmesi halinde sözleşmeyi feshedeceğini beyan edebilir. Bu durumda, kiraya veren tarafından sürenin sonunda ayrıca bir fesih bildiriminde bulunmaksızın kira sözleşmesi sona erecektir<sup>96</sup>. İkinci olarak, kiraya veren eğer süre içeren bildirimde ödememe şartına bağlı olarak fesih beyanında bulunmazsa ve verilen süre sonunda da borç ödenmezse, ayrıca sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir<sup>97</sup>. Kiraya veren, sürenin sonuna gelindiğinde kiracı tarafından ödemenin yapılmaması halinde, yapacağı ayrı bir bildirimle sözleşmeyi feshedebilecektir. Yapılacak bu fesih bildiriminin şekli konusunda Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ispat kolaylığı sağlaması açısından bildirim yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır. Ayrıca, yapılacak fesih bildirimini

<sup>91</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 378.

<sup>92</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 377.

<sup>93</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 290.

<sup>94</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 506; GÜMÜŞ, Kira, s. 290; İNCEOĞLU, age., s. 285; ACAR, age., m. 315, N. 69.

<sup>95</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 377; URAL ÇINAR, age., s. 326.

<sup>96</sup> İNCEOĞLU, age., s. 285; URAL ÇINAR, age., s. 327.

<sup>97</sup> Kiraya verenin sürenin sonunda sözleşmeyi feshetme zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada kiracının temerrüde nedeniyle kiraya verene tanınmış bir hak söz konusudur. Bkz., İNCEOĞLU, age., s. 297.



konut veya çatılı işyerine ait bir kira sözleşmesine ilişkin ise TBK m. 348 gereğince yazılı olması zorunludur<sup>98</sup>.

Kiraya verenin ayrı bir fesih bildiriminde bulunması gereken durumda TBK m. 315'de her hangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak fesih hakkının zaman geçirilmeden uygun bir sürede kullanılması gerekir<sup>99</sup>. Fesih hakkının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak bir biçimde aradan uzun bir süre geçtikten sonra kullanılması<sup>100</sup> halinde fesih hakkının hüküm ve sonuç doğurmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>101</sup>. Kiraya verenin fesih hakkı doğmasına rağmen, bu hakkını uzun bir süre kullanmaması, hatta kiralananı kullanmaya devam eden kiracıdan kira bedellerini almaya devam etmesi, fesih hakkından örtülü olarak vazgeçtiği ve söz konusu hakkın sona erdiği şeklinde yorumlanabilecektir<sup>102</sup>.

Fesih bildiri kiraya veren tarafından kiracıya karşı yapılmalıdır. Birden fazla kiraya verenin bulunması halinde, hepsinin kiracıya karşı fesih bildiriminde bulunması gerekir<sup>103</sup>. Benzer şekilde kiracının da birden fazla olması durumunda fesih bildiriminin kiracıların hepsine karşı yapılması zorunludur<sup>104</sup>. Belirtmek gerekir ki, kiralananın aile konutu olması halî bu duruma bir örnek teşkil eder.

Fesih hakkının doğduğu ancak henüz kullanılmadığı bir sırada kiralananın el değiştirmesi halinde, söz konusu hakkın yeni malike geçtiği ve onun tarafından kulla-

<sup>98</sup> **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, age., s. 507; **URAL ÇINAR**, age., s. 327.

<sup>99</sup> Kiraya verenin fesih hakkı yönünden TBK m. 125/f.II anlamında hemen kullanma zorunluluğu olmadığı belirtilmektedir. Bu yönde olarak bkz., **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, age., s. 506. Farklı görüşte, **ARAL/AYRANCI**, age., s. 297; **URAL ÇINAR**, age., s. 328.

<sup>100</sup> "B.K.'nun 260. maddesine dayanılarak temerrüt nedeniyle açılan tahliye davalarında yasal içeriikli olarak düzenlenen ihtarnamenin veya ihtarname yerine geçen ödeme emrinin tebliğinden itibaren otuz günlük ödeme süresi içerisinde istenen aylara ilişkin kira parasının ödenmemesiyle temerrüt olgusu gerçekleşir ve ihtarda veya ödeme emrinde ödeme için verilen otuz günlük sürenin geçmesiyle dava hakkı doğar. Yasada bu tür davalar herhangi bir süreye tabi tutulmamış ise de bu hakkı elde eden kiralayanın bu hakkını uzun süre kullanmaması iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz." (Yarg., 6. HD, E. 2005/10230, K. 2005/11590, T. 13.12.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "Yeni kira yılının başlamasından üç yıla yakın süre geçtikten sonra davacının önceki dönem kira paralarının ödenmemesi sebebiyle davalının temerrüde düştüğünden söz ederek tahliye davası açmasının Medeni Kanununun 2. maddesinde belirtilen objektif iyi niyet kuralıyla bağdaşmadığının kabulü gerekir". (Yarg., 6. HD, E. 2005/6008, K. 2005/9127, T. 6.10.2005; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>101</sup> **GÜMÜŞ**, Kira, s. 291, 292.

<sup>102</sup> **GÜMÜŞ**, Kira, s. 291; **İNCEOĞLU**, age., s. 299; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, age., s. 485.

<sup>103</sup> "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 315. maddesi hükmü uyarınca, temerrüt nedeniyle açılacak tahliye davasının kural olarak kiralayan tarafından açılması gerekir. Kiralayanlar birden fazla ise aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan ihtarnameyi birlikte göndermeleri ve yine davayı da birlikte açmaları zorunludur." (Yarg., 6. HD, E. 2013/1774, K. 2013/4673, T. 18.03.2013; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>104</sup> **GÜMÜŞ**, Kira, s. 288; **URAL ÇINAR**, age., s. 328.

nılabileceği kabul edilmektedir<sup>105</sup>. Kira bedeli alacağının devredilmiş olması halinde fesih hakkı, sözleşmenin tarafı olan<sup>106</sup> kiraya veren tarafından kullanılabilir<sup>107</sup>.

Fesih bildirimini, ulaşması gerekli bir irade beyanıdır ve kiracının hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>108</sup>. Kiraya verenin fesih hakkını kullanmasıyla birlikte<sup>109</sup> kira sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer<sup>110</sup>. Bu durum kira sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olmasının sonucudur.

Kiraya veren İİK m. 269 gereğince de kira bedelini ödemeyen kiracıya icra memurluğu aracılığı ile ödeme emri gönderebilir. Kiraya veren bu ihtarda kiracıya borcunu yasal süre içerisinde ödemesini, aksi halde sözleşmenin sona ereceğini bildirir. Bu durumda kira sözleşmesi, kiracıya tanınan sürenin ödeme yapılmaksızın geçirilmesi halinde sona erecektir. Kiracı bu süre içinde de borcunu ödemezse, kiraya veren icra merciinden karar alarak kiracıyı taşınmazdan çıkarabilir<sup>111</sup> (İİK m. 269a)<sup>112</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, kiracıya gönderilecek ödeme emri TBK m. 315/f. II'ye uygun olmalı<sup>113</sup> ve yasal süre dolmadan tahliye talep edilmemelidir<sup>114</sup>.

<sup>105</sup> ACAR, age., m. 315, N. 72; İNCEOĞLU, age., s. 298.

<sup>106</sup> Alacağın devrinde bir borç ve özellikle sözleşme ilişkisi nedeniyle meydana gelmiş olan hukuki durum ve sıfat devredilemediği için alacak hakkına değil de sözleşmeye taraf olmaya bağlı olan yenilik doğuran haklar alacağı devralana geçmez, bunlar sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafına ait olarak kalır. Sözleşmeden dönme, sözleşmenin feshi ve irade sakatlığı halinde sözleşmenin iptalinde böyle bir durum vardır. Bu konuda bkz., EREN, Genel Hükümler, s. 1225.

<sup>107</sup> İNCEOĞLU, age., s. 298. Ayrıca bkz., ACAR, age., m. 315, N. 71.

<sup>108</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 507; EREN, Özel Hükümler, s. 377; İNCEOĞLU, age., s. 300.

<sup>109</sup> Kiraya verenin fesih hakkını dava yoluyla kullanması mümkündür, ancak zorunlu değildir. Bu konuda bkz., ACAR, age., m. 315, N. 69, dn. 82. Farklı görüşte, AYDEMİR, age., s. 165, yazara göre, verilen süre sonunda kira bedeli ödenmediği takdirde akdin feshi ile tahliye ve alacak davası açılabilmesi mümkündür. Feshe karar verecek olan mahkemedir. Yoksa bazı akidelerde olduğu gibi, kiraya verenin tek tarafı irade bildirimini ile kira sözleşmesi kendiliğinden feshedilmiş olmaz.

<sup>110</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 507; EREN, Özel Hükümler, s. 377; AYDOĞDU/KAHVECİ, age., s. 485; İNCEOĞLU, age., s. 300.

<sup>111</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 508; GÜMÜŞ, Kira, s. 288; EREN, Özel Hükümler, s. 378; AYDOĞDU/KAHVECİ, age., s. 480; İNCEOĞLU, age., s. 296; URAL ÇINAR, age., s. 331, 332; CERAN, age., s. 58.

<sup>112</sup> İcra ve İflas Kanunu madde 269a'ya göre, "Borçlu itiraz etmez, ihtar müddeti içinde kira borcunu da ödemezse ihtar müddetinin bitim tarihini takip eden altı ay içinde alacaklının talebi üzerine icra mahkemesince tahliyeye karar verilir".

<sup>113</sup> "Davacı tarafından davalı aleyhine ödenmeyen kira bedellerinin tahsili için tahliye istekli olarak başlatılan icra takibinde, icra müdürlüğünce düzenlenen ve davalıya gönderilen ödeme emrinde verilmesi gerekli olan otuz gün ödeme süresi yerine, yedi günlük ödeme süresi verilmiştir. Bu durumda, T.B.K.nun 315. maddesi gereğince temerrüde düşürülmesi için davalıya yasal ödeme süresi verilmediğinden, bu koşulları taşımayan ödeme emrine dayalı olarak tahliye kararı verilemez." (Yarg., 6. HD, E. 2013/9399, K. 2013/11185, T. 27.06.2013; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>114</sup> "Alacaklı vekili tarafından, kiracı borçlunun kira borcunu ödemediğinden bahisle, icra takibi başlatıldığı, davalıya gönderilen örnek 13 nolu ihtarlı ödeme emrinin davalı borçluya 09.09.2013 tarihinde tebliğ edildiği ve bu ödeme emri ile borçluya 30 günlük ödeme süresi verildiği anlaşıl-

## B) Kiralananın Geri Verilmesi

Kira sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte kiracının TBK m. 334 kapsamında kiralananı geri verme borcu ortaya çıkar. Kiracının kiralananı geri verme borcu, kiraya verenin TBK m. 315 gereğince tanıdığı sürenin sonunda değil, fesih beyanında bulunulup<sup>115</sup> sözleşmenin sona erdirilmesi halinde yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Kiracının bu borcuna karşılık kiraya verenin de kiralananın geri verilmesini talep hakkı vardır. Bu hak kiraya verenin malik olmadığı durumda kira sözleşmesinden kaynaklanan şahsi nitelikte bir haktır. Kiraya veren aynı zamanda kiralananın maliki ise ayrıca mülkiyet hakkından kaynaklanan aynı nitelikteki istihkak talebi de bulunmaktadır. Böyle bir durumda, kira sözleşmesinden kaynaklanan şahsi nitelikteki talep hakkı ile mülkiyet hakkına dayanan istihkak talebi yarışır ve kiraya veren bunlardan dilediğini ileri sürerek, kiralananın geri verilmesini sağlayabilir<sup>116</sup>.

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiraya veren açacağı tahliye davası ile kiralananın geri verilmesini sağlayabilir<sup>117</sup>. Ancak, bu durumda açılacak olan tahliye davası TBK m. 350'ye dayanan bir dava niteliğinde değildir<sup>118</sup>. Çünkü belirtilen hükümde Kanun koyucu, kiracıyı koruma amacıyla konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin dava yoluyla sona erdirilmesi bakımından sınırlı sayı ilkesini kabul etmiştir. TBK m. 354'te ise "Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler, kiracı aleyhine değiştirilemez." hükmü yer almaktadır. Hüküm emredici nitelikte olduğundan taraflar sözleşme ile kiracı aleyhine, Kanunda öngörülen sona erme sebepleri dışında başka bir sona erme sebebi kararlaştıramazlar. Aksine yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşacaktır. Dolayısıyla TBK m. 315 uyarınca sona erdirilen kira sözleşmesinde, kiracının kiralananı geri vermesi için açılacak dava, tahliye davası olarak isimlendirilse de gerçekte TBK m. 350 anlamında bir dava olmayacaktır.

Kiracı, kiralananı hangi durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin sona erme-

---

miştir. İ.İ.K. 269/1. maddesi göndermesi ile, olaya uygulanması gereken TBK'nun 315.maddesi gereğince 30 günlük ödeme süresinin dolması beklenmeden, alacaklı tarafından icra mahkemesinden tahliye isteminde bulunulamaz. Alacaklı vekili 30 günlük ödeme süresi dolmadan, 08.10.2013 tarihinde icra mahkemesinden tahliye isteminde bulunmuştur. Bu nedenle tahliye isteminin reddine karar verilmesi gerekirken ..." (Yarg., 6. HD, E. 2014/3531, K. 2014/5192, T. 17.04.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca bkz., Yarg., 6. HD, E. 2014/11304, K. 2014/11612, T. 27.10.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg., 6. HD, E. 2014/9221, K. 2014/9629, T. 11.09.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg., 6. HD, E. 2014/11950, K. 2014/13161, T. 27.11.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>115</sup> Kiraya veren TBK m. 315 gereğince kiracıya süre verirken kira bedelinin ödenmemesi halinde sürenin sonunda sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını belirtmiş ise ayrıca bir fesih bildirimine gerek kalmaksızın kira sözleşmesi sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir.

<sup>116</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 509; ACAR, age., m. 315, N. 79.

<sup>117</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 507.

<sup>118</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 507, dn., 365; ACAR, age., m. 315, N. 69, dn., 83.

siyle birlikte o durumda geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 334). Ancak kiracı, kiralananın sözleşmeye uygun olarak kullanılmasından dolayı meydana gelen eskime ve bozulmalardan sorumlu değildir. Buna karşılık, kiralananın sözleşmeye aykırı kullanımı nedeniyle meydana gelen eskime ve bozulmalardan ise sorumlu olacaktır.

### C) Kiraya Veren Tazminat Talebi

Kiraya veren sözleşmeyi feshettikten sonra, kiralananın geri verilmesi talebinden başka, kiracının temerrüde düşmede kusurlu olması<sup>119</sup> ve bunun sonucunda kira sözleşmesinin vaktinden önce sona ermesine bağlı olarak bir zarara uğramışsa bu zararının tazmin edilmesini de isteyebilir<sup>120</sup> (TBK m. 126). Kiraya verenin böyle bir durumda kiracıdan talep edeceği tazminat müspet zarara ilişkin olacaktır<sup>121</sup>. Zira tazmini talep edilen zarar, sürekli borç ilişkisi niteliğinde olan kira sözleşmesinin vaktinden önce sona ermesi üzerine kiraya verenin uğramış olduğu menfaat kaybından kaynaklanmaktadır<sup>122</sup>. Bir başka ifadeyle, bu durumda gerçekleşen zarar kira sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan, ancak sözleşmenin ifasına olan menfaatin yerine getirilmemesinden doğan bir zarardır. Örneğin, kiracının temerrüdü üzerine vaktinden altı ay önce kira sözleşmesini fesihle sona erdiren kiraya veren, bu altı aylık süreyi kiracı bulamadan geçirmişse veya kiralananı daha düşük bedel üzerinden kiralamak zorunda kalmışsa, aradaki farkı kusurlu kiracıdan isteyebilecektir<sup>123, 124</sup>.

Kira sözleşmesinin TBK m. 315 uyarınca feshedilmesi halinde kiraya veren ayrıca temerrüt faizi de talep edebilir. Kira bedelinin bir miktar para olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde kiracının temerrüde düşmesi, kiraya verene temerrüt faizi talep imkânı verir. Zira temerrüt faizi, para borçlarında borçlu temerrüdünün bir sonucudur<sup>125</sup>. Kiraya veren temerrüt faizini asıl kira bedeli alacağı ile isteyebileceği

<sup>119</sup> Temerrüt için kiracının kusuru aranmaz, ancak tazminat borcunun doğabilmesi için kiracının kusurlu olması şarttır (TBK m. 112).

<sup>120</sup> TANDOĞAN, age., s. 220; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, age., s. 508; İNCEOĞLU, age., s. 301; ACAR, age., m. 315, N. 81.

<sup>121</sup> GÜMÜŞ, Kira, s. 292. Ayrıca bkz., ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, s. 241. Bu durumda menfi zararın isteneceği yönünde, DOĞAN, age., s. 299.

<sup>122</sup> Karş., OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 539. Ayrıca bkz., ALTINOK ORMANCI, age., s. 241.

<sup>123</sup> Örnek için bkz., OĞUZMAN/ÖZ, age., s. 539.

<sup>124</sup> “Kural olarak kiracı kira süresinin sonuna kadar kira parasından sorumlu olacaktır. Buna karşın kiralayanın da kendi üzerine düşen görevi yapması, kiralananın yeniden kiraya verilebilmesi için gayret göstermesi, böylece zararın artmasını önlemesi yasa hükmü gereğidir. Bu durumda davacının zararı, tahliye tarihinden itibaren kiralananın aynı koşullarla yeniden kiraya verilebileceği tarihe kadar boş kaldığı süreye dair kira parasından ibarettir.” (Yarg., 6. HD, E. 2013/16286, K. 2014/1141, T. 30.01.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>125</sup> Para borçlarında temerrüde düşen borçlu temerrüt faizi ödemek zorundadır. Temerrüt faizi, tarafların anlaşmasına gerek olmadan doğrudan doğruya kanundan doğar. Bu bakımdan, borç-

gibi, bu alacak sona ermeden<sup>126</sup> ayrı bir dava ile de talep edebilir<sup>127</sup>. Temerrüt faizi kiracının temerrüde düştüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>128</sup>. Durum böyle olmakla birlikte kiraya veren temerrüt faizi talep etmedikçe, hâkim kendiliğinden temerrüt faizine hükmedemeyecektir. Kiraya verenin ayrıca temerrüt faizi ile karşılanmayan aşkın zararının varlığı halinde, genel hükümler çerçevesinde (TBK m. 122) bu zararının tazmin edilmesini de talep edebilecektir<sup>129</sup>.

## SONUÇ

Kira sözleşmesinde kiracının kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunda temerrüde düşmesinin sonuçlarına ilişkin bir düzenleme olan TBK m. 315, bu kapsamda kiraya verene olağanüstü bir fesih hakkı tanımıştır. Kiraya veren, söz konusu hükmünde öngörülen durumun ortaya çıkması ve kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken şartları sağladığında, sözleşmeyi feshedebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 315. maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle, kiracının kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunu ifa etmemiş ve temerrüde düşmüş olması gerekir. TBK m. 315 kiracının temerrüde düşmesi ve buna bağlı sonuçları düzenleyen özel bir hükmüdür. Kiracının temerrüde düşmesi olgusunun nasıl ve ne zaman gerçekleşeceği hususunda genel hükümler olan TBK m. 117 vd.nın dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda, kira bedeli borcu belirsiz vadeli olarak kararlaştırılmışsa TBK m. 117/f. I gereğince kiraya verenin ihtarda bulunmasıyla, belirli vadeli olarak kararlaştırılmışsa bu tarihin ifada bulunulmaksızın geçirilmesiyle ayrıca bir ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşülmüş olur.

Kiracının kira bedeli ödemede temerrüde düşmüş olması tek başına kiraya verene sözleşmeyi fesih hakkı vermez. Kiraya verenin ayrıca TBK m. 315 hükmünde öngörülen şartları da yerine getirmesi zorunludur. Söz konusu şartlardan birincisi,

---

lu temerrüde düşmede kusurlu olmasa bile temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Alacaklının temerrüt faizi talep edebilmesi için de bir zararının bulunduğunu ispat etmesi gerekmez. Zira temerrüt faizi, alacaklının kanunen var farzedilen zararını karşılamak için kanunun kabul ettiği bit götürü tazminat niteliğindedir. Para borçları dışındaki borçlarda ise temerrüt faizi ödenmez. Bu gibi borçlarda alacaklı, ancak temerrüt dolayısıyla uğradığı zararı ispat ederek bunun tazmin edilmesini isteyebilir (TBK m. 118). Ayrıntılı bilgi için bkz., **OĞUZMAN/ÖZ**, age., s. 502 vd.; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1099 vd..

<sup>126</sup> Alacaklı ihtirazi kayıt ileri sürmeden ifayı kabul etmişse, temerrüt faizi alacağı bir fer'i alacak olduğu için alacakla birlikte sona erer.

<sup>127</sup> **URAL ÇINAR**, age., s. 306.

<sup>128</sup> "Temerrüt faizi, temerrüt tarihinden itibaren yani ihtara bağlı işlemlerde ihtarın borçluya vardığı, belirli vadeli işlemlerde ise vadenin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlar." (**EREN**, Genel Hükümler, s. 1101).

<sup>129</sup> Bu konuda bkz., **URAL ÇINAR**, age., s. 309 vd..

kiraya verenin kira bedeli borcunu ifada temerrüde düşen kiracıya karşı bir bildirimde bulunmasıdır. Bildirimin geçerliliği yazılı şekil şartına tâbi tutulmuştur. Yazılı şekil geçerlilik şartı olup, âdi yazılı şekil yeterlidir.

Kiraya verenin kiracıya yapacağı bildirim açık ve anlaşılır olması gerekir. Bu bağlamda, muaccel olan ve ödenmeyen kira bedeli borcunun miktarı ile dönemleri, söz konusu borcun ödenmesine ilişkin talep ve verilen süre içerisinde ifanın gerçekleşmemesi sözleşmenin feshedileceğinin açıkça belirtilmiş olması gerekir. Ayrıca kiraya veren yapacağı bu bildirimde, kiracıya borcunu ödemesi bakımından bir süre vermek zorundadır. Verilecek olan süre TBK m. 315/f. II'de özel olarak belirtilmiştir. Buna göre, konut ve çatılı işyeri kiralalarında en az otuz gün, diğer kira sözleşmelerinde en az on günlük bir süre, borcunu ödemesi bakımından kiracıya tanınmalıdır. Hükmün nispi emredici nitelikte olması dolayısıyla, belirtilen sürelerden daha kısa bir süre kiracıya tanınamayacaktır. Ancak daha uzun bir sürenin verilmesi mümkündür. Kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması itibarıyla TBK m. 315/f. II hükmünün, bu tür sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ait bir düzenleme olan ve seçimlik hakların kullanılması açısından (TBK m. 125) temerrüde düşen tarafa karşı diğer tarafın uygun bir süre vermesi gerekliliğine işaret eden TBK m. 123'ün özel bir görünümü olduğunu ifade etmek mümkündür.

Kiracıya yapılacak bildirimde yer alması gereken bir diğer husus ise verilen süre sonunda kira bedeli borcunun ifa edilmemiş olması halinde, sözleşmenin feshedileceğinin belirtilmesidir. Kiraya verenin fesih bildirimini ile ilgili olarak iki şekilde davranması mümkündür. Kiraya veren ya süre içeren bildirimde bulunurken, sürenin sonunda kira bedeli borcunun ifa edilmemiş olması durumunda sözleşmenin feshedilmiş olacağını beyan edebilir ya da ayrı bir fesih bildiriminde bulunarak, kira sözleşmesini sona erdirebilir. İkinci durumda, yani kiraya verenin ayrı bir fesih bildiriminde bulunması bakımından kanun koyucu TBK m. 315 hükmünde her hangi bir şekil şartı aramamıştır. Ancak, kira sözleşmesi konut ve çatılı iş yerine aitse TBK m. 348 hükmü gereğince bildirim yazılı olması gerekir. Fesih bildirimini ulaşması gerekli bir irade beyanıdır ve kiracının hâkimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. TBK m. 315 hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmesi ile birlikte kiraya veren bakımından doğacak olan fesih hakkı, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacak şekilde uygun bir sürede kullanılmalıdır.

Kira sözleşmesinin feshedilmesiyle birlikte kiracının kiralananı geri verme borcu ortaya çıkar. Kiracının kiralananı TBK m. 334 çerçevesinde geri vermesi gerekir. Ayrıca, kira sözleşmesinin vaktinden önce feshedilmesinden dolayı kiraya verenin bir zararı ortaya çıkarsa, kiracının bu zararı da tazmin etmesi gerekecektir. Bir başka ifadeyle, kiraya veren TBK m. 315 uyarınca kiracının temerrüdü nedeniyle kira sözleşmesini feshederse, sözleşmenin vaktinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Böyle bir durumda tazmini istenen

zarar, niteliği itibariyle menfi değil, müspet zarar olacaktır. Zira ortaya çıkan zarar, kira sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan, fakat sözleşmenin ifasına olan menfaatin gerçekleşmemesinden doğan zarardır.

#### **KAYNAKÇA**

- ACAR, Faruk**, Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321), Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2015.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- ANTALYA, O. Gökhan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014.
- AYDEMİR, Efrail**, Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.
- CERAN, Mithat**, Kira Sözleşmesi, Tahliye, Ankara 2012.
- DOĞAN, Murat**, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014. (**EREN**, Özel Hükümler)
- EREN, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015. (**EREN**, Genel Hükümler)
- GÜMÜŞ, M. Alper**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinde Yan Giderler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 9, Sayı: 103-104, s. 7-17 (**GÜMÜŞ**, Yan Giderler)
- GÜMÜŞ, M. Alper**, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011. (**GÜMÜŞ**, Kira)
- GÜMÜŞ, M. Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 3. Bası, İstanbul 2013. (**GÜMÜŞ**, Özel Hükümler)
- İNCEOĞLU, M. Murat**, Kira Hukuku, C. I, İstanbul 2014.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011.
- OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2014.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda**, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Kira Sözleşmesinde Kira Bedeli Dışındaki Giderleri Ödeme Borcunun Değerlendirilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2012, Cilt XXVIII, Sayı 2, s. 203-227.
- TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, Üçüncü Tıpkı Basım-dan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 2008.

- URAL ÇINAR, Nihal**, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- UYGUR, Turgut**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt II (Madde 237-649), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2013.
- YAVUZ, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskıyı Hazırlayanlar, **YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak** İstanbul 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014.



# FRANSIZ HUKUKUNDA İNANÇLI İŞLEMLERİN GENEL ANLAMDA DÜZENLENMESİ

(General Approach to the Fiducie (Trust) Under French Law)

Doç. Dr. Cem AKBIYIK \*

## ÖZET

Fransız Hukukunda 2007 yılında yürürlüğe giren bir kanunla, inançlı işlemler ilk defa genel anlamda yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu düzenlemeyle, özellikle uluslararası rekabete dayalı küresel ekonomide zorunlu olan finansal operasyonların bir gereği olarak, bir ya da birden fazla alacaklının yararına olmak üzere, inançlı işlemlere başvurmak isteyen işletmelere önemli avantajlar getirilmek istenmiştir. İnançlı işlemlerin Fransız hukukuna getirdiği ivedi faydaların dışında, bu kurumun henüz keşfedilmemiş ve vaat edilen birçok özelliğinin ve onların getireceği fayda ya da zararın, ancak zaman içerisinde ortaya çıkması beklenmektedir.

**Anahtar kelimeler:** İnançlı işlemler, belirli amaca özgülenmiş malvarlığı, sınırlanmış mülkiyet, ekonominin modernizasyonu.

## *Abstract*

In French Law, the concept of fiducie (trust) has been introduced as a legislative regulation for the first time in 2007. Along with the new regulation, it has been aimed to provide substantial advantages to entities intends to carry out fiducie (trust) which is a must for the financial operations carried out in the global economy particularly based on global competition and a concept being in favour of one or more creditors. Aside from the immediate advantages introduced by the concept of fiducie (trust) to the French Law, many other features of this concept which have not yet been explored or have been promised and as well the pros and cons related to such new features are yet to be occurred in the course of time.

**Keywords:** Fiduciary agreement, assets allocated to a specific purpose, restricted ownership, modernization of the economy.

---

\* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I- Genel Bakış

Fransız hukukunda 19 Şubat 2007 tarihli bir kanun<sup>1</sup> ile inançlı işlemler, ilk defa genel bir ifadeyle ve açık olarak yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu bağlamda, Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) 2011 ila 2030. maddeleri, “*De la fiducie*” (inançlı işlem) başlığı altında, mülkiyetin çeşitli kazanılma yollarından bir tanesi olarak oldukça ayrıntılı biçimde, bu kuruma özgülenmiştir. Elbette bu somut yasal düzenleme gerçekleştirilmeden önce de, Fransız öğretisinde inançlı işlemleri tanımlamak bakımından görece bir uzlaşma sağlanmıştı. Nitekim inançlı işlem, bir kimsenin bir diğerinden malvarlığı hakkı kazanmasına yol açan ancak kazanılan haktan yararlanmanın belirli yükümlülüklerle sınırlandırıldığı ve zamanı geldiğinde de, söz konusu hakkı inançlı işlemi tesis eden kimseye ya da üçüncü kişi konumundaki lehtara devretmeye yönelik bir hukuksal işlem ya da bir operasyon olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda da görüldüğü gibi, inançlı işlem aslında mülkiyetin naklini hedefleyen fakat getirdiği yükümlülüklerle, özü ve süresi itibarıyla mülkiyet hakkının kullanılmasını sınırlayan ve nihayetinde de, inanılan kimseyi hakkı geri vermek ya da üçüncü kişiye devretmek borcu altına sokan bir işlem (operasyon) görünümünde kabul edilmiştir<sup>2</sup>.

İnançlı işlem, soyut bir hukuksal mekanizma olarak kendisine başvurma gereklerini açıkça ortaya koyan bir yapıya sahip değildir. Bu nedenle, Fransız öğretisinde farklı amaçlara hizmet eden üç çeşit inançlı işlemden söz edilmektedir:

- Yönetim amaçlı inançlı işlem (*la fiducie-gestion*)
- Karşılıksız kazandırma amaçlı inançlı işlem (*la fiducie-libéralité*)
- Teminat amaçlı inançlı işlem (*la fiducie-sûreté*).

Yönetim amaçlı inançlı işlemde, hak sahibi, inanılan kimseye devrettiği malların kendi menfaatine olmak üzere etkili biçimde yönetimini arzu etmekte; karşılıksız kazandırma amaçlı inançlı işlemde hak sahibi, inanılan kimse aracılığıyla üçüncü bir kişiyi ödüllendirmek isteğiyle kendisine devretmiş olduğu malları, üçüncü kişi konumundaki başıslanana ya da vasiyet alacaklısına geçirmek yükümlülüğü yüklemekte; teminat amaçlı inançlı işlemde ise, hak sahibi en ön sırada teminat sağlamak amacıyla, alacaklısına güvence konusu mallarının mülkiyetini geçirmektedir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Loi no. 2007-211 du 19 Février 2007.

<sup>2</sup> **M. Grimaldi**; *L'introduction de la fiducie en droit français*, Revue de droit Henri Capitant, No.2. 30.Juin 2011, N.1; **A. Bureau**; *Le contrat de fiducie, étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg*, [http://www.juripole.fr/memoires/comparé/Antoine\\_Bureau/partie1.html](http://www.juripole.fr/memoires/comparé/Antoine_Bureau/partie1.html). s.1 vd.; **B. Mallet-Bricout**; *Fiducie et propriété*, Liber amicorum Christian Larroumet, Economica 2010, s. 297 vd.; **Th. Loncle**; *La fiducie entre dans le code çivil français*, [www.loncle-avocat.fr/actualite-61-droit-des-affaires.php](http://www.loncle-avocat.fr/actualite-61-droit-des-affaires.php), s.1.

<sup>3</sup> **Grimaldi**, N.1.

Gerçekten de, inançlı işlem bu kabul ediliş biçimleriyle, teknik olarak çifte mülkiyet devrini içeren bir operasyon görünümüne bürünmektedir. Öncelikle, inançlı işlemi meydana getiren kimsenin malvarlığından inanılan kimsenin malvarlığına intikali hedefleyen ilk mülkiyet devri ve devamında da, inançlı işlemin sona ermesi sırasında, inanılan kimsenin malvarlığından, üçüncü bir kişinin ya da bizzat inançlı işlemi tesis eden inananın malvarlığına intikali hedefleyen ikinci ve nihai bir mülkiyet devri<sup>4</sup>.

Fransız Medeni Kanunu Art. 2011, inançlı işlem konusunda şu tanımları getirmektedir: “*İnançlı işlem, ona varlık kazandıran bir ya da birden fazla kimsenin hâlihazır ya da ileride söz konusu olacak mallarını, haklarını veya teminatlarını ya da bir mal, hak veya teminat topluluğunu, bir ya da birden fazla inanılana devrettikleri, onların da bu konuları kendi kişisel malvarlıklarından ayrı tutmak suretiyle bir ya da birden fazla kimsenin yararına olmak üzere belirlenmiş bir amaç doğrultusunda kullandıkları bir işlemdir*”.

Bu tanımda Fransız Hukuku bakımından getirilen en önemli yenilik, hiç kuşkusuz “*belirli bir amaca özgülenmiş malvarlığı*” (*patrimoine d'affectation*) kavramını hayata geçirmiş olmasıdır<sup>5</sup>. Zira bu hukuk düzeninde kökleşmiş prensip, bir kimsenin ister kişisel isterse ticari ya da mesleki mallarından oluşmuş bulunsun, bunların bir araya karıştığı yalnızca tek bir malvarlığının bulunabileceği fikrini kabul etmektedir. Dolayısıyla borçlardan dolayı sorumluluk söz konusu olduğunda da herhangi bir ayırım söz konusu olmaksızın tüm malvarlığı ile sorumluluk esası benimsenmiştir. Oysa inançlı işlemde inanılana devredilen malvarlığı unsurları, onun kişisel malvarlığından tamamen ayrı tutulmakta (Art. 2011) ve böylelikle gerek inananın alacaklılarının, gerekse inanılanın alacaklılarının dava yoluyla harekete geçmelerine karşılık özel bir koruma sağlanmaktadır<sup>6</sup>.

Bununla birlikte 2007 tarihli bu kanun, inançlı işlemleri eskiden bu yana destekleyen öğretinin bir bölümünde hayal kırıklığı ile karşılanmıştır<sup>7</sup>. Nitekim inançlı işlemlerin uygulama alanı, yapılan bu ilk düzenlemede, çeşitli bakımlardan sınırlandırılmıştır: Öncelikle belirtmek gerekir ki inançlı işlem, açık olarak yalnızca kanundan ya da sözleşmeden doğabilir; fakat bir vasiyetname ile varlık kazanamaz (Art. 2012). İşlemin taraflarına gelince, inançlı işlemi meydana getiren inanan, yalnızca bir tüzel kişi olabilir ve daha açık olarak yalnızca bir şirket olabilir (Art. 2014) ve

<sup>4</sup> **Ph. Malaurie/ L. Aynès**; *Les biens*, 3e éd. Défrenois Paris 2007, N.757; **Y. Emerich**; *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 61 No.1, 2009.s.51; **Mallet-Bricout**, s.299.

<sup>5</sup> **Mallet-Bricout**, s.298-299, s.303 vd.; **Emerich**, s.61 vd.

<sup>6</sup> **Loncle**, s.1; **Emerich**, s.63.

<sup>7</sup> **F. Barrière**; *La fiducie française ou le reveil chaotique d'une "belle au bois dormant"*, Mc. Gill Law Journal (2013) 58:4, s. 851 vd. **L. Bibaut**; *la fiducie face au trust*; <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-international/droit-international-prive/la-fiducie-face-au-trust/> (22.juin 2011).

inanılan da zorunlu olarak bir kredi kuruluğu veya bir sigorta işletmesi olabilir (Art. 2015). İşlemin turleri bakımından da, karşılıksız kazandırma amaçlı inançlı işlemler, kanunda kesin olarak geçersiz sayılmıştır (Art. 2013). İşte Anglo-Amerikan hukuku kökenli “trust” kurumuna nazaran oldukça sınırlı bir uygulama olanağı getiren “fransız usulü inançlı işlemler” yalnızca ticari alana hapsedilen “**ticari inançlı işlem**” görüntüsü dolayısıyla da öğretilde eleştirilmiştir<sup>8</sup>.

İlk düzenlemede inançlı işlemin süresi hakkında da bir sınırlama getirilmiş ve 33 yıllık azami bir süre öngörölmüştür (Art. 2018/2). Biçim açısından da inançlı işlemin geçersiz sayılmaması için yazılı biçimde yapılması ve devre konu olan malların, hakların ve teminatların sözleşmede açıkça yer alması gerekli göröldüğü gibi, ayrıca inanılan kişi ya da kişilerin görevleri ile yönetim ve tasarruf yetkilerinin kapsamının belirtilmesi zorunlu biçimde aranmıştır (Art. 2018). Nihayet bu sözleşmelerin kamusal bir sicile (malî sicil) kaydedilerek aleniyetinin sağlanması da gerekli görölmüştür (Art. 2019-2020).

İlk düzenlemede getirilen bu sınırlamaların olumsuz etkisi nedeniyle, 4 Ağustos 2008 tarihli bir kanun<sup>9</sup> ve devamında 30 Ocak 2009 tarihli bir yönetmelik<sup>10</sup> ile inançlı işlemlere yönelik yasal düzenlemenin kapsamı biraz daha genişletilmiştir. Getirilen yeni düzenleme uyarınca, inançlı işlemi meydana getiren inanan, artık hem gerçek hem de tüzel bir kişi olabilecektir (Art.2017). Avukatların inanılan kişi olabilmeleri de mümkün hale getirilmiş ve önceki listeye eklenmiştir (Art. 2015 al.2)<sup>11</sup>. Ayrıca yeni düzenlemeyle inançlı işlemin azami süresi de 33 yıldan 99 yıla çıkartılmıştır (Art. 2018/2). Bundan başka, inançlı işlemin konusu olan malların hakların ya da teminatların evlilik birliğı veya mal ya da miras ortaklığı kapsamında yer almaları halinde, işlemin biçimi noterlikçe resmi biçimde yapılmasına bağılı kılınmıştır (Art. 2012 al.2).

Sonuç olarak toparlamak gerekirse, Fransız Hukuk sistemi bakımından inançlı işlemlerin böyle ayrıntılı bir yasal düzenlemeyle uygulama sahasına sokulması, isabetli ve bir bakıma da kaçınılmaz görölmektedir<sup>12</sup>. Diğer bir anlatımla, böyle soyut ve karmaşık bir hukuksal mekanizmanın üstesinden ancak yapılacak genel bir kanun yoluyla gelinebileceğı savunulmaktadır<sup>13</sup>. Diğer yandan, çeşitli kanunlarda daha önce kısmen yer verilmiş olan özel nitelikteki inançlı işlemlere ilişkin dağılık düzen-

<sup>8</sup> Emerich, s.51-52.

<sup>9</sup> Loi no. 2008-776 du 4 Août 2008.

<sup>10</sup> Ordonnance no.2009-112 de 30 Janvier 2009.

<sup>11</sup> Bu yetkinin noterlere verilmemesi ile ilgili olarak bkz. Barrière, s.863.

<sup>12</sup> B. Magali; *La fiducie un potentiel inexploité*, cnriut09.univ-lille1.fr/articles /Articles/Fulltext/75a.pdf, s.1-2.

<sup>13</sup> Grimaldi, N.7.

lemelerin<sup>14</sup> hükümsüz bırakılmamış olması da, böyle genel bir düzenlemeye duyulan ihtiyacı daha da pekiştirmektedir.

## II- İnançlı İşleme Kazanılan Mülkiyet Hakkının Karakteristik Özellikleri

İnançlı işleme dayanarak inanılan kimsenin kazanmış olduğu mülkiyet hakkı, sıradan (olağan) mülkiyet hakkından farklı özelliklere sahiptir. 1789 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden bu yana kutsal kabul edilen ve 1804 tarihli Code Napoléon'un kabulünden bu yana da, olağan kazanma yolları kanunla teminat altına alınmış mülkiyet hakkı için söz konusu olanın aksine, inançlı işleme kazanılan mülkiyet, hak sahibine ancak **sınırlandırılmış birtakım yetkiler** tanır. Mesela, mülkiyet hakkını bu yolla kazanan kişi lehine ne malvarlıksal anlamda bir zenginleşme ne de kredi itibarı sağlar. Nitekim inanılan kimse, mülkiyet hakkının kendisine sağladığı olağan yetkilerden biri olan malın semerelerinden (*fructus*) faydalanamayacağı gibi piyasa rayicinden fazla bir değer elde etmesi söz konusu olsa bile, malı satarak elden çıkartamaz (*abusus*) ve kâr elde edemez. Dolayısıyla, inançlı işleme kazanılan mülkiyet hakkının inanılan kimsenin kendi kişisel malvarlığına herhangi bir ekonomik ya da finansal katkısı söz konusu değildir. Yönetim amaçlı inançlı işlemde, her türlü faydalanma ve getiri, inançlı işlemi tesis eden inanana aittir. Teminata dayalı inançlı işlemde de, inanılan kimse yalnızca kendi alacağına karşılık bir zenginleşmeye (güvenceye) kavuşur, fakat mülkiyet hakkı ona ilave bir katkı sağlamaz<sup>15</sup>. Alacağını elde edemediği takdirde inançlı işleme konu olan mala sahip olabilmesi de, ona ilave bir zenginlik sunmaz. Kaldı ki, bununla alacağının nominal değerinin altında kalan bir değere sahip olması da pekala mümkündür. Bunun dışında, mülkiyet hakkının kendisine sağladığı, malı serbestçe kullanma yetkisi (*usus*) söz konusu olduğunda da, inanılana tanınan bu yetki, yalnızca inanç anlaşmasında yazılı olarak belirtilmesi gerekli olan varlık şekliyle ve oldukça sınırlı koşullarda tanınmaktadır (Art. 2021-2022).

Gerçekten, inançlı işleme konu olan mülkiyet hakkının kullanımıyla ilgili olarak yeni düzenlemede, inançlı işlemin kurulması sırasında inanılana tanınan yetkilerin kapsamının sözleşmenin içeriğinde açıkça belirtilmesi zorunlu olduğu gibi (Art. 2018/6) anlaşmada ayrıca inanılanın hesap verme yükümünün ne şekilde düzenleneceği de açıkça belirtilmelidir (Art. 2022 al.1). Oysa mülkiyet hakkını normal yollarla kazanan bir kimse için söz konusu hakkın kullanımının bu şekilde sınırlanması asla söz konusu olmaz<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Örneğin yönetim amaçlı inançlı işleme bir örnek olarak 2006 tarihli miras hukukuna ilişkin reform kanunu kapsamında düzenlenen ölümden sonra etkili vekâlet (le mandat à effet posthume) kurumu gösterilebilir. Bu kurum sayesinde mirasbırakan, mirasçılarını tereke yönetiminden geçici bir süre için uzaklaştırmakta ve tereke yönetimi için güvendiği bir vekili görevlendirmektedir (Art. 812 CC.). Bu noktada ayrıca bkz. **Barrière**, s.856. Eski düzenlemelerle ilgili olarak bkz. **Cl. Witz**; *La fiducie en droit privé français*, éd. Economica Paris 1981, s.15 vd., s.43 vd.

<sup>15</sup> **Grimaldi**, N.10. keza bkz. **Mallet-Bricout**, s.303 vd.

<sup>16</sup> **Grimaldi**, N.11. Ayrıca bkz. **Barrière**, s.858.

Diğer yandan, inanılana devredilen mülkiyet hakkının sağlamış olduğu yetkilerin sınırlandırılması, inançlı işlemi tesis eden inanana da bu süreçte, mülkiyet hakkının tanıdığı olduğu yetkiler bakımından ilave bir yarar sağlamaz zira o bu yetkileri kural olarak kendinde saklı tutamaz. Nitekim inançlı işlemle mülkiyet hakkının devri, teminat amacı güden bir diğer sözleşme olan “**mülkiyet hakkını saklı tutma**” anlaşmasından da farklıdır<sup>17</sup>. Bununla birlikte inançlı işlemin temelini oluşturan anlaşma konusu malların üçüncü kişilere devir yasağı nedeniyle inanan, inanç anlaşmasında yer verilmek koşuluyla mülkiyeti devredilen mallar ve özellikle taşınmazlar üzerinde ticari ya da mesleki amaçla kullanma hakkını sürdürebilir (Art. 2018-1).

Bu noktada, kanunda yer verilen iki özel durumdan da burada ayrıca söz etmek gerekir: Bu düzenlemelere göre, inançlı işleme konu olan malvarlığı unsurları, yalnızca inançlı işlemin doğumunda alacaklı sıfatına sahip bulunanlar bakımından bir rehin hakkına imkân sağlar. Başka bir ifadeyle, yalnızca inançlı işlemin işlerliği nedeniyle malvarlığı unsurlarının korunması ya da işletilmesi yüzünden alacak hakkına sahip bulunan kişiler için bir teminat söz konusudur (Art. 2025); yoksa inananın kişisel alacaklıları böyle bir teminata sahip olmazlar ve bu nedenle de, inanan kimseye karşı borç ödemedi acizlikle sonuçlanan bir takip yapılmış olsa bile bunun inançlı işleme konu olan malvarlığı üzerinde hiçbir etkisi olmaz (Art. 2024).

Diğer önemli bir husus, inanç anlaşmasında yer verilen mülkiyet hakkına ilişkin sınırlamaların üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir sürülemeyeceğidir. Kanun mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaları bilen üçüncü kişilere karşı bunların ileri sürülebileceğini kabul etmektedir (Art. 2023). Ne var ki, üçüncü kişilerin bu durumdan haberdar olmalarının kolay olmayacağını düşünen kanun koyucu, inananın inanç anlaşması uyarınca hareket ettiğini açık biçimde belirtmesi gerektiğini kabul etmiş ve özellikle taşınmazlara ilişkin hakların devrinde, aleniyeti sağlamak bakımından “inanan kişi” sıfatının belirtilmesini ayrıca aramıştır (Art. 2021).

İnançlı işlem neticesinde kazanılan mülkiyet hakkı, normalinden farklı olarak süreklilik içermemekte, tersine **geçici ve süreye bağlı** bir özellik taşımaktadır<sup>18</sup>. Nitekim kanunun ilk halinde inançlı işlemin süresi, sözleşmenin imzalanmasından itibaren maksimum 33 yıl olarak belirlenmişken daha sonra yapılan değişiklikle bu süre 99 yıla çıkarılmıştır ( Art. 2018/2). Gerçekte, inançlı işlemin varlık sebebi de bunun süreye bağlı ve geçici bir mülkiyet kazanımı olduğunu kabul etmeyi gerekli kılmaktadır. Nitekim yönetimi hedef tutan inançlı işlemle kazanılan mülkiyet hakkının süresi, zorunlu olarak öngörülen yönetim süresi kadar olmak durumundadır. Kanunda izin verilmemekle birlikte (Art. 2013), karşılıksız kazandırmayı amaçlayan inançlı işlemle kazanılan mülkiyet hakkının da belirli bir süre sonra üçüncü kişi konumundaki lehtara devredilmesi bir zorunluluktur.

<sup>17</sup> Malaurie / Aynès, N.757; Grimaldi, N.13; Mallet-Bricout, s.305.

<sup>18</sup> Witz, s.15 vd.; Grimaldi, N.12; Mallet-Bricout, s.306-307.

Teminat amacıyla mülkiyet hakkının devredildiği inançlı işlemlerde de, normal olarak borcun vadesi geldiğinde borcun ödenmesiyle birlikte hakkın süresi de sona erecektir. Borçlu borcunu ödeyemez durumda olsa bile bu son halde de inançlı işlemle kazanılan mülkiyetin, inanılan alacaklı açısından normal bir mülkiyete dönüşmesi söz konusu olduğu için inançlı işlemle kazanılan mülkiyetin alacaklı tarafından muhafaza edilmesi gibi bir sonuç kabul edilmemektedir. Bu durum kanunda, borçlunun ödemekten aczi halinde mülkiyetini teminat amacıyla kazandığı mallarda alacaklının serbestçe tasarruf edebileceği şeklinde düzenlenmiş olsa da farklı düşünmeyi gerektirmez (Art. 2372-3; 2488-3)<sup>19</sup>.

Diğer yandan inançlı işlemle kazanılan mülkiyet hakkının, hakkı kazanan açısından **münhasır** bir karakter taşıdığını da belirtmek gerekir. Bu sayede, hakka konu olan eşya üzerinde başkalarına ve hatta mülkiyet hakkını devretmiş olan inana da herhangi bir hak tanınmasının önüne geçilir. Bu durum, inançlı işlemi **vekâlet sözleşmesinden** ayıran önemli bir özelliktir<sup>20</sup>. Nitekim yalın bir vekâlet ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, vekâlet veren mülkiyet hakkının kendisine tanımış olduğu yetkileri kaybetmediği gibi bizzat kendisi de, yetkilendirdiği vekilin katılımı olmaksızın vekâlet konusu şey üzerinde yönetim ve tasarruf yetkisini sürdürür. Oysa inançlı işlemle kazanılan mülkiyette, inanılan kimse, mülkiyeti tıpkı normal (sıradan) yolla kazanmış gibi hakkın konusu oluşturan şeyde tek başına münhasır bir yönetim yetkisine sahip olur<sup>21</sup>.

Teminat amaçlı inançlı işlemde de, yalnızca inanılan kişi inanç anlaşmasına konu olan nesne dolayısıyla alacak hakkını elde etme imkânına sahip olur. Diğer bir anlatımla teminat amaçlı inançlı işlemde, mülkiyet hakkı devredilen nesnenin ekonomik değeri üzerinde, yalnızca inanılan kişiye münhasır bir tasarruf hakkı tanınır ve böylelikle sıradan teminatlardan farklı olarak bunların birbirinin önüne geçmesi (öncelik kazanması) önlenir<sup>22</sup>.

İnançlı işlemle kazanılan mülkiyet hakkının bu münhasır ya da tekeli karakteri nedeniyle, inançlı işlemi tanımlayan Fransız Medeni Kanunu'nun 2011. maddesi de bu sözleşmeyi, mülkiyet hakkının devrini hedef tutan bir işlem olarak nitelendirmekten ziyade malların, hakların veya teminatların devrini hedefleyen bir işlem olarak tanımlamayı tercih etmiştir. Gerçekten de inançlı işlem, bir malın mülkiyetini

<sup>19</sup> **Grimaldi**, N.12.

<sup>20</sup> İnançlı işlemler hakkında genel bir hüküm içermeyen İsviçre'de, inançlı işlemlere vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması dolayısıyla Fransız Hukukuyla yapılan bir karşılaştırma için bkz.: **F. Sutter**; *Le contrat de fiducie, instrument de gestion du patrimoine*, www.sutter-avocats.com/wp-content/uploads/2012/09/Contrat-fiducie-france-suisse-gestion-de-patrimoine, (Aspects 2-2011).

<sup>21</sup> **Grimaldi**, N.13.

<sup>22</sup> **Mallet-Bricout**, s.305-306.

devretmekten ziyade, belirlenmiş bir amaç doğrultusunda geçici bir süre için bir iş görmeyi veya teminat sağlamayı hedef tutan bir işlem (operasyon) görünümündedir.

### III- İnançlı İşlemin Bünyesinde Taşındığı Yapısal Riskler

Bütün inançlı işlemler için gerçekleştirilmesini takiben iki önemli riskin sözü konusu olduğu söylenebilir. Öncelikle, inançlı işlemi kuran (inanana) veya yararına işlem yapılan kimse (lehtar) ile inanılan (güvenilen) kimse arasında sözü konusu olabilecek menfaat çatışmalarından doğan riskler ve diğer taraftan da, inanılan kimsenin önceden sahip olduğu kişisel malvarlığı ile inançlı işlem neticesi elde ettiği mallar arasında bir karışma ya da kaynaşma sonucu ortaya çıkabilecek riskler.

İlk durumda, yani inançlı işlemin tarafları arasında ortaya çıkabilecek çatışmalar dolayısıyla kanun koyucu, hâkime önemli bir görev yüklemiş ve inanılan kişinin görevini kötü ifa ettiği veya inananın ya da lehtarın haklarının tehlikeye düşmesine yol açtığı haller için onu görevden uzaklaştırma ve yerine bir başkasını tayin etme yetkisi tanımıştır (Art. 2027). Ayrıca inançlı işlemi konu alan sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, inançlı işlemi kuran inanan, her zaman için sözleşmedeki ifa çıkarlarını korumak amacıyla üçüncü bir kişiyi tayin etme yetkisine de sahip kılınmıştır. Özellikle inançlı işlemi tesis eden kimse bir gerçek kişi ise, kendisine tanınan bu yetkiden, kamu düzeninin gereği olarak önceden vazgeçemez (Art. 2017).

İkinci önemli risk, inançlı işlem neticesi devredilen malların veya hakların mülkiyetini kazanan inanılan kimsenin alacaklılarının, takibe geçerek alacak haklarını bu mallar üzerinden elde etmeleri ihtimalidir. Fransız Hukukunun buna karşı benimsemiş olduğu çözüm, *“belirli bir amaca özgülenmiş malvarlığı” (patrimoine d’affectation)* kavramını<sup>23</sup> hayata geçirmiş olmasıdır (Art. 2011). Zira bu hukuk düzeninde kökleşmiş prensip, bir kimsenin ister kişisel isterse ticari ya da mesleki mallarından oluşmuş bulunsun, bunların bir araya karıştığı yalnızca tek bir malvarlığının bulunabileceği fikrini kabul etmektedir. Dolayısıyla borçlardan dolayı sorumluluk sözü konusu olduğunda da herhangi bir ayırım sözü konusu olmaksızın tüm malvarlığı ile sorumluluk esası benimsenmiştir. Oysa inançlı işlemde inanılana devredilen malvarlığı unsurları, onun kişisel malvarlığından tamamen ayrı tutulmakta (Art. 2011) ve böylelikle gerek inananın alacaklılarının, gerekse inanılanın alacaklılarının dava yoluyla harekete geçmelerine karşılık özel bir koruma sağlanmaktadır<sup>24</sup>. Nitekim sözü konusu hükümde, inanılan kimsenin mülkiyetini elde ettiği konuları, kendi kişisel malvarlığından ayrı tutmasından sözü edilmektedir.

Bu inanılanın kişisel malvarlığından ayrılmış, inançlı işleme özgü özel malvarlığı

<sup>23</sup> Bu konuda özel olarak bkz. **Bibaut**, s.1 vd.; **Barrière**, s. 859; **Mallet-Bricout**, s.298-299; **Emerich**, s.61 vd.

<sup>24</sup> **Loncle**, s.1; **Emerich**, s.63.



kavramına başvurulması nedeniyle, inançlı işleme konu olan malvarlığı unsurları, yalnızca inançlı işlemin doğumunda alacaklı sıfatına sahip bulunanlar bakımından bir rehin hakkının doğmasına imkân sağlar. Başka bir ifadeyle, yalnızca inançlı işlemin ifa edilmesiyle ilgili malvarlığı unsurlarının korunması ya da işletilmesi yüzünden alacak hakkına sahip bulunan kişiler için bir teminat söz konusudur (Art. 2025); yoksa inananın kişisel alacaklıları böyle bir teminata sahip olmazlar ve bu nedenle de, inanan kimseye karşı borç ödemededen acizlikle sonuçlanan bir takip yapılmış olsa bile bunun inançlı işleme konu olan malvarlığı üzerinde hiçbir etkisi olmaz (Art. 2024).

Bu kabulün bir sonucu olarak, inançlı işlemle belirlenen amaç doğrultusunda hareket etmek üzere değişik malvarlığı unsurlarına sahip olan kişi, Fransız Medeni Kanunu bakımından aynı zamanda birden fazla malvarlığına sahip olabilen ve yöneten kişi konumundadır. Diğer bir söyleyişle, kendi kişisel malvarlığının yanında, farklı inançlı işlemler neticesinde belirli amaçlara övgülenmiş birden fazla malvarlığı topluluğunu elde ederek yöneten bir hukuk öznesi, yasa tarafından açıkça öngörül-müştür.

Böyle olmakla birlikte sorun kendini şu noktada göstermektedir: İnanılan kim-senin yönetiminde bulunan malvarlığının işletilmesinden kaynaklanan pasiflerin (borçların) ayırt edilmesi her zaman kolay olmayabilir ve bu kimsenin kendi kişisel borçları ile inançlı işlemle elde ettiği özel malvarlığına ait borçlar birbirine karışabilir. Ancak kanun inanan kimseyi, görevlerini yerine getirirken yol açtığı kusurlu davranışlarından dolayı kendi kişisel malvarlığı ile de sorumlu tutmuştur (Art. 2026). Bu sorumluluk kuralı, genel bir sorumluluk hükmü tesis ettiği ve inanan kimsenin yararına olmak üzere bir yönetici olarak, görmüş olduğu hizmetlerden açıkça ayırt edilebilir kusurları dolayısıyla kişisel malvarlığı ile bir sorumluluk yüklediği ve bunun dışında kalan hallerde, kusurlu hareket etmiş olsa bile inanan kimseye kişisel bir sorumluluk yüklediği için kaygıyla karşılanmaktadır. Diğer taraftan, inanan kimsenin öznel malvarlığı bakımından ele alındığında da, inançlı işlemin onun malvarlığının teklifi ya da bütünlüğü ilkesine getirdiği herhangi bir istisna söz konusu olmadığı için kusurlu davranışlarından tüm malvarlığı ile sorumlu tutulması doğal karşılan-maktadır<sup>25</sup>.

O halde inançlı işlem neticesinde kişisel sorumluluktan kurtulan, yalnızca inançlı işlemi kuran kişi yani inanan olmaktadır. O bu sayede, yalnızca inançlı işlemle devrettiği malvarlığının bir bölümünü, kişisel alacaklılarının takibinden korumakla kalmamakta; diğer taraftan inanç anlaşmasıyla alacaklı sıfatını kazanan kimselere karşı da sorumluluğunu kural olarak yalnızca inançlı işlemin konusunu oluşturan değerlerle sınırlamakta ve kişisel malvarlığını bundan bağışık tutabilmektedir<sup>26</sup>. Ancak

<sup>25</sup> Grimaldi, N.15; Barrière, s.865.

<sup>26</sup> Grimaldi, N.15. Karş. Barrière, s.865; Emerich, s.64-65.

inançlı işlemin konusu olan değerlerin bu alacakları karşılamadığı hallerde kanun, inananın kişisel mallarına başvurma hakkını bu kimselere açıkça tanımaktadır (Art. 2025 al.3).

Bu noktada son olarak belirtmek gerekir ki, Fransız Medeni Kanunu Art. 2029-2030, inançlı işlemin vaktinden önce sona ermesine neden olabilecek bazı özel haller hakkında da düzenlemede bulunmuştur. Örneğin, inançlı işlemi kuran inananın, inançlı işlem sona ermeden ölmesi halinde, anlaşmaya konu olan malların ve hakların terekesine geri döneceği belirtilmiş; inançlı işlemden yararlanan kimselerin tamamının anlaşmayı reddetmeleri halinde de inançlı işlemin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Keza, inanılan kimse konumundaki tüzel kişiliğin yargısal tasfiye sürecine girdiği ya da bir birleşme veya devralma neticesinde son bulunduğu hallerde de, inançlı işlemin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı kabul edilmektedir.

#### IV- İnançlı İşlemler Hakkındaki Genel Düzenlemenin Kısa Bir Muhasebesi

Fransız hukukunda inançlı işlemlerin genel bir çerçeveye yasal bir temele oturtulmasının altında yatan başlıca nedeni kısaca belirtmek gerekirse; özellikle uzun zamandan bu yana Fransa'daki işletmelerin ihtiyaç duyduğu bu hukuksal kurumun, Anglo-Amerikan hukukunda yıllardır kabul gören "trust" uygulamasına nazaran daha kırılğan özelliklere sahip biçimde düzenlenmiş olmasına karşın<sup>27</sup>, uluslararası rekabete dayalı küresel ekonomide zorunlu olan finansal operasyonların bir gereği olarak, bir ya da birden fazla alacaklının yararına olmak üzere inançlı işlemlere başvurmak isteyen işletmelere önemli avantajlar sağlamak olduğu ifade edilmektedir<sup>28</sup> Diğer yandan Fransa'daki bazı işletmelerin, faaliyet merkezlerini benzer kurumları daha önce yasal bir temele oturtmuş diğer ülkelere kaydırmaları konusundaki endişelerin de bu yeni düzenlemede etkili olduğu anlaşılmaktadır<sup>29</sup>. Nitekim tüm bu gerekçelerle, Fransız hukukunda "ekonominin modernizasyonu" başlığı altında içerisinde inançlı işlemlerin de yer aldığı reform kanunları, birbiri ardına yürürlüğe konmaktadır.

Bununla birlikte, Fransız Hukuku'nda inançlı işlemlerin genel bir anlayışla yasal düzenlemeye kavuşturulmasına karşı çıkanlar da bulunmakta ve bu görüşü savunanlar, inançlı işlemler aracılığıyla vergi kayıplarına yol açıldığını ve saydamlıktan uzak kalınacak olması nedeniyle bu işlemlerin kara para aklama aracı olarak kullanılmasının önünün açıldığını söylemektedirler<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Bu noktada özellikle bkz. **M. K. Pelèse**; *Personnalité morale, patrimoine d'affectation, fiducie-sureté en droit français et américain*, tice.univ-paris1.fr. séq.3b, s.1-4; **Emerich**, s.52 vd.; **Magali**, s.4.

<sup>28</sup> **Loncle**, s.1.

<sup>29</sup> Son yıllarda, inançlı işlemlerle ilgili olarak yasal düzenlemeler gerçekleştirmiş diğer ülkelere örnek olarak Kanada, Çin, Uruguay, Kolombiya ve Lüksemburg gösterilmektedir.

<sup>30</sup> **Barrière**, s.853; **Emerich**, s.50.

Uzun yıllar boyunca Fransız hukuk sisteminin dışında bırakılan inançlı işlemler, son yıllarda peşi sıra getirilen yasal düzenlemelerle etkin bir uygulamaya kavuşturulmak istenmiş olsa bile, Fransız uygulamasına getirdiği ivedi faydanın dışında bu kurumun henüz keşfedilmemiş ve vaat edilen birçok özelliğinin ve onların getireceği fayda ya da zararın, ancak zaman içerisinde ortaya çıkması beklenmektedir.

#### YARARLANILAN YABANCI KAYNAKLAR

- F. Barrière;** *La fiducie française ou le reveil chaotique d'une "belle au bois dormant"*, Mc. Gill Law journal (2013) 58:4, s. 851 vd.
- L. Bibaut;** *la fiducie face au trust*; <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-international/droit-international-prive/la-fiducie-face-au-trust/> (22.juin 2011).
- A. Bureau;** *Le contrat de fiducie, étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg*, [http://www.juripole.fr/memoires/compare/Antoine\\_Bureau/partie1.html](http://www.juripole.fr/memoires/compare/Antoine_Bureau/partie1.html).
- Y. Emerich;** *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 61 No.1, 2009,s.49 vd.
- M. Grimaldi;** *L'introduction de la fiducie en droit français*, Revue de droit Henri Capitant, No.2. 30.Juin 2011.
- B. Magali;** *La fiducie, un potentiel inexploité*, [cnriut09.univ-lille1.fr/articles /Articles/Full-text/75a.pdf](http://cnriut09.univ-lille1.fr/articles/Articles/Full-text/75a.pdf).
- B. Mallet-Bricout;** *Fiducie et propriété*, Liber amicorum Christian Larroumet, Economica 2010, s. 297 vd.;
- Ph. Malaurie/ L. Aynès;** *Les biens*, 3e éd. Défrénois Paris 2007.
- Th. Loncle;** *La fiducie entre dans le code civil français*, [www.loncle-avocat.fr/actualite-61-droit-des-affaires.php](http://www.loncle-avocat.fr/actualite-61-droit-des-affaires.php).
- M. K. Pelèse;** *Personnalité morale, patrimoine d'affectation, fiducie-sureté en droit français et américain*, [tice.univ-paris1.fr.séq.3b](http://tice.univ-paris1.fr.séq.3b) (2011), s.1-4.
- F. Sutter;** *Le contrat de fiducie, instrument de gestion du patrimoine*, [www.sutter-avocats.com/wp-content/uploads/2012/09/Contrat-fiducie-france-suisse-gestion-de-patrimoine](http://www.sutter-avocats.com/wp-content/uploads/2012/09/Contrat-fiducie-france-suisse-gestion-de-patrimoine), (Aspects 2-2011).
- Cl. Witz;** *La fiducie en droit privé français*, éd. Economica Paris 1981.



# ANA-BABANIN ÇOCUĞUN FOTOĞRAF VE GÖRÜNTÜLERİNİN SOSYAL MEDYADA YAYINLAMASINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

(Parents Liability Regarding The Photographs They Have Shared  
Through Social Media)

Ar. Gör. Murat AKDİ\*

## ÖZET

Velayet hakkının amacı küçüğün menfaatinin korunmasıdır. Ana baba sosyal medya yolu ile çocuklarına ait görüntüleri sosyal medyada paylaşmaktadırlar. Sosyal medyada paylaşılan görüntüler sebebiyle küçüğün kişilik hakkı ihlal edilebilir. Kişilik hakkının ihlali sebebiyle ana babasının hukuki sorumluluğu gündeme gelebilir. Hukuki sorumluluğunun oluşması, velayet hakkının kapsamının dışına çıkılarak küçüğün kişilik hakkının ihlal edilmesine bağlıdır. Velayet hakkının kapsamının dışına çıkılması halinde küçüğün ana babasına karşı korunması gerekecektir. Küçüğün korunması amacıyla bazı koruyucu tedbirler getirilmiştir. Ayrıca küçük de ana babasına karşı bazı hukuki imkanlara sahiptir.

**Anahtar kelimeler:** -sosyal medya –velayet hakkı –kişilik hakkı –hukuki sorumluluk

## *Abstract*

Purpose of guardianship is to protect minor's interest. Parents share their children's photographs through social media. That kind of sharing might violate the minor's personal rights. Parents' legal liabilities might be a problem because of violating personal rights of minor. Occurrence of legal liabilities, depends on violation of minor's personal rights by exceeding the guardianship right. In this type of situation, minor need to be protected against his or her parents. There are some legal protective measures for protecting minor. Also minor has some legal opportunities against his or her parents.

**Keywords:** -social media –guardianship right –personal rights –legal liability

---

\* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi

## GİRİŞ

Bu çalışmamızda velayet altında bulunan küçüğün, sosyal medyada ana babası tarafından birtakım görüntülerinin paylaşılmasının kişilik hakkının ihlaline sebep olup olmayacağı üzerinde durulacaktır. Kişilik hakkı ihlalinin varlığı bakımından öncelikle giriş bölümünde kısaca velayet hakkından ve kapsamından bahsedildikten sonra küçüğün kişilik hakkı, sosyal medya yolu ile kişiliğinin hangi durumlarda ihlale uğrayabileceği, ihlalin varlığı halinde küçüğün ana babasına karşı korunması ve küçüğün kişilik hakkının ihlal edilmesi sebebiyle kullanabileceği hukuki imkanlar açıklanmaya çalışılacaktır.

Velayet hakkı Türk Medeni Kanunu'nun 335-351 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Velayet hakkı ana babaya tanınan<sup>1</sup> bir görev, yetki, yükümlülük ve hakların bütünüdür<sup>2</sup>. Bu yetki ve yükümlülüğü ana babanın küçük veya istisnai olarak hakkında kısıtlama kararı alınan çocuklar hakkında gerekli kararları alabilmeleri olarak tanımlayabiliriz<sup>3</sup>. Velayet ana ve babaya aittir. Ancak velayetin ana babaya ait olabilmesi bazı şartların varlığına bağlıdır. Öncelikle ana ve baba ile çocuk arasında soybağının kurulması gereklidir<sup>4</sup>. Soybağı ile birlikte ana babanın kısıtlı olmaması, ergin olması ve ayırt etme gücüne sahip olması velayet hakkı için birlikte aranan unsurlardır.

Velayet hakkı mutlak haktır ve herkese karşı ileri sürülebilir<sup>5</sup>. Ayrıca kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardanır. Bu sebeple ana baba bu hakkını başkasına devredemeyeceği gibi bu haklarından vazgeçmeleri de mümkün değildir. Velayet hakkı miras yolu ile intikal etmez ve kural olarak paylaştırılmaz<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> TMK 336: "Velayet evlilik devam ettiği sürece ana babaya aittir. Ortak hayata son verilmiş ya da ayrılık hali gerçekleşmişse hakim velayeti eşlerden birine verebilir. Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılana aittir."

<sup>2</sup> Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara 2015, s.1074; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2016, s.342; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Aile Hukuku, İstanbul 2016, s.406; Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, s.151; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara 2016, s.627; Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku, Ankara 2012, s.755; Sevgi Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul 2012, s.20.

<sup>3</sup> Öztan, s.1074; Dural/Ögüz/Gümüş, s.342; Akıntürk/Karaman, s.410; Yıldırım, s.151; Kılıçoğlu, Aile, s.627; Özdemir/Ruhi, s.755; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s.250; Sera Reyhani Yüksel, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016, s.20.

<sup>4</sup> Üvey ana ve üvey baba da velayet hakkına sahip değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s.1078; Dural/Ögüz/Gümüş, s.344; Özdemir/Ruhi, s.756; Reyhani Yüksel, s.39.

<sup>5</sup> Öztan, s.1080; Dural/Ögüz/Gümüş, s.343; Özdemir/Ruhi, s.756; Usta, s.22; Serozan, s.252; Reyhani Yüksel, s.22.

<sup>6</sup> Velayet hakkı esas itibarı ile paylaştırılmaz. Ancak bazı özel durumlarda ya da bazı görevlerin yerine getirilmesi açısından üçüncü kişilere yetki verilmesi mümkündür. Örneğin küçüğün eğitimi açısından özel hoca tutulması. Üçüncü kişilere bu gibi durumlarda yetki verilse dahi velayet hakkı ana babaya aittir. Öztan, s.1078-1079; Usta, s.23; Serozan, s.252.

Velayet hakkının ana babaya bazı hak ve yetkileri tanınmasının yanında bazı yükümlülükler yüklediğini belirtmiştik. Kanun koyucu TMK m.339'da velayet hakkının kapsamına giren hak ve yükümlülükleri genel olarak düzenlemiştir. Velayet hakkı kapsamında ana baba ile çocuğun birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler yerine getirilirken temel amaç çocuğun yararının korunmasıdır<sup>7</sup>.

Velayet hakkının kapsamı çocuk bakımından ele alındığında, çocuğun ana babasının sözünü dinleme yükümlülüğü ve ana babasının rızasını almaksızın evi terk edememesi şeklinde karşımıza çıkar. Ayrıca belirli şartların varlığı halinde TMK m. 344 uyarınca çocuğun aileyi temsil edebilme yetkisi bulunmaktadır.

Velayetin kapsamı ana baba bakımından ele alındığında çocuğa nazaran yetki ve yükümlülüklerin daha fazla olduğu belirtilebilir. Velayetin amacı çocuğun menfaatinin korunması olduğu için bu yükümlülükleri sınırlı kabul etmemek ve değişen şartlara göre yeni yükümlülükler kabul edilmesinin yanında ve mevcut yükümlülüklerin kapsamında da bazı değişikliklerin meydana gelebileceğinin kabulü gerekir. Ana babanın yetki ve yükümlülükleri bir taraftan çocuğun şahsı, diğer taraftan malları ile ilgilidir. Bu kapsamda çocuğa öz ad konulması, çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi, çocuğun genel ve mesleki eğitimi, dini eğitimi çocuğun sıhhatine dikkat etme yükümlülüğü, çocuğun temsil edilmesi, çocuğun mallarına ilişkin hak ve yükümlülükler sayılabilir<sup>8</sup>.

### A. Genel Olarak Velayet Hakkı Kapsamında Çocuğun Korunması

Velayetin düzenlenmesinde göz önüne alınacak en önemli husus çocuğun yararınıdır<sup>9</sup>. Velayet hakkının amacı yukarıda bahsedildiği gibi çocuğun yetiştirilmesi ve çıkarlarının korunmasıdır. Velayet hakkına sahip kişiler ile çocuk arasında çok yakın bir hısımlık ilişkisi bulunmaktadır. Bu sebeple de kanun koyucu velayet hakkını düzenlerken vesayetle olduğu gibi kamu denetimi öngörmemiştir. Ancak her ne kadar bir kamu denetimi öngörülme de velayet hakkı amacı doğrultusunda kullanılmadığı takdirde bir başka deyişle çocuğun yararına hizmet etmediği durumlarda kanun hakime bazı önlemleri alma imkanı tanımıştır<sup>10</sup>.

Çocuğun yetiştirilmesi bir bakıma korunmasını da ifade etmektedir. Ana babanın çocuğun yetiştirilmesi ve korunması konusunda görevlerini yerine getirmediği

<sup>7</sup> Reyhani Yüksel, s.62; Dural/Öğüz/Gümüş, s.344; Öztan, 1075; Akıntürk/Ateş Karaman, 407; Yıldırım, 153.

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.344 vd.; Öztan, s.1107 vd.; Akıntürk/Karaman, s.410 vd.; Özdemir/Ruhi, s.757.

<sup>9</sup> Çocuğun yararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reyhani Yüksel, s.89.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.351.

durumlarda; devletin bu durumu tespit etme ve gerekiyorsa çocuğu ana babasına karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>11</sup>. Çocuğun kişi olarak korunması dayanağını anayasadan ve uluslararası sözleşmelerden almaktadır (AY m.17, ÇHS m.19, MSHS m.17).

Çocuğun korunması bakımından çocuğun mallarının korunması ve kişiliğinin korunması olarak ikili bir ayrıma gidilebilir. Çocuğun mallarının korunması bakımından hakim malların yönetimi konusunda ana ve babaya talimat vermesi, belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse malların tevdi edilmesine veya ana babanın güvence göstermesine karar vermesi mümkündür. Çocuk mallarının tehlikeye düşmesi hakimın TMK m.360 uyarınca aldığı önlemlere rağmen engellenmiyorsa TMK m. 361/f.1 uyarınca malların yönetimi ana babadan alınarak kayyımaya devredilebilir. TMK m. 361/f.2 uyarınca çocuğun malların yönetiminin ana babada olmaması durumunda birinci fıkrada olduğu gibi kayyımaya devredilebilmesi mümkündür. Yine aynı şekilde TMK 360/f.3 uyarınca mallardan elde edilen gelirler ile bu mallardan ayrılmış belli miktarların sarf edilmesinde kanuna uygun hareket edilmediği noktasında kuşku duyulması halinde hakim, kayyımaya devrine karar verebilecektir<sup>12</sup>.

Çocuğun korunması bakımından mallarının korunmasının yanında kişiliğinin korunması da gerekmektedir. Ana baba ve çocuk arasındaki ilişkide her iki taraf da eşit hak süjesi olarak yer almaktadır. Bu sebeple de çocuğun kişilik hakkı, başlangıçtan itibaren ana babanın kişilik hakkı ile eşdeğerdedir. Çocuk bedensel, zihinsel, ekonomik ve sosyal yönden güçsüz ve bağımlıdır. Özellikle küçük çocuk, kendi haklı menfaatlerini tek başına koruyabilecek ve zayıf konumunun başkaları, hatta ana baba tarafından istismar edilmesine karşı mücadele edebilecek durumda değildir<sup>13</sup>.

Velayet hakkı ana baba için getirilmemiştir. Velayet hakkı çocuk üzerinde, eşya üzerindeki gibi keyfi tasarruf yetkisi vermez<sup>14</sup>. Velayet hakkı çocuk için getirilmiştir. Amaç çocuğu korumak ve giderek çocuğu korunmaya muhtaç olmaktan çıkarmak, çocuğa bağımsız kişilik kazandırmaktır. Çocuk olgunlaştıkça korunma ihtiyacı azalacak ve velayet hakkının esnek kapsamı da daralacaktır<sup>15</sup>. Çalışma konumuz ana babanın çocuğun menfaatlerine uygun hareket etmediği ya da istismar edildiği durumlarda kişilik hakkına sebep olacak ihlaller noktasında çocuğun korunması olması nedeniyle ileride daha kapsamlı bir şekilde incelenecektir.

<sup>11</sup> Usta, s.163.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.344 vd.; Öztan, s.1195vd..

<sup>13</sup> Hülya İmamoğlu, Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, AÜHFD, Ankara 2005, C.54, S.2, s.191.

<sup>14</sup> Serozan, s.253; Reyhani Yüksel, s.20.

<sup>15</sup> Serozan, s.251; Reyhani Yüksel, s.21.



## B. Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması

### 1. Çocuğun Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı konusunda doktrinde farklı tanımlar yapılmıştır<sup>16</sup>. Kişilik hakkı kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hak olarak nitelendirilebilir<sup>17</sup>. Yine kişinin toplum içinde saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan varlıkların tümü üzerindeki hak olarak da nitelendirilebilir<sup>18</sup>. Bu kişisel değerler; hayat ve sağlık, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, kişinin hayat alanı resim, ses ve ad üzerindeki hakkı olarak sayılabilir. Kişilik hakkı şahıs varlığı haklarına dahildir. Mutlak bir haktır ve bu sebeple kişilik hakkının müdahale edilmesi durumunda herkese karşı bu hakkını ileri sürebilir. Ayrıca kişilik hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Başkasına devredilemeyeceği gibi bu haklardan feragat de mümkün değildir<sup>19</sup>.

Kişilik hakkının konusunu oluşturan değerler gerçek kişilerde doğumla, tüzel kişilerde ise hak ehliyetine sahip olmakla birlikte kazanılır<sup>20</sup>. Gerçek kişilerde doğumla kazanılan kişilik hakkı ölümle sona erer. Kişilik hakkı sahibinin çocuk ya da ergin olması kişilik hakkının korunması bakımından bir fark oluşturmamaktadır. Çocuğun kişilik hakkı bakımından önemli olan bu hak ihlal edildiğinde nasıl korunacağı noktasındadır. Çocuk bakımından doğumla kazanılan kişilik hakkı ya da sahip olduğu diğer haklar ihlal edildiğinde velayet hakkı sahibi ana baba, bu ihlalleri bertaraf etmekle yükümlüdür. Çünkü çocuğun bağımsız olarak tek başına karar alarak toplum hayatına katılincaya kadar uzun bir süre bakıma, korunmaya ve yönlendirilmeye ihtiyacı vardır<sup>21</sup>.

Çocuğun kişi olarak korunmasının anayasal dayanağı; herkesin kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olmasıdır (AY m.17/1). Anayasaya göre her çocuk korunma ve bakımdan yararlanma hakkına sahiptir<sup>22</sup>. Velayet hakkı kapsamında da doğal olarak bunu yerine getirmesi gereken ana babadır. Çocuğun korunması ile ilgili getirilen düzenlemeler, her çocuğun biyolojik ana babası tarafından bakılması ve onların çevresinde yetişmesinin yararına ol-

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s.41 vd.; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013 (Gerçek Kişiler), s.105; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2015, s.99; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s.154; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan; Kişiler Hukuku, Konya 2015, s.53 vd.; Usta, s.107.

<sup>17</sup> Helvacı, s.41.

<sup>18</sup> Dural/Ögüz, s.100.

<sup>19</sup> Dural/Ögüz, s.105; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.155; Ayan/Ayan s.155.

<sup>20</sup> Helvacı, s.41; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.106.

<sup>21</sup> İmamoğlu, s.191.

<sup>22</sup> Sevgi Usta, Velayet Hukuku, İstanbul 2016, s.414.(Velayet)

duğu karinesi üzerine inşa edilmiştir<sup>23</sup>. Çocuğun yararının tehlikeye düşmesi halinde sebebine göre çocuğun menfaati dikkate alınarak bazı önlemler alınacaktır. Alınan önlemlerle çocuğun korunmasının sağlanmasıyla birlikte ayrıca çocuğun menfaatine aykırı hareket edilmesi çocuğun kişilik hakkını ihlal edilebilir ve çocuk bu kişilere karşı bazı hukuki yollara da başvurabilir.

Çocuğun kişilik hakkı üçüncü kişilerce ihlal edilebileceği gibi bizzat ana babası tarafından da ihlal edilebilir. Bu halde küçüğün ana babasına karşı korunması sorunu ortaya çıkmaktadır. Küçük çocuk, ana baba tarafından istismar edilmesine karşı mücadele edebilecek durumda değildir<sup>24</sup>. Çocuğun kişilik hakkı ana babası tarafından değişik şekillerde ihlal edilebilir. İnceleme konumuz ana babanın sosyal medya yolu ile çocuğun kişilik hakkının ihlal etmesi olması sebebi ihlal türleri bu kapsamda inceleme altına alınacaktır.

## 2. Sosyal Medya Yolu ile Çocuğun Kişilik Hakkının İhlali

### a. Genel Olarak Sosyal Medya

Günümüzde internet kullanımının yaygınlaşması, bilgisayar teknolojisi ile birlikte mobil teknolojinin de gelişmesi sonucunda sosyal medya dediğimiz sanal bir alem oluşmuştur. Daha önceleri bilgisayardan takip edilen bu alanı artık mobil teknolojinin gelişmesi sonucunda artık her yerden istediğimiz saatte akıllı telefon, tablet bilgisayar vb. kanallarla erişme imkanına sahibiz. Artık bu cihazlar sayesinde her anımızı resim ses ya da video kaydı yolu ile kayıt altına alarak sosyal medya olarak tabir ettiğimiz internet sitelerinden ya da mobil cihazlara yüklediğimiz uygulamalar üzerinden bu platformları kullanan herkesin erişimine açabiliyoruz. Akıllı telefon teknolojisi sayesinde hayatımıza bir çok kolaylık gelmesine karşın sosyal medya yolu ile birtakım kişilik hakkı ihlalleri de meydana gelmektedir. Kullanıcılar bir başkasına ait görüntüyü kişinin izni olmaksızın bu ortamda paylaşabilmekte ve kişilik hakkı ihlallerine sebep olabilmektedir.

Sosyal medya kullanıcıları akıllı telefonlar vasıtası ile kendilerini ve çevresindeki insanların her anını kayıt altına alabilme imkanına sahipler ve bu içerikleri ilgili kişilerin rızasını alarak ya da almayarak sosyal medya üzerinden paylaşmaktadırlar. Kullanıcıların bu paylaşımları yaparken ilgili kişiden izin almaları ya da en azından paylaşılan içeriğin kişinin kişilik hakkını ihlal edici nitelikte olup olmamasına dikkat etmesi gerekir. Aksi takdirde bu ihlaller sebebi ile hukuki sorumluluğu doğacaktır.

Sosyal medya üzerinden ebeveynlerin çocuklarına ilişkin yapacakları paylaşım-

<sup>23</sup> Usta, Velayet, s.418.

<sup>24</sup> İmamoglu, s.191.

larda biraz daha hassas davranması gerekmektedir. Günümüzde bir sosyal medya kullanıcısı olarak ne yazık ki ebeveynlerin bu hassasiyeti göstermediğini görüyoruz. Ebeveynler çocuklarının her halini kayıt altına almakta ve gerekli hassasiyeti göstermeksizin paylaşımlarda bulunmaktadır. Sosyal medya günümüzde yaygın olarak kullanılmaktadır ve paylaşılan görüntüler kolay ve hızlı bir biçimde yayılmaktadır. Söz konusu görüntüler kolayca kayıt altına alınabilmekte ve uzun yıllar boyunca saklanabilmektedir. Kişilik hakkına saldırı niteliğindeki görüntülerin seneler sonra dahi ortaya çıkma riski bulunması paylaşım yaparken ne kadar dikkatli olmamız gerektiğini ortaya koymaktadır.

### **b. Çocuğun Kişilik Hakkının Sosyal Medya Yolu ile İhlali**

Anne babanın küçüklerin fotoğraflarını paylaşmasının velayet hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, fotoğraf paylaşılmasının çocuğun kişilik hakkını ihlal edip etmediği ve ihlal ettiği takdirde hangi kişisel değerleri ihlal ettiği ve ihlal durumunda çocuğun kişiliğinin ana babaya karşı korunmasının gerekip gerekmediği gibi sorunlar karşımıza çıkmaktadır.

Çocuğun fotoğrafının paylaşılması kişilik hakkı kapsamında bazı kişisel değerleri ihlal edebilir. Bu kişisel değerleri; kişinin şeref ve haysiyeti, kişinin hayat alanı ile kişinin kendi resmi üzerindeki hakkı olarak ifade edebiliriz.

Çocuğun onuru ve saygınlığı; onu küçük düşürebilecek, karalayıcı ve aşağılayıcı görüntülerin paylaşılmasıyla ihlal edilebilir. Yapılan paylaşımlar çocuğun özel yaşamının gizliliğinin ayaklar altına alınmasına sebep olabilir<sup>25</sup>. Ayrıca çocuğun görüntüsünün paylaşılması üçüncü kişiler tarafından istismar edilmesine yol açabilir.

Çocuğun anne babası tarafından fotoğrafının paylaşılması kişilik hakkı kapsamında yer alan kişisel değerlerinden öncelikle şeref ve haysiyetini ihlal edebilir. Şeref ve haysiyet kişilik hakkına dahildir. Şeref ve haysiyet iki unsurdan oluşmaktadır. Birincisi herkesin insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu şeref, ikincisi de kişinin kendini geliştirme, ve olgunlaştırma çabaları sonucu elde ettiği değerlerle toplum içinde ulaştığı yerdir<sup>26</sup>. Şeref ve haysiyet doğuştan sahip olunan temel değerler olması sebebiyle hukuk düzeni tarafından da korunmaktadır (AY 17/II, TMK m.24).

Ana babanın çocukları ile ilgili yapacakları paylaşımlarda çocuğun şeref ve haysiyetini ihlal edecek tutumlardan uzak durması gerekmektedir. Uygunsuz bir şekilde fotoğraflarının paylaşılması arkadaş çevresinde çocuğun küçük düşürülmesine ve arkadaşları arasında saygınlığının azalmasına sebep olabilmektedir. Bu da çocuğun

<sup>25</sup> Serozan, s.104.

<sup>26</sup> Dural/Öğüz, s.127; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.168; Ayan/Ayan, s.61.

kişisel gelişimi açısından sorunlar oluşturabilmektedir. Ayrıca çocuğun fotoğrafının üçüncü kişilerin de erişimine açık olacak şekilde paylaşılması daha da büyük sorunlara sebep olabilmektedir. İlk olarak üçüncü kişiler bu fotoğrafları ele geçirdiğinde fotoğraflar üzerinde bazı değişiklikler yapıp daha farklı internet siteleri üzerinde paylaşım yaparak çocuğun kişilik hakkı üzerinde telafisi olmayan büyük sorunlara sebep olabilmektedir. Böyle bir durumun ortaya çıkması hem çocuğun kişilik hakkına bir tecavüz oluşturabilmekte hem de kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından çocukların istismar edilmesine zemin oluşturabilmektedir. Bu konuda ailelerden beklenen çocukların fotoğraflarını paylaşırken gizlilik konusunda özenli davranmaları, üçüncü kişilerin erişmesinin önüne geçmelidir. İkinci olarak da her ne kadar üçüncü kişilerle paylaşmasa da kendi arkadaş çevresinde onur ve saygınlığını küçük düşürülmesine sebep olabilecek fotoğrafların paylaşılmasına özen göstermek olacaktır.

Çocuk bakımından da şeref ve haysiyetin bir kişisel değer olması ve çocuk ile ergin kimseler bakımından herhangi bir ayırım gözetilmemesi sebebi ile bu kişisel değerlerin hem üçüncü kişiler bakımından hem de inceleme konumuzu ilgilendirdiği kısmı bakımından anne baba bakımından ihlal edilmemesi gerekmektedir. Yani herkes bu hakka saygı duymak zorundadır. Anne babanın küçüğün kişilik hakkını ihlal etmemesinin yanında çocuğun şeref ve haysiyetini velayet hakkı kapsamında korumakla da yükümlüdür.

Ana babanın çocuğun fotoğrafını sosyal medyada paylaşması yine kişilik hakkı kapsamında yer alan başka bir kişisel değeri olan kişinin hayat alanı kapsamında da değerlendirilmesi gerekir. Kişinin hayat alanı onun kişiliğinin bir yansımasıdır. Kişinin hayat alanı kişinin hangi olayların açıklanmasını isteyip istemediğine göre üçlü bir ayırma tabi tutulmuştur<sup>27</sup>. Kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanı.

Kişi hayatında yaşadığı bazı şeylerin üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemeyebilir, ya da sadece kendilerine açıkladığı kimseler tarafından bilinmesini ister<sup>28</sup>. Kişi, öğrenilmesini istemediği olayları yalnızca yakın dostları, ailesi, çevresi ya da güvendiği kişiler tarafından bilinmesini isteyebilir. Kişinin özel ve gizlilik alanı kişilik hakkına dahildir ve korunmaya değer kişisel varlıklardır. Kamuya açık alan da bir gizlilik söz konusu değildir ve korunması gerekmez<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Dural/Öğüz s.135; Helvacı, s.61; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.125; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.178; Ayan/Ayan, s.64.

<sup>28</sup> Dural/Öğüz s.136; Helvacı, s.62; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.125; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.178; Ayan/Ayan, s.65.

<sup>29</sup> Dural/Öğüz s.135; Helvacı, s.62; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.126; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.178; Ayan/Ayan, s.64.

Özel yaşama saygı hakkı İHEB m.12<sup>30</sup>, ÇHS m.16<sup>31</sup>, AİHS m.8<sup>32</sup>, MSHS m.17<sup>33</sup> düzenlenmiştir.

ÇHS'nde hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahalede bulunulamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamayacağı, çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hakkın bir yanı çocuğun kişisel ve aile yaşamını idari müdahalelere karşı korumaktayken, diğer taraftan çocuğun ana babası karşısında özel yaşamının düzenlenmesi ve sınırlarını belirlemeyi gerektirmektedir<sup>34</sup>. Anne babanın çocuğun özel yaşamına müdahale hakkı ancak hukuka uygunluk sebebi, ölçülülük ilkesi, çocuğun korunması gereken yararı için velayet sorumluluğu kapsamında söz konusu olabilir<sup>35</sup>.

Türk toplumunun geleneksel yapısı içinde, çocukların özel yaşamının gizliliğine gereken saygının gösterilmediği görülmektedir. Çocuğun da hayat alanının varlığının kabulü gerekir, korunmaya muhtaçtır ve ana baba bu alana saygı duymak zorundadır. Ana baba ancak çocuğun henüz kendine yetmediği, ne yaptığının idrakine varamadığı yaş çağındayken çocuğun yararını gözeterek kontrol amacıyla bu alana müdahale edebilir<sup>36</sup>. Bu amacın dışına çıkılarak çocuğun yararı kavramına dahil olmayan, özel ve gizli alanı sayılabilecek fotoğraflarının paylaşılması kişilik hakkı ihlali oluşturabilir. Örneğin sadece yakın akraba ve dostlarının bilmesini istediği bir engelinin ya da sakatlığının paylaşılması hayat alanını ihlali olarak kabul edilebilir. Yine vücudunu teşhir eden fotoğraflar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu gibi durumlar çocuğun kişilik hakkına bir müdahale oluşturmasının yanında çocuğun kişisel gelişimini de olumsuz etkilemektedir. Ayrıca bu şekilde hareket edilmesi yukarıda açıkladığımız şeref ve haysiyeti de ihlal edebilir. Örneğin çocuğun sakarlığı, üzerine yemek dökül-

<sup>30</sup> İHEB m.12; “Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışamaz, onuruna ve adına saldırılamaz. Herkesin, bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır.”

<sup>31</sup> ÇHS m.16; “Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.”

<sup>32</sup> AİHS m.8; “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

<sup>33</sup> MSHS m.17; “Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasa dışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunamaz. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarda korunma hakkı vardır.”

<sup>34</sup> Usta, s.138.

<sup>35</sup> Usta, s.138.

<sup>36</sup> Reyhani Yüksel, s.128.

müş hali gibi durumlar arkadaş çevresinde küçük düşürülmesine sebep olabilmektedir. Çevresinde küçük düşürülmesi, hor görülmesi gibi durumlar çocuğun kişisel gelişimini olumsuz etkiler ve çocuk güven kaybı problemi yaşayabilir. Bu da velayet hakkı kapsamında değerlendirildiğinde çocuğun menfaatine aykırı bir durum olması sebebiyle velayet hakkının kapsamının aşılması anlamına gelmektedir. Ana babanın bu gibi durumlarda hem kişilik hakkı ihlali sebebi ile hukuki sorumluluğu gündeme gelir hem de ihlalin ağırlığına göre velayet hakkının kapsamının aşılması sebebiyle hakimin müdahalesi ile karşılaşılabirler.

Ana babanın çocuğun fotoğrafının sosyal medyada paylaşması son olarak çocuğun resmi üzerindeki hakkını ihlal edebilir. Kişinin kendi resmi üzerindeki hakkının ihlali genellikle onun şeref ve haysiyetine ya da özel ve gizli hayatına da bir saldırı oluşturur<sup>37</sup>. Ancak bazı durumlarda salt olarak resim üzerindeki hakkı da ihlal edilebilir. Örneğin kişi açıkça resminin yayınlanmasını yasaklamasına rağmen eğer yayınlanmışsa resim üzerindeki hak ihlal edilmiş olur<sup>38</sup>. Çocuklar açısından bu konuda ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Çocuk ayırt etme gücüne sahipse bu istisnayı kabul edebiliriz. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlarda küçüğün bunu idrak etmesi beklenemeyeceği için resminin paylaşılmasının yasaklanmasını da küçükten beklemek zor olacaktır.

Ana babanın yapacağı paylaşımlarla çocuğun şeref ve haysiyeti ile özel ve gizli alanını ihlal edecek paylaşımlar yapmama konusunda özenli davranmaları gerekmektedir. Özenli davranmak, hem çocuğun kişilik hakkının ana baba tarafından ihlal edilmesinin önleyecek hem de çocuğun kişisel gelişimini olumsuz etkilerden koruyacaktır. Ayrıca günümüzde sosyal medyada yapılan paylaşımların kişilik hakkı ihlali ve kişisel gelişim konuları dışında bazı başka olumsuz sonuçlara da sebep olabilmektedir. Cinsel açıdan sapkın bireylerin interneti yoğun olarak kullandığı düşünüldüğünde, ebeveynlerin çocukların her fotoğrafını sosyal medyada paylaşmaları oldukça sakıncalı bir hal alabilir. Kötü emelli bireyler, bu tür fotoğrafları pornografik sitelerde yayınlatabilir. Ayrıca pedofillerin varlığı, fotoğraf paylaşan ailelerin daha dikkatli olmasını gerektirmektedir. Özellikle havuzda, denizde bikinili şekilde kayıt altına alınan görüntülerin paylaşılması noktasında ebeveynler hassas davranmalıdırlar.

Anne babanın bu anlamda bu fotoğrafları hangi amaçla paylaştıklarını kendi kendilerine sorgulamaları gerekir. Arkadaşları ve akrabaları görebilsin diye mi, yoksa kendi psikolojik arzularını tatmin ve çocuk üzerinden takdir toplamak için mi? Son zamanlarda özellikle anneler tarafından, çocuklar gösteriş amacıyla kullanılmakta ya da teşhir edilmektedir. Ayrıca ebeveynler sosyal medyayı genelde bir fotoğraf depolama alanı olarak kullanmaktadır. Böyle durumlarda, sosyal medya hesaplarındaki giz-

<sup>37</sup> Helvacı, 64; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.138; Dural/Öğüz, s.140; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.175.

<sup>38</sup> Dural/Öğüz, s.140.

lilik ayarları büyük önem taşır. Ebeveynler, fotoğrafları sadece kendileri görebileceği şekilde kilitlemelidirler.

Anne-baba, her konuda olduğu gibi sosyal medya kullanımı konusunda da çocuklarına iyi rol model olmalıdır. Anne babalarını rol model alan çocuklar da onların sosyal medya kullanıcılarını taklit etmektedir. Bu da çocukların kendi bedenlerini teşhir etmelerine neden olmakta, kötü niyetli üçüncü kişilerce çocuklar cinsel istismara maruz kalmasına sebep olmaktadır. Bu noktada ana babanın küçüğe ait görüntüleri paylaşma noktasında özenli davranması gerektiğinin yanı sıra küçüğün sosyal medya kullanımı konusunda ana babası tarafından denetlenmesi gerekmektedir. Çünkü belirli bir erginliğe ulaşmamış olan bireyler yapacakları paylaşımlar noktasında gereken özeni gösterememektedir. Bu da iyiniyetli olmayan şahıslar tarafından maalesef çocuk istismarlarına sebep olmaktadır. Özellikle ülkemizde son zamanlarda yaşanan istismar olayları da bunun en çarpıcı örneğidir.

Şu halde çocuk, ana babaya teslim edilmiş obje değildir<sup>39</sup>. Arkadaşları ve akrabaları görebilsin diye ya da kendi psikolojik arzularını tatmin ve çocuk üzerinden takdir toplamak için paylaşımlar yapılmamalıdır, özenli davranmaları gerekmektedir.

Ana baba, çocuğu hak süjesi olarak idrak etmeli ve çocuğun kişiliğine değer vererek çocuğun kişiliğini korumalıdır<sup>40</sup>. Ana baba, velayetten doğan yetkilerine dayanarak velayetin amaca uygun ve gereği gibi yürütülmesi için zorunlu olanın dışında çocuğun kişiliğine müdahalede bulunamaz, çocuğun yararını tehlikeye düşüremez<sup>41</sup>. Aksi takdirde çocuğun korunmasına yönelik önlemlerin alınması yoluna gidilir; keza dava şartlarının oluşması halinde kişiliği koruyucu genel hükümler çerçevesinde bizzat çocuğun da ana baba karşısında kişiliğinin korunmasını talep hakkı mevcuttur. Ayrıca çocuklar ileride, fotoğraflarının bu kadar hoyratça paylaşılmasına, kendilerinin bu kadar görünür kılınmasına tepki gösterebilir. Bu sebeple de kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan tazminat davaları gündeme gelebilir.

Bu gibi sakıncalar dışında anne baba bir samimiyet göstergesi olarak, aile sıcaklığının gösterilmesi, bu sevginin dile getirilmesi anlamında paylaşımlarda bulunabilmelidir. Bu gibi paylaşımlar aile bütünlüğünün daha da pekiştirilmesi ve çocuk ile ana baba arasındaki bağı kuvvetlendirmesi açısından çocuğun menfaatine olduğu sonucuna varılabilir. Örneğin çocuğunun yarışmada aldığı dereceyi, çocuğunun yeteneklerini, çocuğuna karşı duyduğu sevgiyi gösteren anılar paylaşması velayet hakkı kapsamında olduğu kabul edilebileceği için kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilemez. Burada fotoğraf paylaşımının ihlal olarak nitelendirilebilmesi velayet hakkı kapsamına aşan, başka bir deyişle çocuğun kişisel gelişimi açısından menfaatine aykırı

<sup>39</sup> İmamoğlu, s.193.

<sup>40</sup> İmamoğlu, s.193.

<sup>41</sup> İmamoğlu, s.193.

bir tutum olmasına ve kişilik hakkı kapsamında yer alan kişisel değerlere müdahalede bulunulmasına bağlıdır.

### c. Kişilik Hakkının İhlalinde Hukuka Uygunluk Sebepleri ve Özellikle Küçüğün Rızasının Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Değerlendirilip Değerlendirilmemesi

Hukuka aykırı bir biçimde başkasına zarar veren fiili işleyen kimsenin davranışı; mağdurun rızası, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması, haklı savunma, ıztıırar hali, hakkını kendi gücüyle koruma, üstün kamu yararı ya da üstün özel yararın bulunması gibi hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halinde hukuka aykırı olmaktan çıkacaktır. Mağdurun rızası konumuzu ilgilendirdiği kısmı ile detaylı bir şekilde incelenmeye çalışılacaktır.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin geçerlilik şartlarını sağlayan bir rızada bulunması halinde rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecek ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır<sup>42</sup>. Rızanın hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için üç şartın bulunması gerekmektedir.

Geçerli bir rızanın kabulü için öncelikle vazgeçme iradesinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir<sup>43</sup>. Ayrıca rızayı veren kimsenin rızanın sonuçlarını öngörebilecek bir şekilde, tüm riskleri etraflıca gözden geçirmesinden sonra bilinçli ve serbest iradesi ile rızasını açıklaması gerekir<sup>44</sup>. İradenin açıkça ortaya konulması özel olarak kanunda şekil şartının arandığı istisnai durumlar dışında<sup>45</sup> herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Rıza açıkça verilebileceği gibi örtülü olarak da verilebilir.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edebilmemiz için geçerli olması açısından aradığımız diğer bir şart kişinin rızayı vermeye ehil olması gerekir. Bu konuda tam ehliyetliler ile sınırlı ehliyetliler açısından sorun bulunmamaktadır. Ancak özellikle de inceleme konumuz bakımından değerlendirildiğinde küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmaması açısından ikili bir ayırım yapılması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük tam ehliyetsiz olması sebebiyle rızasını açıkça ya da ör-

<sup>42</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.196; Dural/Öğüz, s.149; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.151; Ayan/Ayan s.86; Fulya Erlüle, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, İstanbul 2015, s.156.

<sup>43</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.196; Helvacı, s.105; Helvacı Gerçek Kişiler, s.151; Erlüle, s.157.

<sup>44</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.196; Helvacı, s.107; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.152; Erlüle, s.158.

<sup>45</sup> TMK m.23/III; "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz."



tülü olarak ortaya koymuş olsa bile, ehliyeti bakımından değerlendirildiğinde rızası geçerli kabul edilemeyecektir<sup>46</sup>.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ile birlikte kısıtlıların rızalarının geçerli olabilmesi için kanuni temsilcisinin rızası aranmaktadır<sup>47</sup>. Ancak inceleme konumuz küçüğün kişilik hakkının ana baba tarafından ihlalidir. Ana babanın küçüğün kişilik hakkına yönelik müdahaleleri noktasında hem hukuka aykırılı fiile sebep olması hem de rıza göstermesi aynı anda kabul edilemez. Bu sebeple de ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük açısından ana babası tarafından kişilik hakkına yapılan müdahaleler noktasında rızanın hukuka aykırılığı gidermesi mümkün değildir.

Rızanın geçerli olarak kabul edilip edilemeyeceği ayırt etme gücüne sahip küçükler açısından değerlendirildiğinde, kural olarak ayırt etme gücüne sahip küçükler geçerli olarak tek başlarına rıza gösterebilirler (TMK m.16/II). Ancak bu konuda kişilik hakkına yönelen müdahalenin ağırlığı önem kazanmaktadır. Eğer ayırt etme gücüne sahip olan küçük ihlalin ağırlığı nedeniyle, vereceği rızanın sonuçlarını öngörebilecek nitelikte değilse, küçüğün çıkarlarının gerektiği gibi korunabilmesi amacıyla rızanın geçerli kabul edilebilmesi yasal temsilcisinin onay vermesine bağlıdır<sup>48</sup>.

İnceleme konumuz açısından değerlendirildiğinde; ana babanın küçüğün kişilik hakkına yönelik ihlale sebep olabilecek bir nitelikteki paylaşımı açısından, küçüğün vereceği rızanın sonuçlarını öngöremeyeceği sonucuna varılırsa, ayırt etme gücüne sahip küçüğün vereceği rıza hukuka uygun olmayacaktır. Bu noktada yasal temsilcisi olan ana babasından da onay alınması düşünülemeyeceği için rıza bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacaktır. Ancak bu noktada hakim kişilik hakkına yönelen müdahalelerin önemi bakımından titizlikle değerlendirilme yapılmalı, rızanın hukuka uygun olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirmede bulunulmalıdır. Bu konuda hakim olabildiğince aile yapısına müdahaleden uzak durarak aile içi ilişkilerinin bozulmasının önüne geçmelidir. Bunun yanı sıra çocuğun menfaati gereği velayet hakkının sınırlarının aşılmasına dikkat edilmelidir. Bu kriterler dikkate alınırken insanlık onuru ile bağdaştırılamayacak müdahaleler sebebiyle verilecek rızaların ayrıca ahlaka aykırılık süzgecine takılmaması gerekir.

Rızanın geçerliliği açısından aranan diğer bir unsur da verilen rızanın ahlaka aykırı olmamasıdır. Rızanın ahlaka aykırı olmaması gerektiği TMK m.23'te "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırla-*

<sup>46</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.199; Helvacı, s.106; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.152; Ayan/Ayan, s.86.

<sup>47</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.199; Helvacı, s.106; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.152; Ayan/Ayan, s.86.

<sup>48</sup> Helvacı, s.105; Ayan/Ayan, s.86

*yamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bazı haklar bakımından belli tecavüzlere yönelik rıza gösterilebilir ancak bazı haklara yönelen tecavüzler bakımından geçerli olarak rıza verilmesi mümkün değildir. Örneğin hayat hakkı gibi ya da insanlık onuru ile bağdaştırılamayan tecavüzler bakımından verilen rızalar ahlaka aykırı olması nedeniyle geçerli olmayacaktır<sup>49</sup>. Verilen rızanın ahlaka aykırılık oluşturup oluşturmadığı her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada verilen rızanın yöneldiği kişilik hakkı ihlali eğer önemli ve kalıcı zararlara yol açar, aşırı risk taşırsa; verilecek rıza ahlaka aykırı olmama şartını şartını sağlamadığı için geçerli kabul edilmeyecektir<sup>50</sup>.

Rızanın geçerliliği açısından şekil şartına bağlı olmadığı durumlarda bir davranışın rıza sayılıp sayılmayacağı güven prensibi uyarınca değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>51</sup>. Örneğin, foto muhabirine poz veren bir kişinin fotoğrafının yayınlanması konusunda rızasının varlığı kabul edilmelidir. Ayrıca kişilik haklarına saldırı riski taşıyan bir eylemin içinde bulunan kimsenin bu risk kapsamına giren olası ihlallere uğramaya rızasının var olduğu kabul edilir ve sonrasında, meydana gelen zararın tazminini talep edemez<sup>52</sup>. Ancak unutulmamalıdır ki hem güven prensibi uyarınca hem de belirli risk taşıyan eylemlerin içerisinde yer alınması sebebiyle örtülü olarak bir rızanın varlığının kabulü daha çok ergin kimseler açısından yapılan değerlendirmeler açısından uygun bir yorum olacaktır. Bu noktada küçükler açısından değerlendirme yapılırken küçüğün söz konusu rızanın sonuçlarını öngörebilmesi, ihlalin küçük açısından önemli ve kalıcı zararlara yol açarak kişilik gelişimini olumsuz etkileyebilmesi gibi unsurlar dikkate alınarak geçerlilik denetimi yapılmalı ve rızaya bir sonuç bağlanmalıdır.

Hukuka uygun olmayan rıza, hukuka aykırılığı gidermeyecektir. Ancak hukuka uygun olmayan rıza tazminatta indirim bakımından hakim tarafından dikkate alınır<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Helvacı, s.108.

<sup>50</sup> Helvacı, s.108.

<sup>51</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.200.

<sup>52</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.200; Helvacı, s.104; Erlüle, s.158.

<sup>53</sup> Helvacı, s.104; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.433; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s.217; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2014, s.119; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2015, s.462; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.765.

### 3. Kişilik Hakkına Saldırı Durumunda Kişiyeye Tanınan Başlıca Hukuki İmkanlar

#### a. Genel Olarak

Ana baba tarafından sosyal medyada çocuğun görüntülerinin yayınlanması yurtdışında belirttiğimiz şartların gerçekleşmesi halinde kişilik hakkını ihlaline sebep olabileceğinden bahsettik. Ana babanın herhangi bir şekilde velayet hakkı kapsamında yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda çocuğun yararı tehlikeye düşerse TMK m. 346 vd. hükümleri uyarınca hakim çocuğun korunmasına yönelik uygun önlemleri alacaktır<sup>54</sup>. Çocuğu koruyucu önlemlerin alınması, ana babanın kusurunu gerektirmez. Ayrıca bu önlemler, ana babanın davranışının yaptırım niteliğinde de değildir<sup>55</sup>. Amaç ana babaya yaptırım uygulamaktan ziyade çocuğun sağlıklı bir şekilde bakımı ve korunmasının sağlanmasıdır.

Ayrıca TMK m.24-25 uyarınca da çocuğun ana babasına karşı korunması mümkündür. Ana baba velayet hakkı kapsamında yer alan yükümlülükleri yerine getirmeyen ve çocuğun kişilik hakkını ihlal ederse TMK m. 25 uyarınca çocuk tarafından ana babaya karşı bazı davalar yöneltilir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk, savunma ve manevi tazminat talepleri kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğinde olduğu için doğrudan tek başına ileri sürebilir<sup>56</sup>. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler savunma ve manevi tazminat taleplerini her ne kadar kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hak olsa da ayırt etme gücü olmaması nedeniyle tek başına ileri süremez. TMK m. 426/b.2 uyarınca bir temsil kayyımı atanarak bu talepleri ileri sürebilme imkanı elde edebilir. Kişilik hakkının ihlalden kaynaklanan maddi tazminat talepleri bakımından hem ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük hem de ayırt etme gücüne sahip küçük TMK m.426/b.2 uyarınca temsil kayyımı atanması yoluyla taleplerini ileri sürebilir<sup>57</sup>. Savunma talepleri açısından tanınan davalar; saldırıya son verilmesi davası, saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. Ayrıca savunma talepleri dışında maddi ve manevi tazminat davaları da açılabilir.

#### b. Saldırıya Son Verilmesi Davası

Kişilik hakkına yönelik haksız bir saldırı söz konusuysa ve bu saldırı devam etmekteyse saldırıya son verilmesi davası açılması gerekir. Saldırı sona ermiş olup da

<sup>54</sup> Ayırtımlı bilgi için bkz. Dural/Öğüz, s. 351 vd.; İmamoğlu, s.193 vd.; Öztan, s.1133 vd.; Kılıçoğlu, Aile, s.643 vd..

<sup>55</sup> Öztan, s.1133; İmamoğlu, s.194.

<sup>56</sup> Ali Naim İnan/Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s.477; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.223; Helvacı, s.157; Ayan/Ayan, s.100; İmamoğlu s.216.

<sup>57</sup> İmamoğlu, s.216; Özge Yücel, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara 2011, s.55.

etkisi devam ediyorsa, açılacak dava saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası olacaktır<sup>58</sup>. Saldırıda bulunan kimsenin kusuru aranmaz. Saldırıya uğrayan kimse saldırının sona erdirilmesi davasını açabilir. Küçüğe karşı ana babası tarafından yukarıda açıkladığımız şartların varlığı halinde kişilik hakkına yönelik bir saldırı söz konusu olursa ve saldırı halen devam etmekteyse çocuk ayırt etme gücüne sahipse kendisi doğrudan, ayırt etme gücüne sahip değilse temsil kayyımı atanması yoluyla ana babasına karşı saldırıya son verilmesi davası açabilir.

### c. Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi Davası

Küçük saldırı tehlikesi altındaysa ana babasına karşı saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açabilir. Dava sonucunda saldırıda bulunacak kimsenin saldırı teşkil edecek olan davranışından kaçınmasına yönelik bir mahkumiyet kararı verilir. Bu dava kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı saldırı tehlikesinin ciddi ve yakın olması halinde açılabilir<sup>59</sup>. Ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı devam ettiği sürece bu davanın açılması mümkündür. Eğer tehlike gerçekleşmiş, saldırı meydana gelmişse açılacak dava saldırının sona erdirilmesi davası olacaktır<sup>60</sup>.

### d. Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası

Kişilik hakkına saldırının sona ermesine rağmen etkilerinin devam etmesi halinde açılacak bir dava türü saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. Genel nitelikteki tespit davasının kişilik hakkının korunması bakımından özel olarak düzenlenmiş şeklidir<sup>61</sup>. Saldırıya son verilmesi ile maddi ve manevi tazminat davaları bakımından hakim öncelikle hukuka aykırılığı tespit eder daha sonrasında açılan dava türüne göre kararını verir. Ayrıca TMK m.25 saldırının hukuka aykırılığı tespit eden tespit kararının, davacının talebi halinde gerekiyorsa yayınlanmasına ya da üçüncü kişilere bildirilmesine karar verilebileceğini düzenlemektedir. Kararın ilanı; saldırının sona eren etkisinin bertaraf edilmesinin yanında ayrıca manevi bir tatmin sağlama işlevi gördüğü de söylenebilir<sup>62</sup>.

### e. Maddi Tazminat Davası

Kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı nedeniyle maddi zarara uğrayan küçük ana babasına karşı maddi tazminat davası açabilir. Maddi zarar, haksız fiil

<sup>58</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.224; Helvacı, s.130; Dural/Öğüz, s.152; Ayan/Ayan, s.93.

<sup>59</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.226; Ayan/Ayan, s.92; Dural/Öğüz, s.153; Helvacı, s.129; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.162.

<sup>60</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.226; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.162; Dural/Öğüz, s.153.

<sup>61</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.228; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.165; Dural/Öğüz, s.154.

<sup>62</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.229; Ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, s.138 vd..

neticesinde kişinin malvarlığında meydana gelen azalmayı ifade eder<sup>63</sup>. Bu davanın kabul edilebilmesi için haksız fiilin şartların açılacak dava bakımından gerçekleşmesi gerekir. Bu sebeple açılacak maddi tazminat davasında; hukuka aykırı saldırı, maddi zarar, saldırı ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve saldırıyı gerçekleştiren failin kusuru şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir<sup>64</sup>.

Konumuz açısından değerlendirildiğinde ana babanın velayet hakkı kapsamı dışına çıkarak çocuğun kişilik hakkını ihlal edecek nitelikteki görüntülerinin paylaşılması çocuğun malvarlığında bir azalmaya sebep olabilir. Örneğin ana babasının sosyal medyada paylaştığı görüntüler nedeniyle çocuk arkadaş çevresinde alay konusu olabilir. Alay konusu olması çocuğun küçük düşürülmesine ve hor görülmesine sebep olması nedeniyle küçük yaşta ki çocuk psikolojik sorunlar yaşayabilir. Yaşadığı psikolojik sorunlar nedeniyle tedavi görmesi gerekebilir ve bu durum bazı tedavi masrafları kalemlerinin oluşmasına sebep olur. Tedavi masrafları da çocuğun malvarlığına sahip olduğunu kabul edersek, çocuğun malvarlığında azalmaya sebep olacaktır. Bu sebeple çocuğun hukuka aykırı bir şekilde fotoğrafının paylaşılması, ana babanın kusuru, tedavi masrafları ile saldırı arasında uygun illiyet bağının bulunması ve tedavi masraflarının çocuğun malvarlığında azalmaya sebep olması sebebiyle maddi tazminat talebinin şartlarının gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir. Maddi tazminatın şartları gerçekleştiği takdirde yukarıda da açıkladığımız üzere, küçük ayırt etme gücüne sahip olsun ya da olmasın taleplerini TMK m. 426/b.2 uyarınca bir temsil kayyımı atanarak ileri sürebilir.

#### **f. Manevi Tazminat Davası**

Küçüğün ana babası tarafından sosyal medyada görüntülerinin yayınlanmasının bazı kişisel değerlerini ihlal edebileceğinden yukarıdaki açıklamalarımızda bahsettik. Onur ve saygınlığının ihlali, özel ve gizli alanının ihlal edilmesi ve nihayetinde çocuğun kendi resmi üzerindeki hakkının ihlal edilmesi halinde ana babanın manevi tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir. Manevi tazminat talep edilebilmesi için arayacağımız ilk şart kişilik hakkına yönelik bir saldırı olması gerekir. İkinci olarak ihlale yönelen saldırının hukuka aykırı olması gerekir<sup>65</sup>. Hukuka aykırı saldırı sonucu kişilik hakkının ihlal edilmiş olması aranır, saldırı olmasına rağmen bir kişilik hakkı ihlali gerçekleşmemişse manevi tazminat açısından bu şartın gerçekleşmedi-

<sup>63</sup> Kılıçoğlu, s.306; Reisoğlu, s.170; Oğuzman/Öz, s.38; Antalya, s.86; Eren, s.724.

<sup>64</sup> Helvacı, Gerçek Kişiler, s.166; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.231; Ayan/Ayan, s.96; Dural Öğüz, s.157; Kılıçoğlu, s.286; Reisoğlu, s.164; İnan/Yücel, s.381; Oğuzman/Öz, s.12; Antalya, s.15; Eren, s.516.

<sup>65</sup> Antalya, mutlak korunan hukuki değer olan kişilik hakkına her saldırı hukuka aykırıdır. Bu aykırılığın belirlenmesinden sonra hukuka uygunluk sebeplerinin varlığının bulunmaması halinde sorumluluk doğacaktır (s.160).

ğinin kabulü gerekir<sup>66</sup>. Örneğin çocuğun arkadaş çevresinde küçük düşürülmesine sebep olabilecek fotoğrafının kayıt altına alınmasına rağmen sosyal medyada üçüncü kişilerle paylaşılmaması bir saldırı olduğunu ancak henüz kişilik hakkını ihlal edilmediğini gösterir.

Manevi tazminat açısından aranan üçüncü şart, bir manevi zarar meydana gelmelidir. Manevi zarar deyimi ile kişilik hakkının ihlalinin dolayı duyulan acı, elem ve ızdırap kastedilir<sup>67</sup>. Her kişilik hakkı ihlalinin mutlaka bir manevi zarara yol açtığı söylenemez<sup>68</sup>. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar bakımından manevi zararın kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır<sup>69</sup>. Ancak küçük, kişilik hakkına saldırı sebebiyle oluşan elem ve ızdarabı hissedemeyecek derecede ayırt etme gücünden yoksunsa manevi zararın oluştuğunun kabul edilmesi güç olacaktır<sup>70</sup>. Burada ayırt etme gücü olmayan küçüğün manevi zarar talep edebilmesi için ihlal sebebiyle oluşan elem ve ızdarabı hissedebilmesi gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün ileride bu acıyı hissedebileceğinin söylenebilecek olması aranır<sup>71</sup>. Dördüncü şart olarak oluşan manevi zarar ile hukuka aykırı saldırı arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Yani meydana gelen olayların oluşan manevi zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığı sorgulanır.

Son şart olarak hukuka aykırı saldırı sonucu manevi zararın oluşmasına sebebiyet veren failin kusurlu olması aranır<sup>72</sup>. Kusur TBK m.58'de manevi tazminatın koşulları arasında düzenlenmemiştir. Manevi tazminat bakımından kusur; kişiyi kusur sorumluluğu ya da objektif sorumluluk hallerinden birine tabi olup olmaması açısından önem arz etmektedir<sup>73</sup>. Kusuru, hukuka aykırı fiil neticesinde oluşan sonucu isteye-

<sup>66</sup> Antalya, s.161; Oğuzman/Öz, s.257; Reisoğlu, s.241; Yarg. 18 HD. 26.01.2012, K.2012/590: ...meydana gelen hasar ve zararın, davacının kişilik haklarına yönelik bir özelliği bulunmayıp, doğrudan doğruya malvarlığı hakkına tecavüz niteliği taşıdığı ve salt maddi tazminatı gerektirebileceği gözetilmeden, maddi tazminatın yanında manevi tazminata da hükmedilmesi isabetsizdir (Yarg. Kar. Derg. 2012, S.4, s.742).

<sup>67</sup> İnan/Yücel, s.401; Antalya, s.170; Oğuzman/Öz, s.40; Eren, s.532.

<sup>68</sup> Oğuzman/Öz, s.264; Antalya, s.170; Reisoğlu, s.241.

<sup>69</sup> Bir fikre göre ayırt etme gücüne sahip olmayanlar açısından manevi zarar söz konusu olmaz (Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altıp, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.667). Başka bir görüş ise manevi tazminatı sadece bir tatmin değil bir bakıma faili cezalandırma amacı taşıması sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmayanlar bakımından da manevi tazminatın istenebileceğini kabul etmektedir (Türk Meş'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s.331). Tüzel kişiler ile ayırt etme gücüne sahip olmayanların manevi tazminat talep edebilmeleri hakkında ayrıca bkz. Eren, s.535 vd..

<sup>70</sup> Oğuzman/Öz, s.265.

<sup>71</sup> Oğuzman/Öz, s.265.

<sup>72</sup> Antalya, s.173; Oğuzman/Öz, s.267; Eren, s.795.

<sup>73</sup> Ayrıca bir kimsenin kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüz sonucu uğranılan manevi zararı tazminle bir kişinin sorumlu tutulabilmesi açısından sorumluluğunu gerektiren bir kusursuz sorumluluk hali de söz konusu olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s.267.

rek veya oluşan sonucu göze alarak hareket etme veyahut sonucu önleme hususunda gerekli özeni göstermeme olarak ifade edebiliriz. Konumuz açısından değerlendirildiğinde ana babanın küçüğün görüntülerini paylaşma noktasında yeterli özeni göstermemesi velayet hakkının sınırının aşılması neticesinde küçüğün kişilik hakkının ihlaline sebep olabilir. Kişilik hakkını oluşturan değerlerden şeref ve haysiyeti, özel ve gizli alanı ve resmi üzerindeki hakkının ihlal edilmesi neticesinde bir manevi zarar oluşabilir ve küçük, ana babasına karşı manevi tazminat davası yöneltilebilir. Burada ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük açısından, oluşan manevi zararı hissedebilmesi ya da en azından ileride bu zararı hissedebileceğinin söylenebilmesi gerekir<sup>74</sup>.

Küçüğün ana babasından manevi tazminat talebi bakımından ana babasına karşı duyulan yakınlık da göz önüne alınmalıdır. Çok yakın dost ve hısımlar, özellikle eşler, ana baba ve çocuklar arasında istenen manevi tazminat talepleri bakımından hakim çok hassas ve dikkatli davranması gerekir<sup>75</sup>. Ayrıca manevi zararın şartları gerçekleştiği takdirde yukarıda da açıkladığımız üzere ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük kendisi doğrudan talepte bulunamayacak TMK m. 426/b.2 uyarınca bir temsil kayyımı atanarak bu taleplerini ileri sürebilecektir. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük ise kendisi doğrudan manevi zararını talep edebilir.

### **g. Kişilik Hakkına Saldırı Neticesinde Elde Edilen Kazancın İadesi**

Kişilik hakkına saldırı sebebiyle küçüğün elde edemeyeceği kazancı ana babası elde etmişse TBK m.530 uyarınca vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak saldırıdan elde edilen kazancın verilmesine yönelik dava açılabilir. Burada mağdurun yani küçüğün elde edemeyeceği bir kazanç söz konusu olması gerekir. Eğer küçüğün elde edebileceği bir kazanç söz konusu ise bu talebini maddi tazminat kapsamında talep edebilir<sup>76</sup>. Başka bir deyişle mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı fail saldırı neticesinde elde etmişse mağdurun bir zararı söz konusu olmaz, bu kazanç TBK m. 530 uyarınca talep edilebilir<sup>77</sup>. Örneğin küçüğün resminin hukuka aykırı bir şekilde sosyal medyada paylaşılmış olabilir ve bunun neticesinde ana babası bir kazanç elde etmiş olabilir. Küçük söz konusu kazancın iadesini talep edebilir ve bunun için ana babasının kusurlu olması gerekmez.

Küçüğün sosyal medyada görüntülerinin paylaşılması neticesinde kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan maddi tazminat, manevi tazminat ve saldırıdan elde edilen kazancın iadesine yönelik açılacak olan davalarda zamanaşımı TBK m.72 uya-

<sup>74</sup> Oğuzman/Öz, s.265.

<sup>75</sup> Eren, s.791.

<sup>76</sup> Dural/Öğüz, s.156; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.239.

<sup>77</sup> Helvacı, Gerçek Kişiler, s.170; Ayan/Ayan, s.105; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.239; Dural/Öğüz, s.156.

rınca zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

## SONUÇ

Velayet hakkının kapsamı TMK m.339'da düzenlenmiştir. Ana baba çocuğun menfaatini göz önünde bulundurarak bakımı ve eğitimi konusunda gerekli kararları alabileceklerdir.

Çocuk doğduğu andan itibaren bağımsız bir kişiliğe sahiptir. Her ne kadar velayet hakkı ile çocuk ile ana baba arasında bir ilişki kurulsa da her ikisi de eşit hak süjesidir. Bu sebeple de ana babanın çocuğunun bağımsız bir kişiliğe sahip olduğunu idrak etmesi ve kişiliğine saygı duyması gerekir. Velayet hakkının amacı olan çocuğun menfaati de bunu gerektirir.

Çocuğun bağımsız bir kişiliğinin olması hem ana babanın hem de üçüncü kişilerin bu alana saygı duymasını gerektirir. Bu anlamda kişilik hakkı değerlerinin ihlal edilmemesi gerekir. Özellikle ana babanın velayet hakkının altına sığınarak çocuğunun menfaatine aykırı olacak bir biçimde kişilik hakkına müdahalelerden uzak durması gerekir. Çünkü çocuk bedensel, zihinsel, ekonomik ve sosyal yönden güçsüz ve bağımlıdır. Çocuğun bu şekilde güçsüz ve bağımlı olması ana babanın çocuk üzerinde her türlü tasarrufta bulunmasını gerektirmez. Çocuk ana babasına teslim edilmiş bir obje değildir.

Günümüzde sosyal medya insanlar tarafından yoğun olarak kullanılmaktadır. Bu mecrada insanlar; anlık durumlarını, görüşlerini, fotoğraf ve video yolu ile kullanıcılarla paylaşmaktadırlar. Kullanıcıların sosyal medyanın kullanım amacının dışında çıkması durumunda ise kişilik hakkı kapsamında yer alan bazı değerler ihlal edilerek bazı hukuki ve cezai sorumluluklarla karşılaşabilirler.

Günümüzde özellikle ana babalar çocuklarının her halini bu mecrada paylaşarak kişisel bir tatmin sağlama peşine düşmüşlerdir. Ancak paylaşılan görüntüler kimi zaman çocuğun kişisel gelişimi açısından sakıncalar doğurmakla birlikte sosyal medyanın bazı kimselerce kötüye kullanılması sebebiyle çocuk istismarının da önünü açmaktadır. Özellikle son zamanlarda pedofillerin sayısının gözle görülür bir şekilde artmasının bir sebebi de ana babası tarafından çocuğun özensiz bir şekilde davranarak vücudunu teşhir eden görüntülerinin paylaşılmasıdır.

Çocuğun bağımsız bir kişiliğe sahip olması nedeniyle yapılacak paylaşımlar çocuğun kişilik hakkının ihlaline neden olabilir ve ana babanın çocuğuna karşı hukuki sorumluluğu gündeme gelebilir. Ayrıca bu velayet hakkının amacı olan çocuğun menfaatine de aykırıdır. Çocuğun menfaatine aykırı hareket edilmesi halinde ağırlığa göre bazı önlemler alınması da mümkündür.



Çocuğun sosyal medyada yapılan paylaşımlar neticesinde kişilik değerlerinden onur ve saygınlığı, hayat alanı ve resmi üzerindeki hakkı ihlal edilebilir. Ana babanın çocuğun kişilik hakkına yönelik haksız saldırıları karşısında saldırı tehlikesinin önlenmesi, hukuka aykırılığın tespiti, saldırıya son verilmesi gibi savunma talepleri olabilir. Ayrıca şartlarının gerçekleşmesi halinde maddi ve manevi tazminat talebinin yanı sıra kişilik hakkına haksız saldırı neticesinde elde edilen kazancın iadesi talebi de mümkündür.

Çocuk belirli bir erginliğe ulaşana kadar korunmaya muhtaçtır ve bunu en iyi yerine getirecek olan ana babasıdır. Ana babasının çocuğun menfaatine aykırı bir davranışı sebebiyle hakim müdahalesi gündeme geldiğinde çok hassas davranılması gerekir. Çünkü çocuğu en iyi yetiştirecek olan, aile sıcaklığını ve bütünlüğünü yaşatacak olan ailesidir. Bu bütünlüğe zarar verecek olan her türlü müdahaleden uzak durulması gerekir. Çocuk ile ana babanın karşı karşıya getirilmesinden kaçınılması gerekir. Burada ana babanın ihmali ve özensizliği sonucu oluşacak sorumluluğu ile çocuğun menfaati arasında bir denge kurulması gerekir. Her ne kadar çocuk kişilik hakkının ihlali neticesinde bir takım hukuki imkanlar elde etse de, eğer bu çocuk ile ana babası arasındaki ilişkiye zarar verecek nitelikte bir sonuç doğuracaksa çocuğa bu imkanı sağlamamak gerekir. Çocuğun yeri ailesinin yanındır. Hakim bu gibi durumlarda bu dengeyi titizlikle gözetmeli takdir yetkisini buna göre kullanmalıdır.

## **KAYNAKÇA**

- Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya, Aile Hukuku, İstanbul 2016.
- Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2015.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya 2013.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper, Türk Özel Hukuku C.3 Aile Hukuku, İstanbul 2016.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Erlüle, Fulya, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, İstanbul 2015.
- Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013. (Gerçek Kişiler)
- Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar; İstanbul 2001.
- İmamoğlu, Hülya, Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, AÜHFD, Ankara 2005, Cilt 54, S.2.
- İnan, Ali Naim/Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2016. (Aile)
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.

- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2014.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.
- Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Ankara 2012.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014.
- Reyhani Yüksel, Sera, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016.
- Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
- Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Usta, Sevgi, Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul 2012.
- Usta, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016. (Velayet)
- Yıldırım, Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014.
- Yücel, Özge, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara 2011.

# 6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU VE İLGİLİ SERMAYE PİYASASI KURULU TEBLİĞLERİ KAPSAMINDA SERBEST FONLARIN (HEDGE FONLAR) REGÜLASYONU

(Regulation of Hedge Funds Within The Scope of Capital Market Law Numbered 6362 and Related Capital Markets Board of Turkey Communiqués)

Yrd. Doç. Dr. Nesrin AKIN SUNAY\*

## ÖZET

Serbest fonlar belirli portföy ve işlem sınırlamalarına tabi olmaksızın fonun bilgilendirme dokümanlarında yer alan yatırım stratejileri ve limitleri dahilinde yatırım yapabilirler. Serbest fonların katılma paylarının satışını yapacak kuruluşlar, katılma payı satışlarının bu konuda yeterli bilgi ve deneyime sahip satış personeli tarafından gerçekleştirilmesini temin ederler. Söz konusu kuruluşlar, satış yapılan yatırımcıların nitelikli yatırımcı vasıflarını haiz olduklarına dair bilgi ve belgeleri temin etmek ve düzenli olarak tutmakla yükümlüdürler. Makalede, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri kapsamında serbest fonların regülasyonu incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, Kolektif yatırım kuruluşu, Yatırım fonu, Serbest fon, Hedge fon.

## *Abstract*

Hedge funds may make investments pursuant to their investment strategies and limits specified in the information documents without being subject to the specified portfolio and transaction limitations. Institutions assigned for sales of units of hedge funds are under obligation to obtain and regularly keep all information and documents demonstrating that the investors to whom fund units are sold are qualified investors. In this article, the regulation of hedge funds within the scope of Capital Market Law numbered 6362 and related Capital Markets Board Of Turkey Communiqués is examined.

**Keywords:** Capital Markets Law numbered 6362, Undertakings for collective investment, Mutual fund, Hedge fund.

---

\* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

Tüm yatırımcılara açık olmayan, mutlak getiri elde etmek için aktif ve saldırgan çeşitli yatırım stratejileri izleyen ve bu doğrultuda net bir yatırım stratejisi bulunmayabilen, yatırım stratejilerini sürekli değiştiren, çoklu varlık gruplarına yatırım yapan hedge fonlar, uluslararası finansal piyasalarda önemli bir konum elde etmeye başlamıştır. Hedge fonların geleneksel yatırım araçlarına göre göreceli daha yüksek getiriye sahip olmaları, yatırım yapılan sermaye piyasası araçlarında çeşitlendirme olanağı sağlayarak portföy riskini azaltması gibi nedenlerle hedge fonlara ilgi artmaktadır<sup>1</sup>.

Hedge fonlar, mevzuatımızda serbest fon olarak adlandırılmıştır. Serbest fonlar, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın Seri: VII No:10 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin<sup>2</sup> 5' inci maddesinde Seri: VII No:29 sayılı Tebliğ<sup>3</sup> ile yapılan değişiklik sonrasında, *"Katılma payları sadece nitelikli yatırımcılara satılmak üzere kurulmuş olan fonlar ise "SERBEST YATIRIM FONLARI" (HEDGE FUNDS) olarak adlandırılır."* hükmü ile tanımlanmış ve maddeye son fıkra olarak eklenmiştir. Seri VII No:10 sayılı Tebliğ, III-52.1 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği<sup>4</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır.

III-52.1 sayılı Tebliğde, *"serbest yatırım fonu"* kavramı yerine *"serbest fon"* kavramı kullanılmıştır. Serbest fon, III-52.1 sayılı Tebliğin 25' inci maddesinde bir yatırım fonu türü olarak düzenlenmiş, ancak bu fon türünün açık bir tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, aynı maddenin 4' üncü bendinde serbest fonların katılma paylarının satışını yapacak kuruluşlar, satış yapılan yatırımcıların nitelikli yatırımcı vasıflarını haiz olduklarına dair bilgi ve belgeleri temin etmek ve düzenli olarak tutmakla yükümlü kılınmışlardır. Aynı maddede serbest fonların, belirli portföy ve işlem sınırlamalarına tabi olmaksızın yatırım stratejileri ve limitleri dahilinde yatırım yapabilecekleri de düzenlenmiştir. Bu kapsamda mevzuatımız bakımından serbest fonların, fon katılma payları nitelikli yatırımcılara satılabilecek olan, belirli portföy ve işlem sınırlamalarına tabi olmaksızın yatırım stratejileri ve limitleri dahilinde yatırım yapabilen bir yatırım fonu türü olduğu belirtilebilecektir. Bu tespitimiz, serbest fonların temel özelliklerini de ortaya koymaktadır.

<sup>1</sup> Adem Anbar, *"Hedge Fonlar ve Şeffaflık Sorunu"*, [http://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG\\_/24/11-23.pdf](http://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG_/24/11-23.pdf) (15 Mayıs 2015); Songül Kakilli Acaravcı, *"Finansal Piyasalarda Hedge Fonlar: Strateji ve Riskler"*, **Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, Haziran 2010, s.84; Yılmaz Akyüz ve Mehtap Karakoç, *"Yapısı, İşleyişi ve Genel Özellikleri İle Hedge Fon Gerçeği"*, **Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, Sayı:2, 2011, s. 73.

<sup>2</sup> 19 Aralık 1996 tarih ve 22852 sayılı Resmi Gazete (RG)'de yayımlanmıştır.

<sup>3</sup> 22 Eylül 2006 tarih ve 26297 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

<sup>4</sup> 9 Temmuz 2013 tarih ve 28702 sayılı RG'de yayımlanan Tebliğ, 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Makalemizde, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri kapsamında serbest fonların regülasyonu ele alınmış ve konu ile ilgili önerilerimiz sunulmuştur.

## I. Serbest Fonların Tanımı ve Hukuki Niteliği

Serbest fonlar<sup>5</sup>, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn)<sup>6</sup> kapsamında yatırım fonlarının bir türü, yatırım fonları ise kolektif yatırım kuruluşu olarak düzenlenmiştir<sup>7</sup>.

Kolektif yatırım kuruluşları, şirket esasına dayanan yatırım ortaklığı, sözleşme esasına dayanan yatırım fonu ve investment trust<sup>8</sup> şeklinde üç farklı hukuki yapıda kurulmaktadır. Devredilebilir Menkul Kıymetlere Yatırım Yapan Kolektif Yatırım Kuruluşlarına İlişkin Kanunların, Tüzüklerin ve İdari Hükümlerin Koordinasyonuna İlişkin 13 Temmuz 2009 tarih ve 2009/65/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (UCITS)<sup>9</sup> kapsamında İsviçre dâhil olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde yatırım fon ve ortaklıkları aynı hukuki esaslar çerçevesinde kurulmakta ve faaliyet göstermektedir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun kolektif yatırım kuruluşları ile ilgili hükümleri de esas olarak UCITS Direktifi ile uyumludur<sup>10</sup>.

Yatırım fonu, SPKn'nun 52' nci maddesinin ilk fıkrasında, SPKn hükümleri uyarınca tasarruf sahiplerinden fon katılma payı<sup>11</sup> karşılığında toplanan para veya

<sup>5</sup> Mevzuatımızda "serbest fon" olarak adlandırılan "hedge fon" ların tarihsel gelişimi hakkında bkz. Nuray Terzi, **Hedge Fonlar**, İstanbul: Beta, 2014, s.11-15.

<sup>6</sup> 30 Aralık 2012 tarih ve 28513 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

<sup>7</sup> SPKn m.35'te kolektif yatırım kuruluşları sermaye piyasası kurumlarından biri olarak sayılmış, SPKn m.3/1(m)'de ise kolektif yatırım kuruluşlarının, yatırım fonları ve yatırım ortaklıklarını ifade ettiği düzenlenmiştir. Kolektif yatırım kuruluşlarının kuruluş ve faaliyetlerinde uyulması gereken üç temel ilke, portföyün halktan toplanan sermaye ile oluşturulması; portföyün riskin dağıtılması ilkesine göre yönetilmesi ve portföyün uzmanlarca yönetilmesidir. Bkz. Füsun Nomer Ertan, "6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı", **İÜHFİM**, C.LXXI, S.2, 2013, s.132.

<sup>8</sup> "Investment trust", Türk hukukuna yabancı olan ve genellikle Anglo-Amerikan hukukunun uygulandığı ülkelerde rastlanılan bir hukuki yapıdır. Bkz. Nomer Ertan, Kolektif Yatırım Kuruluşları, s.134.

<sup>9</sup> 2010/78/EU, 2011/61/EU, 2013/14/EU ve 2014/91/EU sayılı Direktiflerle değişiklik yapılan 2009/65/EC sayılı UCITS Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02009L0065-20140917&qid=1432816031795&from=EN> (20 Mayıs 2015).

<sup>10</sup> Nomer Ertan, Kolektif Yatırım Kuruluşları, s.134; Nusret Çetin, Hatice Ebru Töremiş ve Zeynep Cantimur, **6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiği Analizi**, Ankara: Yetkin, 2014, s.98 vd.. UCITS Direktifi'nin Amerikan hedge fon yöneticileri üzerindeki etkisi hususunda bir değerlendirme için bkz. Nicolas Fermaud, "UCITS—The New Panacea for US Hedge Fund Managers?", **The Investment Lawyer**, Vol.21, No.5, May 2014, s. 12 vd..

<sup>11</sup> III-52.1 sayılı Tebliğ m.3/1(l)'de "Katılma payı", yatırımcının sahip olduğu hakları taşıyan ve fona katılımını gösteren, kayden izlenen sermaye piyasası aracı olarak tanımlanmıştır.

diğer varlıklarla, tasarruf sahipleri hesabına, inançlı mülkiyet<sup>12</sup> esaslarına göre SPK tarafından belirlenen varlık ve haklardan oluşan portföy veya portföyleri işletmek amacıyla portföy yönetim şirketleri tarafından fon iç tüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan mal varlığı olarak tanımlanmıştır.

Portföy yönetim şirketi, fonu, yatırım fonu katılma payı sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde temsil eder, yönetir veya yönetimini denetler. Portföy yönetim şirketi, yatırım fonuna ait varlıklar üzerinde kendi adına ve fon hesabına mevzuat ve fon iç tüzüğüne uygun olarak tasarrufta bulunmaya ve bundan doğan hakları kullanmaya yetkilidir<sup>13</sup>. Portföy yönetim şirketi ile katılma payı sahipleri arasındaki ilişkilere SPKn'da, ilgili mevzuatta ve fon iç tüzüğünde hüküm bulunmayan hallerde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır<sup>14</sup>.

Bu kapsamda yatırım fonu,

- SPKn hükümleri uyarınca tasarruf sahiplerinden fon katılma payı karşılığında toplanan para veya diğer varlıklarla, tasarruf sahipleri hesabına, inançlı mülkiyet esaslarına göre SPK tarafından belirlenen varlık ve haklardan oluşan portföy veya portföyleri işletme amacıyla bir portföy yönetim şirketi tarafından kurulan;

-Kuruluşu SPK iznine tabi ve fon iç tüzüğü SPK tarafından onaylanan;

- Portföy saklama hizmetini yürütmek üzere SPK tarafından yetkilendirilmiş bir kuruluş ile anlaşması bulunan;

- Portföy yönetim şirketi ile fon katılma payı sahipleri arasındaki ilişkilere SPKn'da, ilgili mevzuatta ve fon iç tüzüğünde hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanan;

- Tapuya tescil işlemleri ile sınırlı olarak tüzel kişiliği haiz addolunan<sup>15</sup>, ancak bu işlemler dışında tüzel kişiliği bulunmayan bir malvarlığı<sup>16</sup>;

<sup>12</sup> Borsada kurumsal yatırımcılar tarafından yapılan yatırımların inançlı mülkiyet esasları kapsamında değerlendirmesi için bkz. Serkan Yılmaz Kandır, "İnançlı Mülkiyet İlkesinin İMKB'de İncelenmesi", **BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi**, Cilt:3 Sayı:1, 2009, s.81 vd..

<sup>13</sup> SPKn m.52/3.

<sup>14</sup> SPKn m.52/4.

<sup>15</sup> Yatırım fonu her ne kadar tüzel kişiliği olmayan malvarlığı olarak tanımlansa da, tapuya tescil işlemleri ile sınırlı olarak tüzel kişiliği haiz addolunur. Yatırım fonu portföyünde bulunan taşınmazlar, taşınmaza dayalı haklar ve senetler tapu kütüğüne fon adına tescil edilir. Tapuda fon adına yapılacak işlemler, portföy yönetim şirketi ile portföy saklama hizmetini yürüten kuruluş yetkililerinin müşterek imzalarıyla gerçekleştirilir (SPKn m.52/5).

<sup>16</sup> Yatırım fonunun mal varlığı, portföy yönetim şirketi ve portföy saklama hizmetini yürütecek kuruluşun mal varlığından ayrıdır. Yatırım fonunun mal varlığı, fon hesabına olması ve fon iç tüzüğünde hüküm olması şartı ile kredi almak, türev araç işlemleri, açığa satış işlemleri veya yatırım fonu adına taraf olunan benzer nitelikteki işlemlerde bulunmak dışında teminat gösterilemez

- Kolektif yatırım kuruluşu olarak kabul edilen bir sermaye piyasası kurumudur.

Yatırım fonlarında, fon katılma payı sahibi yatırımcı ile fon kurucusu portföy yönetim şirketi arasında sözleşmeye dayalı *sui generis* nitelikte hukuki bir ilişki kurulmaktadır. Sermaye piyasası mevzuatında ve fon içtüzüğünde hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin hükümleri uygulanacaktır<sup>17</sup>.

Serbest fonlar ise, Seri: VII No:10 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin 5 inci maddesinde Seri: VII No:29 sayılı Tebliği ile yapılan değişiklik sonrasında, “Katılma payları sadece nitelikli yatırımcılara satılmak üzere kurulmuş olan fonlar ise “SERBEST YATIRIM FONLARI” (HEDGE FUNDS) olarak adlandırılır.” hükmü ile tanımlanmış ve maddeye son fıkra olarak eklenmiştir. Seri VII No:10 sayılı Tebliğ, III-52.1 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

III-52.1 sayılı Tebliğde, “serbest yatırım fonu” kavramı yerine “serbest fon” kavramı kullanılmıştır. Serbest fon, III-52.1 sayılı Tebliğin 25’ inci maddesinde bir yatırım fonu türü olarak düzenlenmiş, ancak bu fon türünün açık bir tanımı yapılmamıştır<sup>18</sup>. Bununla birlikte, aynı maddenin 4’ üncü bendinde serbest fonların katılma paylarının satışını yapacak kuruluşlar, satış yapılan yatırımcıların nitelikli yatırımcı vasıflarını haiz olduklarına dair bilgi ve belgeleri temin etmek ve düzenli olarak tutmakla yükümlü kılınmışlardır. Aynı maddede serbest fonların, belirli portföy ve işlem sınırlamalarına tabi olmaksızın yatırım stratejileri ve limitleri dâhilinde yatırım yapabilecekleri de düzenlenmiştir.

Mevzuatımız bakımından serbest fonların, fon katılma payları nitelikli yatırımcılara satılabilecek olan, belirli portföy ve işlem sınırlamalarına tabi olmaksızın yatırım stratejileri ve limitleri dâhilinde yatırım yapabilen bir yatırım fonu türü olduğu belirtilebilecektir. Bu kapsamda, hukuki nitelik bakımından yatırım fonları için yapılan tespitten ayrılmaya gerek bulunmamaktadır. Bir yatırım fonu türü olan serbest fonların kurucusu olan portföy yönetim şirketleri ve serbest fonların katılma paylarının satılabileceği nitelikli yatırımcıların tespiti bakımından ise önemli bazı hususların belirtilmesi gereklidir.

---

ve rehnedilemez. Yatırım fonunun mal varlığı, portföy yönetim şirketinin ve portföy saklama hizmetini yürüten kuruluşun yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi halinde dahi başka bir amaçla tasarruf edilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dâhil olmak üzere haczedilemez, üzerine ihtiyati tedbir konulamaz ve iflas masasına dâhil edilemez. Yatırım fonunun mal varlığının tasfiyesi durumunda yalnızca katılma payı sahiplerine ödeme yapılabilir. Portföy yönetim şirketlerinin üçüncü kişilere olan borçları ve yükümlülükleri ile yatırım fonlarının aynı üçüncü kişilerden olan alacakları birbirlerine karşı mahsup edilemez.

<sup>17</sup> Değerlendirme için bkz. Füsun Nomer Ertan, “Yatırım Fonlarında Katılma Belgesi Sabibi İle Kurucu Arasındaki Hukuki İlişki ve Katılma Belgesi Sahibinin Hukuki Konumu”, Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul, 2002, s.595-623.

<sup>18</sup> Hedge fonlara ilişkin yapılan çeşitli tanımlar için bkz. Terzi, s.7-10.

2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38' inci maddesinde bankalar, sigorta şirketleri, aracı kurumlar, kanunlarında engel bulunmayan emekli ve yardım sandıkları ile 506 sayılı Kanunun geçici 20' nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklardan, SPK'nın tebliğle belirleyeceği esaslara uyanların yatırım fonu kurabilecekleri düzenlenmişti. 6362 sayılı SPKn 52' nci maddesi hükmüne göre ise yatırım fonları, portföy yönetim şirketleri tarafından kurulabilecektir.

SPKn m.55 hükmüne göre portföy yönetim şirketi, ana faaliyet konusu yatırım fonlarının kurulması ve yönetimi olan anonim ortaklıktır. Portföy yönetim şirketinin kurulması ve faaliyete geçmesi için SPK'dan izin alınması zorunludur. Buna ilişkin usul ve esaslar SPK tarafından belirlenir. III-55.1 sayılı Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği'nin 5'inci maddesi ile de portföy yönetim şirketlerinin kuruluş şartları düzenlenmiştir<sup>19</sup>. Maddenin, III-55.1.b sayılı Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ<sup>20</sup> ile değişik 4'üncü fıkra hükmüne göre, portföy yönetim şirketinin kurucu ortağının veya önemli etkiye<sup>21</sup> sahip ortağın banka olması halinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun uygun görüşünün alınması yeterli olacaktır.

Ülkemiz yatırım fonu sektöründe portföy büyüklüğünün önemli bir yüzdesine bankalar sahiptir. Bankalar aynı zamanda şube ağı, internet, ATM gibi dağıtım kanallarındaki hâkim konumları sebebiyle de en fazla yatırımcı sayısına sahip fon kurucuları durumundadırlar. Fon performansından bağımsız olarak, bankaların diğer fon kurucularına kıyasla geniş dağıtım kanalları aracılığıyla daha fazla yatırımcıya ulaşabilmesi ve yatırımcıların diğer fon kurucularının fonlarına da ulaşımı mümkün olmakla birlikte bunun hesap açtırma gibi artı maliyet getirmesi hususları, dağıtım kanallarında banka lehine rekabeti bozucu yönde adaletsiz bir yapı oluşmasına sebep olmaktadır. Bu durum ise, yatırımcı farkındalığının azalmasına ve sektöre hâkim olan bankaların kurucusu oldukları fonların performansı düşük bile olsa, bu fonların performansı yüksek ancak dağıtım kanalları sınırlı diğer yatırım fonlarının önüne geçebilmesine yol açmaktadır. Sektörde rekabet eksikliğinin bulunması ve yatırımcıların çoğunluğunun özellikle likit fonlarda getiriye karşı duyarsız kalması, ülkemizde yatırım fonlarından alınan fon yönetim ücretlerinin dünya ortalamasının üzerinde olmasına sebep olmaktadır. Bu yapı dikkate alındığında, yatırım fonlarının, ana faaliyet konusu "*yatırım fonu kuruluşu ve yönetimi*" olan portföy yönetim şirketleri

<sup>19</sup> 2 Temmuz 2013 tarih ve 28695 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

<sup>20</sup> 31 Aralık 2014 tarih ve 2922 sayılı 4.mükerrer RG'de yayımlanmıştır.

<sup>21</sup> III-55.1 sayılı Tebliğ m.3/1(j)'de "*Önemli Etkiye Sahip Ortak*", şirketin sermaye veya oy haklarının dolaylı olarak yüzde 5 veya daha fazlasını temsil eden paylara veya bu oranın altında olsa dahi genel kurulda yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğuna karşılık gelen sayıda üyelikler için seçme veya aday gösterme hakkı veren imtiyazlı paylara sahip olunması olarak tanımlanmıştır.



tarafından kurulması, yönetilmesi ve portföy yönetim şirketi ile fon portföyüne yapılacak alım satımlara aracılık eden yatırım kuruluşu ve portföy saklama kuruluşunun birbirlerinden bağımsız şekilde hareket eden kurumlar olmalarını öngören bir yapı oluşturulması ile yukarıda belirtilen sorunların azalacağı, fon sektörünün rekabete ve gelişime daha açık kurumsal niteliğe kavuşacağı ve bu kapsamda, menfaat çatışmalarını asgari seviyeye ineceği ve yatırımcılara en iyi yatırım tavsiyesini sunacak bağımsız finansal danışmanların ortaya çıkması ile birlikte yatırımcılarda performansa olan duyarlılığın artacağı ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

Sermaye piyasası mevzuatında yapılan yeni düzenlemeler kapsamında, diğer şartları taşımakla birlikte Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim ortaklıkların portföy yönetim şirketi kurabilecekleri yönünde genişletici bir düzenleme yapılmış, bankaların da portföy yönetim şirketlerinde kurucu ortak veya önemli etkiye sahip ortak olabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

ABD’de Dodd-Frank Wall Street Reformu ve Tüketicinin Korunması Kanunu<sup>23</sup> ile getirilen ve “*Volcker Kuralı*” olarak bilinen düzenleme kapsamında, yatırım danışmanları ile fon yöneticilerinin ABD Menkul Kıymetler ve Takas Komisyonu (SEC)’ na kayıtlı olması aranmakta olup<sup>24</sup>, bankacılık kuruluşlarının<sup>25</sup>, hedge fonların kurucu ortağı olmalarında ve bu fonları yönetmelerinde önemli sınırlamalara gidilmiştir. Dodd-Frank Kanunu’nun 619’ uncu bölümünde yapılan düzenlemeler, aynı zamanda ABD Banka Holding Şirketi Kanunu kapsamına da alınmıştır. Kuralın amacı, bankaların, 2008 yılında yaşanan finansal krize önemli rolü olan spekülasyon yatırım araçlarını kullanmalarının önüne geçmektir<sup>26</sup>. Kural, 1 Nisan 2014 tarihi itibarı ile yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, bankalara kurala tam uyum sağlamaları konusunda 21 Temmuz 2015 tarihine kadar süre verilmiştir. İlgili düzenlemeler kap-

<sup>22</sup> Çetin, Töremiş ve Cantimur, s.108-109.

<sup>23</sup> Kanun metni için bkz. <http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf> (23 Mayıs 2015).

<sup>24</sup> Değerlendirme için bkz. Luther R. Ashworth, “*Is Hedge Fund Adviser Registration Necessary to Accomplish the Goals of the Dodd-Frank Act’s Title IV?*”, **70 WASH. & LEE L. REV.** 651, 2013, s.652 vd..

<sup>25</sup> ABD mevzuatı kapsamında “*Bankacılık kuruluşları*”, ABD Federal Mevduat Sigortası Kurumu (FDIC) denetimindeki sigorta kuruluşları ve bu kuruluşların holding şirketleri, 1978 tarihli ABD Uluslararası Bankacılık Kanunu kapsamında banka holding şirketi olarak değerlendirilen yabancı kontrolündeki şirketler ve bu şirketlerin her türlü bağlı ortaklık ve iştirakleri de dâhil olmak üzere geniş şekilde tanımlanmıştır. Benzer sınırlamalar ABD Merkez Bankası (Federal Reserve) denetimine tabi Amerikan veya yabancı banka olmayan finansal şirketler için de uygulanacaktır. Bilgi için bkz. Nesrin Akın Sunay, **Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Finansal Grupların/Finansal Holding Şirketlerinin Düzenlenmesi ve Denetimi**, İstanbul: Legal, 2012, s.95 vd..

<sup>26</sup> Hedge fonların 2008 finansal krizine etkisi konusunda bir değerlendirme için bkz. Photis Lyssandrou, “*The primacy of hedge funds in the subprime crisis*”, **Journal of Post Keynesian Economics**, Vol. 34, No. 2, Winter 2011–12, s.225 vd..

samında bir banka kuruluşu, ancak kendi müşterilerine, *bona fide*, trust, saklama ve danışmanlık hizmetleri verebilir; *de minimis* ilkesi gereğince bir hedge fonda kurucu ortak veya önemli etkiye sahip ortak olamaz; hedge fonun yükümlülüklerine ve performansına ilişkin garanti veremez; hedge fon ile aynı adı taşıyamaz. Bankacılık kuruluşları, önemli menfaat çatışması riski yaratacak, yüksek risk taşıyan sermaye piyasası araçları ve yatırım stratejileri ile kuruluşu kayba uğratabilecek, banka kuruluşu bünyesinde veya tüm Amerikan finansal sisteminde istikrarsızlık yaratabilecek sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunamayacaktır<sup>27</sup>.

Mevzuatımız bakımından bankalar, portföy yönetim şirketlerinin kurucu veya önemli etkiye sahip ortakları olabilmektedir. Serbest fonların diğer yatırım fonu türleri için geçerli olan sınırlamalara tabi olmaması nedeniyle, bankaların, serbest fon kurucusu veya bu tür fonlarda önemli etkiye sahip ortak olması bakımından olası menfaat çatışmalarının ve finansal istikrarsızlığın önüne geçilmesi hususunda, ABD'de Volcker Kuralı ile bankacılık kuruluşlarına getirilen sınırlamaların ülkemiz mevzuatı bakımından da göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmasını yararlı görmekteyiz.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda "yatırımcı" kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, Kanunun 45' inci maddesinin 4' üncü fıkrasında SPK'nın, yatırım kuruluşlarının yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinin icrası esnasında yatırımcılara sağlanacak korumanın belirlenmesi amacıyla yatırımcıları sınıflandırmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. III-52.1 sayılı Tebliğ m.3/1(o) bendinde "Nitelikli yatırımcı"nın, SPK'nın düzenlemelerinde tanımlanan nitelikli yatırımcıyı ifade ettiği<sup>28</sup>; II-5.2 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı Tebliği'nin<sup>29</sup> 4' üncü maddesinde "Nitelikli yatırımcı"nın, SPK'nın yatırım kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan ve talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilenler de dâhil olmak üzere profesyonel müşterileri ifade ettiği düzenlenmiştir. III-48.3 sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin

<sup>27</sup> Federal Register / Vol. 79, No. 21 / Friday, January 31, 2014 / Rules and Regulations. [http://www.federalreserve.gov/reportforms/formsreview/RegVV\\_20140131\\_ffr.pdf](http://www.federalreserve.gov/reportforms/formsreview/RegVV_20140131_ffr.pdf) (23 Mayıs 2015).

<sup>28</sup> Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği Taslağı'nın 3' üncü maddesinde "Nitelikli yatırımcı", yerli ve yabancı kolektif yatırım kuruluşları, aracı kurumlar, bankalar, sigorta şirketleri, portföy yönetim şirketleri, konut ve varlık finansmanı fonları, ipotek finansmanı kuruluşları, varlık kiralama şirketleri, varlık yönetim şirketleri, emekli ve yardım sandıkları, vakıflar, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20' nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklar ve kamuya yararlı dernekler, kamu kurumları, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşlar ile nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu SPK'ca kabul edilecek diğer kurumsal yatırımcılar ve sermaye piyasası araçlarının ihraç tarihi itibarıyla en az iki milyon TL tutarında Türk ve/veya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler ile sermaye piyasası faaliyetleri ileri düzey lisansı ve türev araçları lisansına sahip kişiler olarak ifade edilmiş iken; III-52.1 sayılı Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin 3 üncü maddesinde Taslakta ifadesini bulan detaylı tanıma yer verilmemiştir.

<sup>29</sup> 28 Haziran 2013 tarih ve 28691 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Esaslar Tebliği'nin<sup>30</sup> 3' üncü maddesinde “*Nitelikli yatırımcı*”nın, SPK'nın ilgili düzenlemelerinde tanımlanan gerçek ve tüzel kişiler, kamu kurum ve kuruluşları ile Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik'te<sup>31</sup> tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişileri<sup>32</sup>; Seri: VIII No: 66 sayılı Sermaye Piyasası Araçlarının Halka Arzında Satış Yöntemlerine İlişkin Esaslar Tebliği'nin<sup>33</sup> 3' üncü maddesinde de “*Nitelikli yatırımcı*”nın, yerli ve yabancı yatırım fonlarını, emeklilik fonlarını, yatırım ortaklıklarını, aracı kurumları, bankaları, sigorta şirketlerini, portföy yönetim şirketlerini, ipotek finansman kuruluşlarını, emekli ve yardım sandıklarını, vakıfları, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20' nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıkları, kamuya yararlı dernekler ile nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu Kurulca belirlenecek diğer yatırımcıları ve sermaye piyasası araçlarının ihraç tarihi itibarıyla en az 1 milyon TL tutarında Türk ve/veya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek veya tüzel kişileri ifade ettiği düzenlenmiştir.

İlgili düzenlemeler kapsamında “*nitelikli yatırımcı*”, yerli ve yabancı yatırım fonları, emeklilik fonları, yatırım ortaklıkları, aracı kurumlar, bankalar, sigorta şir-

<sup>30</sup> 9 Ekim 2013 tarih ve 28790 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

<sup>31</sup> 15 Şubat 2013 tarih ve 28560 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

<sup>32</sup> Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik'in 3' üncü maddesinde bireysel katılım yatırımcısı, kişisel varlıklarını ve/veya tecrübe ve birikimlerini başlangıç veya büyüme aşamasındaki şirketlere aktaran gerçek kişiler olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 5' inci maddesine göre bireysel katılım yatırımcısı olarak faaliyette bulunan gerçek kişilerin vergi desteğinden yararlanabilmeleri için bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip olması şartı aranır. Bireysel katılım yatırımcılarının lisans sahibi olması için aşağıda yer alan yüksek gelir veya servete sahip yatırımcı ya da tecrübeli yatırımcı tanımlarındaki şartlardan herhangi birini taşıması gerekir: a) Yüksek gelir veya servete sahip yatırımcılar; 1) Lisans almadan önceki iki takvim yılı için, yıllık gelir vergisi beyannamesinde yer alan gelir unsurlarının gayrisafi tutarları toplamı olarak ifade edilen yıllık gayrisafi geliri 200.000 TL ve üzerinde olan veya 2) Müracaat anında sahip oldukları her türlü menkul ve gayrimenkul varlıklarından oluşan kişisel servetin toplam değeri 1.000.000 TL ve üzerinde olan yatırımcıları, ifade eder. Ancak; ikamet edilen konut veya bu konutu ipotek ederek alınan herhangi bir kredi, sigorta sözleşmelerinden doğan haklar ve emeklilik primi şeklinde kazanılan mali haklardan ölüm veya emeklilik halinde ödenecek tutarlar, kişisel servetin hesaplanmasında dikkate alınmaz. b) Tecrübeli yatırımcılar; 1) Banka ve finansal kuruluşlarda fon veya portföy yöneticisi olarak ya da banka ve finansal kuruluşların küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin finansmanı, proje finansmanı veya kurumsal finansman birimlerinde veya girişim sermayesi yatırım ortaklıkları dahil girişim sermayesi şirketlerinde müdür veya dengi bir pozisyonda ya da daha üst bir pozisyonda en az iki yıl iş tecrübesine sahip olan veya 2) Lisans alınmadan önce son beş yıl içinde en az iki yıl, yıllık cirosu en az 25.000.000 TL olan bir şirkette genel müdür yardımcısı veya dengi bir pozisyonda ya da daha üst bir pozisyonda çalışan veya 3) Bireysel katılım yatırımcısı ağlarının birine lisans alınmadan önce en az bir yıl süreyle üyeliği bulunan ve müracaat sırasında 26' ncı maddede belirtilen nitelikleri haiz halka açık olmayan en az üç şirkette bireysel katılım yatırımcısı olarak ortak olan veya 4) Başlangıç veya büyüme aşamasındaki şirketleri desteklemek amacıyla kurulmuş olan yurt içi kuluçka merkezlerinde ya da teknoloji geliştirme merkezlerinde en az iki yıl tecrübesi bulunan ve bu merkezlerdeki başlangıç veya büyüme aşamasındaki en az üç şirketin her birine en az 20.000 TL sermaye koyan kişileri ifade eder. Bireysel katılım yatırımcıları, melek yatırımcılar olarak da adlandırılmaktadır.

<sup>33</sup> 3 Nisan 2010 tarih ve 27541 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

ketleri, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansman kuruluşları, emekli ve yardım sandıkları, vakıflar, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20' nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklar, kamuya yararlı dernekler ile nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu SPK tarafından belirlenecek diğer yatırımcılar ve sermaye piyasası araçlarının ihraç tarihi itibarıyla en az 1 milyon TL tutarında Türk ve/veya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler ile Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik'te tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişilerdir<sup>34</sup>.

## II. Serbest Fonların Portföy ve İşlem Sınırlamaları İle Yatırım Stratejileri ve Limitlerine İlişkin Özel Düzenlemeler

III-52.1 sayılı Tebliğin 25' inci maddesine göre serbest fonlar, fon portföyüne alınacak varlıklar ve ihraçlarına ilişkin sınırlamaları düzenleyen 17' nci maddesinde; fon portföyüne alınacak kolektif yatırım kuruluşu paylarına ilişkin sınırlamaları düzenleyen 18' inci maddesinde; fon portföyündeki varlıkların borsada işlem görme esasları ve borsa dışında taraf olunan sözleşmelere ilişkin sınırlamaları düzenleyen 19' üncü maddesinde; fon portföyüne dahil edilecek varlıkların vade yapısına ilişkin sınırlamaları düzenleyen 20' nci maddesinde; fonun kredi işlemleri ile repo ve ters repo işlemlerine ilişkin sınırlamaları düzenleyen 21' inci maddesinde; fonun ödünç işlemlerine ilişkin sınırlamaları düzenleyen 22' nci maddesinde; belirli yatırımcılara tahsis edilmiş fonlar ile bir varlık veya varlık grubuna yatırım yapan fonlara ilişkin sınırlamaları düzenleyen 23' üncü maddesinde ve diğer sınırlamaları düzenleyen 24' üncü maddesinde yer alan portföy işlem ve sınırlamalarına tabi olmaksızın fonun bilgilendirme dokümanlarında<sup>35</sup> yer alan yatırım stratejileri ve limitleri dahilinde yatırım yapabilirler.

II-14.2 sayılı Yatırım Fonlarının Finansal Raporlama Esaslarına İlişkin Tebliğin<sup>36</sup> "*Finansal raporların kamuya açıklanması*" başlıklı 11' inci maddesi ilk fıkraya hükmüne göre fonların yıllık finansal tabloları, ilgili hesap veya varsa yatırım döneminin bitimini takip eden altmış gün içinde kamuya açıklanır. Aynı maddenin 3' üncü fıkraya hükmüne göre ise serbest fonlara ilişkin tablolar, kamuya yapılacak bu açıklamayı müteakip on iş günü içerisinde katılma payı sahiplerine en uygun haberleşme vasıtasıyla gönderilir.

Payları serbest fonların portföylerine alınacak yabancı fonlar için ilgili otoriteden izin alınmış olması şartı aranır. Bu kapsamda, hangi ülkelerde kurulu fonların port-

<sup>34</sup> Nitelikli yatırımcı sınıflandırması hakkında değerlendirmeler için bkz. Yalçın Özge Okat, **Türk ve AB Hukukunda Yatırım Fonları**, Ankara: Seçkin, 2009, s.58-61; Çetin, Töremiş ve Cantimur, s.95-98.

<sup>35</sup> III-52.1 sayılı Tebliğ m.3'te "*Bilgilendirme dokümanı*"nın, şemsiye fon içtüzüğü, fon izahnamesi ve yatırımcı bilgi formunu ifade ettiği düzenlenmiştir.

<sup>36</sup> II-14.2 sayılı Tebliğ, 30 Aralık 2013 tarihli ve 28867 mükerrer sayılı RG'de yayımlanmıştır.

föye alınabileceğine izahname ve yatırımcı bilgi formunda yer verilir. SPK, serbest fonların portföylerine alınacak yabancı fon paylarına ilişkin kısıtlamalar getirebilir.

Serbest fonlar için, III-52.1 sayılı Tebliğin 15' inci maddesinin *“İzahnamede hüküm bulunması ve Borsanın uygun görmesi şartı ile katılma payları Borsada işlem görebilir”* düzenlemesini içeren 3' üncü fıkra hükmü uygulanmaz.

Serbest fonların katılma paylarının satışı yapılacak kuruluşlar, katılma payı satışlarının bu konuda yeterli bilgi ve deneyime sahip satış personeli tarafından gerçekleştirilmesini temin ederler. Bu kuruluşlar, satış yapılan yatırımcıların *“nitelikli yatırımcı”* vasıflarını haiz olduklarına dair bilgi ve belgeleri temin etmek ve düzenli olarak tutmakla yükümlüdürler. Serbest fonun portföy yöneticilerinin tümünün sermaye piyasası faaliyetleri ileri düzey lisans belgesi ile türev araçlar lisans belgesine ve bu fonlar konusunda gerekli bilgi ve tecrübeye sahip olmaları gereklidir.

III-52.1 sayılı Tebliğin 13' üncü maddesinin 2' nci fıkrası kapsamında yapılacak izahname değişiklikleri yürürlüğe giriş tarihinden en az otuz gün önce katılma payı sahiplerine en uygun haberleşme vasıtasıyla bildirilir. İhtüzük ve izahname değişikliklerine ilişkin duyuruların Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda ilan edilmesi hükmü ise serbest fonlar için uygulanmaz.

Birim pay değerinin hesaplanması ve ilan edilmesine ilişkin olarak III-52.1 sayılı Tebliğin, *“Fonların birim pay değerinin günlük olarak hesaplanması ve ilan edilmesi esastır. Bilgilendirme dokümanlarında hüküm bulunmak kaydı ile aynı gün içinde iki fiyat açıklanabilir. Kurul, katılma payı fiyatının günlük olarak hesaplanmasına ve açıklanmasına bu Tebliğde belirtilen haller dışında da istisna getirebilir.”* düzenlemesini içeren 14' üncü maddesinin 4' üncü fıkrası uygulanmaz. Ancak, serbest fonların pay fiyatlarının en az ayda bir kez hesaplanması ve yatırımcılara bildirilmesi zorunludur.

Serbest fonlar için, III-52.1 sayılı Tebliğin, *“Kurucu velveya yönetici tarafından katılma paylarının fon adına alım satımı esastır. Kurucu velveya yönetici, fonun katılma payı sayısının %20'sini aşmayacak şekilde katılma paylarını kendi portföyüne dâhil edebilir. Ancak katılma paylarının satışına başlanmadan önce kurucu tarafından fona avans olarak tahsis edilen tutar karşılığında alınan katılma payları fonun kuruluşundan itibaren bir yıl süre ile bu oranın hesaplanmasında dikkate alınmaz.”* düzenlemesini içeren 15' inci maddesinin 6' ncı fıkrasında yer alan yüzde 20' lik sınırlama uygulanmaz.

Serbest fonların izahname ve yatırımcı bilgi formlarında, katılma paylarının fona iadesi için pay fiyatlarının ilan süresinden daha farklı ve uzun süreler belirlenebilir. Serbest fonlar fon sepeti fonu şeklinde kurulabilir. Bu durumda III-52.1 sayılı Tebliğin *“Fon sepeti fonları”* nı düzenleyen 26' ncı maddesinde yer alan hükümler uygulanmaz.

VII-128.5 sayılı Bireysel Portföylerin ve Kolektif Yatırım Kuruluşlarının Perfor-

mans Sunumuna, Performansa Dayalı Ücretlendirilmesine ve Kolektif Yatırım Kuruluşlarının Notlandırma ve Sıralama Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'in<sup>37</sup> 8' inci maddesinin 3' üncü fıkrası hükmüne göre kolektif yatırım kuruluşları için belirli bir yatırım stratejisinin bulunmaması, yatırım stratejisinin sürekli değişmesi, çoklu varlık gruplarına yatırım yapılması veya mutlak getiri hedeflenmesi ve benzeri sebeplerle karşılaştırma ölçütü belirlenemediği durumlarda eşik değer kullanılabilirliği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 4' üncü fıkra hükmüne göre de Türkiye'de kurulmuş serbest yatırım fonları için ihtiyari olarak karşılaştırma ölçütü belirlenebileceği gibi eşik değer de belirlenebileceği ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Eşik değer belirlenmesi halinde ise aynı maddenin 3' üncü fıkrasında belirtilen eşik değer alt sınırına ilişkin esaslar uygulanmayacaktır. İlgili fıkra hükmüne göre *"Performans dönemi başında belirlenen eşik değer, gecelik Türk Lirası referans faiz oranının performans dönemine denk gelen bileşik getirisinden düşük olması durumunda, eşik değer olarak gecelik Türk Lirası referans faiz oranının performans dönemine denk gelen bileşik getirisi kullanılır. Portföyünün %51'ini devamlı olarak yabancı para cinsinden varlıklara yatıran kolektif yatırım kuruluşlarında eşik değer alt sınırı için Kurulca farklı esaslar belirlenebilir."*

VII-128.5 sayılı Tebliğin 10' uncu maddesi hükmüne göre performansa dayalı portföy yönetim ücreti nispi getiri üzerinden tahakkuk ettirilir. Performansa dayalı yönetim ücreti oranı sabit veya değişken olabilir. Bu oran, yabancı kolektif yatırım kuruluşları, serbest yatırım fonları ve özel fonlar hariç olmak üzere kolektif yatırım kuruluşlarında azami yüzde 20 olarak belirlenebilir. O halde, serbest fonlar bakımından performansa dayalı yönetim ücreti değişken olabileceği gibi azami bir sınır da söz konusu değildir. Bu hususun, yönettikleri fonların büyüklükleri de dikkate alındığında fon çalışanlarının fonu daha etkin idare etmeleri, bu doğrultuda motive olabilmeleri ve yatırımcı menfaatleri ile fon çalışanlarının menfaatleri arasında paralellik sağlanması bakımından faydalı ve gerekli bulunmakla birlikte, serbest fon kurucusu portföy yönetim şirketinin, performansa dayalı yönetim ücreti konusunda şeffaf bir politikası ve uygulaması olmalıdır. Bu konuda bir düzenleme, Alternatif Yatırım Fon Yöneticilerine İlişkin 2011/61/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi

<sup>37</sup> VII-128.5 sayılı Tebliğ, 17 Aralık 2013 tarihli ve 28854 sayılı RG'de yayımlanmıştır. İlgili Tebliğ ile 21 Ocak 2013 tarihli ve 25000 sayılı RG'de yayımlanan Seri: V, No:60 sayılı Bireysel ve Kurumsal Portföylerin Performans Sunumuna, Performansa Dayalı Ücretlendirme ve Sıralama Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>38</sup> VII-128.5 sayılı Tebliğ m.4'te *"Eşik değer"*ın, karşılaştırma ölçütü olmayan portföylerin getirisinin kıyaslanması amacıyla kullanılan değeri; *"Karşılaştırma ölçütü"* nün ise portföyün getirisinin kıyaslanmasını sağlayan endeks veya endeksler ile kolektif yatırım kuruluşları ile sınırlı olmak üzere, yatırım stratejisi ve yatırım yapılan varlık ve işlemlerin niteliklerine uygun olarak belirlenecek ve Kurulca uygun görülecek referans getiri oranlarını veya değerlerini ifade ettiği belirtilmiştir.

Direktifi'nde<sup>39</sup> yer almaktadır<sup>40</sup>. 2011/61/EU sayılı Direktifin 13'üncü madde hükmüne göre fon yöneticileri tarafından fon çalışanlarına ödenecek ücret ve uygulanan politika, şirketin veya yönetilen serbest fonun risk profili kapsamında etkili olacak profesyonel faaliyetler kapsamında belirlenmeli, kabul edilebilir ve etkin risk yönetimini sağlayıcı olmalı, fonun risk profiline uymayacak şekilde aşırı risk alma yönünde cesaretlendirici olmamalıdır. Mevzuatımız bakımından performansa dayalı yönetim ücreti değişken olabileceği gibi azami bir sınır da söz konusu olmadığı için, 2011/61/EU sayılı Direktif m.13'te belirtilen hususların da göz önüne alınarak bir düzenleme yapılması tarafımızca gerekli görülmektedir.

III-52.1 sayılı Tebliğin, fon toplam giderinin üst sınırının belirlenmesi ve kamuya açıklanmasını düzenleyen 33'üncü maddesi serbest fonlar için uygulanmaz. Serbest fonların portföyüne, III-52.1 sayılı Tebliğ m.3/1(§) bendinde tanımlanan türev araçların yanı sıra swap sözleşmeleri de dahil edilebilir. Serbest fonların portföylerinde yer alan vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile swap sözleşmeleri nedeniyle maruz kalınan risklere ilişkin limitler izahname ve yatırımcı bilgi formlarında belirtilir. Limitlerin aşılması halinde, kurucu portföy yönetim şirketi yönetim kurulu tarafından limitlere uyumunun sağlanması amacıyla gerekli tedbirler alınır ve katılma payı sahiplerine en uygun haberleşme vasıtasıyla bildirilir. 2011/61/EU sayılı Direktifin menfaat uyumsuzluklarına ilişkin 14 ve 15'inci madde hükümlerine göre fon kurucuları, fon yöneticileri ile yatırımcılar arasında ve yatırımcıların birbiri ile aralarında çıkabilecek olası menfaat uyumsuzluklarını tanımlayacak, önleyecek, yönetecek ve izleyecek tüm idari ve organizasyonel düzenlemeleri yapmalı ve uygulamalı; fon tarafından uygulanan yatırım stratejileri doğrultusunda karşı karşıya olunan riskleri tanımlayacak, ölçecek, yönetecek ve izleyecek risk yönetim sistemlerini kurmalıdır<sup>41</sup>. Bu kapsamda, serbest fonların portföylerinde yer alan vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile swap sözleşmeleri nedeniyle maruz kalınan risklere ilişkin limitlerin izahname ve yatırımcı bilgi formlarında belirtilmesi yeterli olmayıp, serbest fon kurucusu ve yöneticisi portföy yönetim şirketlerinin, olası menfaat uyumsuzluklarını tanımlayacak, önleyecek, yönetecek ve izleyecek idari ve organizasyonel düzenlemeleri olmalı ve fon tarafından uygulanan yatırım stratejileri doğrultusunda karşı karşıya

<sup>39</sup> 2011/61/EU sayılı Direktifin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0061&qid=1433504811720&from=EN> (25 Mayıs 2015).

<sup>40</sup> 2011/61/EU sayılı Direktif m.1'de "Alternatif Yatırım Fonu", kolektif yatırım kuruluşları; "Alternatif Yatırım Fon Yöneticisi" ise faaliyet konusu bir veya birden fazla alternatif yatırım fonunu yönetmek olan tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda, hedge fonlar ve hedge fon kurucusu/yöneticisi olan şirketler de Direktif kapsamına dâhil edilmiştir.

<sup>41</sup> Hedge fonlarda yaşanan menfaat uyumsuzlukları ve şeffaflık konusunda bir değerlendirme için bkz. Thomas W. Briggs, "Corporate Governance and the New Hedge Fund Activism: An Empirical Analysis", *The Journal of Corporation Law*, Summer 2007, s.701 vd..

olunan riskleri tanımlayacak, ölçecek, yönetecek ve izleyecek risk yönetim sistemleri kurulmalıdır.

Serbest fonları değerlendirmede temel unsurlardan bir diğeri de, fon tarafından kullanılan varlıklara ilişkin veya serbest fonların yatırım stratejilerinin bir parçası olarak uyguladıkları kaldıraçlı işlemler ve bu işlemlerin beklenen getiri ve riske etkisini değerlendirmektir<sup>42</sup>.

III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri İle Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Tebliği'nin<sup>43</sup> 3' üncü maddesinde "Kaldıraçlı işlem", yatırılan teminat tutarı karşılığında, döviz ve kıymetli madenler ile SPK tarafından belirlenecek diğer varlıkların kaldıraçlı olarak elektronik ortamda oluşturulmuş bir platformda alım satımı işlemleri olarak tanımlanmıştır. III-37.1 sayılı Tebliğin 27' nci maddesi hükmüne göre kaldıraçlı işlemlerde kaldıraç oranı, işlem yapmak için yatırılan teminat tutarı karşılığında alınabilecek pozisyon tutarını gösteren orandır. Kaldıraçlı işlemlerde uygulanacak kaldıraç oranı 100:1'i geçemez. SPK gerekli gördüğü hallerde bu oranı değiştirme ve varlık bazında kaldıraç oranı belirlemeye yetkilidir. Bu işlemlerde müşterilere uygulanacak kaldıraç oranı 100:1'i aşmamak şartı ile yatırım kuruluşları ile müşteriler arasında imzalanacak çerçeve sözleşmede serbestçe belirlenir. Söz konusu oranın daha sonra değiştirilebilmesi için tarafların yazılı onayı gereklidir. Kaldıraçlı işlemlerde teminat olarak yalnızca nakit olarak Türk Lirası veya Merkez Bankası tarafından günlük alım satım kurları ilan edilen yabancı para birimleri döviz kabul edilir. SPK gerekli gördüğü hallerde müşteri bazında farklı kıymetlerin teminat olarak kabul edilmesini isteyebilir. Teminat oranının hesaplanması, teminat takibi ve teminat tamamlama yükümlülüğü ile pozisyonların otomatik kapanmasına ilişkin esaslar ve teminat olarak yatırılan nakdin başka bir para birimine çevrilmesinde esas alınacak kurlar çerçeve sözleşmede belirlenir. Kaldıraçlı işlemlerde teminatların saklanmasına ilişkin esaslar SPK tarafından belirlenir.

Kaldıraçlı alım satım işlemlerine konu edilebilecek varlıkların fiziki alım satımı ve bankalar arasında yapılan işlemler ile bankalar tarafından aracı kurumlara likidite sağlanması amacıyla yapılan işlemler, kaldıraçlı işlem kapsamına girmemekte-

<sup>42</sup> Hedge fonlarda kaldıraçlı işlem uygulamasından kaynaklanan riskler hakkında değerlendirme için bkz. Adrian Blundell-Wignall, "An Overview of Hedge Funds and Structured Products: Issues in Leverage and Risk", <http://www.oecd.org/finance/financial-markets/40972327.pdf> (25 Mayıs 2015).

<sup>43</sup> III-37.1 sayılı Tebliğ, 11 Temmuz 2013 tarihli ve 28704 sayılı RG'de yayımlanmıştır. İlgili Tebliğ ile 7 Eylül 2000 tarihli ve 24163 sayılı RG'de yayımlanan Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V, No: 46), 22 Nisan 2002 tarihli ve 24734 sayılı RG'de yayımlanan Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V, No: 55), 27 Ağustos 2011 tarihli ve 28038 sayılı RG'de yayımlanan Kaldıraçlı Alım Satım İşlemleri ve Bu İşlemleri Gerçekleştirebilecek Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V, No: 125) yürürlükten kaldırılmıştır.



dir<sup>44</sup>. III-37.1 sayılı Tebliğin, işlem aracılığı faaliyetinin yürütülmesine ilişkin ilke ve esasları düzenleyen 19' uncu maddesi ile portföy aracılığı faaliyetinin yürütülmesine ilişkin ilke ve esasları düzenleyen 24' üncü maddesi hükmüne göre yatırım kuruluşları<sup>45</sup>, kaldıraçlı işlemlerle ilgili olarak yatırılan teminat tutarlarının üzerinde bir kayba uğratabilecek şekilde müşterilere işlem yaptırılamaz. Yatırımcının piyasa koşullarından dolayı teminattan daha fazla zarara uğraması halinde söz konusu zarar yatırımcıdan talep edilemez.

İlgili düzenlemeler kapsamında yatırımcının korunması yönünde getirilen düzenlemeler, uygulanacak azami kaldıraç oranının belirli olması, kaldıraçlı işlemlerle ilgili olarak yatırılan teminat tutarlarının üzerinde bir kayba uğratabilecek şekilde müşterilere işlem yaptırılamaması ve yatırımcının piyasa koşullarından dolayı teminattan daha fazla zarara uğraması halinde söz konusu zararın yatırımcıdan talep edilemesidir.

2011/61/EU sayılı Direktifin 15'inci madde 4'üncü fıkraya hükmüne göre yatırım fonunun kaldıraçlı işlem uygulamasında aşağıdaki hususların göz önünde bulundurulması gereklidir:

- Fonun türü,
- Fonun yatırım stratejisi,
- Fonun kaldıraç kaynakları,
- Fon ile diğer finansal hizmet kuruluşları arasında sistemik riske neden olabilecek ilişkiler,
- Karşı tarafın maruz kalacağı riski sınırlandırmak gereksinimi,
- Kaldıraçlı işlemin teminatlandırma kapsamı,
- Varlık-yükümlülük rasyosu,
- Fonun faaliyette bulunduğu piyasada gerçekleştirdiği faaliyetlerin ölçeği, niteliği ve kapsamı.

Bu kapsamda kanaatimiz, kaldıraçlı işlem uygulamasında da, 2011/61/EU sayılı Direktifin 15'inci maddesi hükmü göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağıdır.

<sup>44</sup> III-37.1 sayılı Tebliğ, m.28.

<sup>45</sup> SPKn m.3'te "Yatırım kuruluşu" nun, aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları SPK tarafından belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları ifade ettiği belirtilmiştir.

## SONUÇ

Serbest fon, III-52.1 sayılı Tebliğin 25' inci maddesinde bir yatırım fonu türü olarak düzenlenmiş, ancak bu fon türünün açık bir tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, aynı maddenin 4' üncü bendinde serbest fonların katılma paylarının satışını yapacak kuruluşlar, satış yapılan yatırımcıların nitelikli yatırımcı vasıflarını haiz olduklarına dair bilgi ve belgeleri temin etmek ve düzenli olarak tutmakla yükümlü kılınmışlardır. Aynı maddede serbest fonların, belirli portföy ve işlem sınırlamalarına tabi olmaksızın yatırım stratejileri ve limitleri dahilinde yatırım yapabilecekleri de düzenlenmiştir. Bu kapsamda mevzuatımız bakımından serbest fonların, fon katılma payları nitelikli yatırımcılara satılabilecek olan, belirli portföy ve işlem sınırlamalarına tabi olmaksızın yatırım stratejileri ve limitleri dahilinde yatırım yapabilen bir yatırım fonu türü olduğu belirtilebilecektir. Bu tespitimiz, serbest fonların temel özelliklerini de ortaya koymaktadır.

Yatırım fonlarında, fon katılma payı sahibi yatırımcı ile fon kurucusu portföy yönetim şirketi arasında sözleşmeye dayalı *sui generis* nitelikte hukuki bir ilişki kurulmaktadır. Sermaye piyasası mevzuatında ve fon içtüzüğünde hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Bir yatırım fonu türü olan serbest fonların hukuki niteliği bakımından, yatırım fonları için yapılan tespitten ayrılmaya gerek bulunmamaktadır. Serbest fonların kurucusu olan portföy yönetim şirketleri ve serbest fonların katılma paylarının satılabileceği nitelikli yatırımcıların tespiti bakımından ise önemli bazı hususların belirtilmesi gereklidir.

Sermaye piyasası mevzuatında yapılan yeni düzenlemeler kapsamında, diğer şartları taşımakla birlikte Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim ortaklıkların portföy yönetim şirketi kurabilecekleri yönünde genişletici bir düzenleme yapılmış, bankaların da portföy yönetim şirketlerinde kurucu ortak veya önemli etkiye sahip ortak olabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Mevzuatımız bakımından bankalar, portföy yönetim şirketlerinin kurucu veya önemli etkiye sahip ortakları olabilmektedir. Serbest fonların diğer yatırım fonu türleri için geçerli olan sınırlamalara tabi olmaması nedeniyle, bankaların, serbest fon kurucusu veya bu tür fonlarda önemli etkiye sahip ortak olması bakımından olası menfaat çatışmalarının ve finansal istikrarsızlığın önüne geçilmesi hususunda, ABD'de Volcker Kuralı ile bankacılık kuruluşlarına getirilen sınırlamaların ülkemiz mevzuatı bakımından da göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmasını yararlı görmekteyiz.

Serbest fonların katılma payları nitelikli yatırımcılara satılabilecektir. İlgili SPK düzenlemeleri kapsamında "*nitelikli yatırımcı*" ise, yerli ve yabancı yatırım fonları, emeklilik fonları, yatırım ortaklıkları, aracı kurumlar, bankalar, sigorta şirketleri,

portföy yönetim şirketleri, ipotek finansman kuruluşları, emekli ve yardım sandıkları, vakıflar, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20' nci maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklar, kamuya yararlı dernekler ile nitelikleri itibarıyla bu kurumlara benzer olduğu SPK tarafından belirlenecek diğer yatırımcılar ve sermaye piyasası araçlarının ihraç tarihi itibarıyla en az 1 milyon TL tutarında Türk ve/veya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek veya tüzel kişiler ile Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik'te tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişilerdir.

III-52.1 sayılı Tebliğin 25' inci maddesine göre serbest fonlar, fon portföyüne alınacak varlıklar ve ihraççılarına ilişkin sınırlamaları düzenleyen 17' nci maddesinde; fon portföyüne alınacak kolektif yatırım kuruluşu paylarına ilişkin sınırlamaları düzenleyen 18' inci maddesinde; fon portföyündeki varlıkların borsada işlem görme esasları ve borsa dışında taraf olunan sözleşmelere ilişkin sınırlamaları düzenleyen 19' uncu maddesinde; fon portföyüne dahil edilecek varlıkların vade yapısına ilişkin sınırlamaları düzenleyen 20' nci maddesinde; fonun kredi işlemleri ile repo ve ters repo işlemlerine ilişkin sınırlamaları düzenleyen 21' inci maddesinde; fonun ödünç işlemlerine ilişkin sınırlamaları düzenleyen 22' nci maddesinde; belirli yatırımcılara tahsis edilmiş fonlar ile bir varlık veya varlık grubuna yatırım yapan fonlara ilişkin sınırlamaları düzenleyen 23' üncü maddesinde ve diğer sınırlamaları düzenleyen 24' üncü maddesinde yer alan portföy işlem ve sınırlamalarına tabi olmaksızın fonun bilgilendirme dokümanlarında yer alan yatırım stratejileri ve limitleri dahilinde yatırım yapabilirler.

Türkiye'de kurulmuş serbest fonlar için ihtiyari olarak karşılaştırma ölçütü belirlenebileceği gibi eşik değer de belirlenebilir. Eşik değer belirlenmesi halinde ise eşik değer alt sınırına ilişkin esaslar uygulanmayacaktır. Yine, serbest fonlar bakımından performansa dayalı yönetim ücreti değişken olabileceği gibi azami bir sınır da söz konusu değildir. Bu hususun, yönettikleri fonların büyüklükleri de dikkate alındığında fon çalışanlarının fonu daha etkin idare etmeleri, bu doğrultuda motive olabilmeleri ve yatırımcı menfaatleri ile fon çalışanlarının menfaatleri arasında paralellik sağlanması bakımından faydalı ve gerekli bulunmakla birlikte, serbest fon kurucusu portföy yönetim şirketinin, performansa dayalı yönetim ücreti konusunda şeffaf bir politikası ve uygulaması olmalıdır. Bu konuda bir düzenleme, Alternatif Yatırım Fon Yöneticilerine İlişkin 2011/61/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nde yer almaktadır.

2011/61/EU sayılı Direktifin 13'üncü madde hükmüne göre fon yöneticileri tarafından fon çalışanlarına ödenecek ücret ve uygulanan politika, şirketin veya yönetilen serbest fonun risk profili kapsamında etkili olacak profesyonel faaliyetler kapsamında belirlenmeli, kabul edilebilir ve etkin risk yönetimini sağlayıcı olmalı, fonun risk profiline uymayacak şekilde aşırı risk alma yönünde cesaretlendirici ol-

mamalıdır. Mevzuatımız bakımından performansa dayalı yönetim ücreti değişken olabileceği gibi azami bir sınır da söz konusu olmadığı için, 2011/61/EU sayılı Direktif m.13'te belirtilen hususların da göz önüne alınarak bir düzenleme yapılması tarafımızca gerekli görülmektedir.

Serbest fonların portföylerinde yer alan vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile swap sözleşmeleri nedeniyle maruz kalınan risklere ilişkin limitler izahname ve yatırımcı bilgi formlarında belirtilir. Limitlerin aşılması halinde, kurucu portföy yönetim şirketi yönetim kurulu tarafından limitlere uyumunun sağlanması amacıyla gerekli tedbirler alınır ve katılma payı sahiplerine en uygun haberleşme vasıtasıyla bildirilir. 2011/61/EU sayılı Direktifin menfaat uyuşmazlıklarına ilişkin 14 ve 15'inci madde hükümlerine göre fon kurucuları, fon yöneticileri ile yatırımcılar arasında ve yatırımcıların birbiri ile aralarında çıkabilecek olası menfaat uyuşmazlıklarını tanımlayacak, önleyecek, yönetecek ve izleyecek tüm idari ve organizasyonel düzenlemeleri yapmalı ve uygulamalı; fon tarafından uygulanan yatırım stratejileri doğrultusunda karşı karşıya olunan riskleri tanımlayacak, ölçecek, yönetecek ve izleyecek risk yönetim sistemlerini kurmalıdır. Bu kapsamda, serbest fonların portföylerinde yer alan vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile swap sözleşmeleri nedeniyle maruz kalınan risklere ilişkin limitlerin izahname ve yatırımcı bilgi formlarında belirtilmesi yeterli olmayıp, serbest fon kurucusu ve yöneticisi portföy yönetim şirketlerinin, olası menfaat uyuşmazlıklarını tanımlayacak, önleyecek, yönetecek ve izleyecek idari ve organizasyonel düzenlemeleri olmalı ve fon tarafından uygulanan yatırım stratejileri doğrultusunda karşı karşıya olunan riskleri tanımlayacak, ölçecek, yönetecek ve izleyecek risk yönetim sistemleri kurulmalıdır.

İlgili SPK düzenlemeleri kapsamında kaldıraçlı işlem uygulamasında yatırımcının korunması yönünde getirilen düzenlemeler, uygulanacak azami kaldıraç oranının belirli olması, kaldıraçlı işlemlerle ilgili olarak yatırılan teminat tutarlarının üzerinde bir kayba uğratabilecek şekilde müşterilere işlem yaptırılamaması ve yatırımcının piyasa koşullarından dolayı teminattan daha fazla zarara uğraması halinde söz konusu zararın yatırımcıdan talep edilememesidir.

2011/61/EU sayılı Direktifin 15'inci madde 4'üncü fıkraya hükmüne göre yatırım fonunun kaldıraçlı işlem uygulamasında fonun türü, yatırım stratejisi, kaldıraç kaynakları, fon ile diğer finansal hizmet kuruluşları arasında sistemik riske neden olabilecek ilişkiler, karşı tarafın maruz kalacağı riski sınırlandırmak gereksinimi, kaldıraçlı işlemin teminatlandırma kapsamı, varlık-yükümlülük rasyosu ve fonun faaliyette bulunduğu piyasada gerçekleştirdiği faaliyetlerin ölçüğü, niteliği ve kapsamı da dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda kanaatimiz, kaldıraçlı işlem uygulamasında da, 2011/61/EU sayılı Direktifin 15'inci maddesi hükmü göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağıdır.

## KAYNAKÇA

- Akın Sunay, Nesrin, **Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Finansal Grupların/Finansal Holding Şirketlerinin Düzenlenmesi ve Denetimi**. İstanbul: Legal, 2012.
- Akyüz, Yılmaz ve Karakoç, Mehtap, “Yapısı, İşleyişi ve Genel Özellikleri İle Hedge Fon Gerçeği”. **Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi**, C.3, S.2, 2011, s. 72-93.
- Anbar, Adem, “Hedge Fonlar ve Şeffaflık Sorunu”, [http://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG\\_/24/11-23.pdf](http://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG_/24/11-23.pdf).
- Ashworth, Luther R, “Is Hedge Fund Adviser Registration Necessary to Accomplish the Goals of the Dodd-Frank Act’s Title IV?”. **70 WASH. & LEE L. REV.** 651, 2013, s.652-703.
- Blundell-Wignall, Adrian, “An Overview of Hedge Funds and Structured Products: Issues in Leverage and Risk”. <http://www.oecd.org/finance/financialmarkets/40972327.pdf>.
- Briggs, Thomas W., “Corporate Governance and the New Hedge Fund Activism: An Empirical Analysis”. *The Journal of Corporation Law*, Summer 2007, s.681-737.
- Çetin, Nusret, Töremiş, Hatice Ebru ve Cantimur, Zeynep, **6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistemantik Analizi**. Ankara: Yetkin, 2014.
- Fermaud, Nicolas, “UCITS—The New Panacea for US Hedge Fund Managers?”. **The Investment Lawyer**, Vol.21, No.5, May 2014, s. 12-21.
- Kakilli Acaravcı, Songül, “Finansal Piyasalarda Hedge Fonlar: Strateji ve Riskler”. **Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, Haziran 2010, s.84-106.
- Kandır, Serkan Yılmaz, “İnançlı Mülkiyet İlkesinin İMKB’de İncelenmesi”. **BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi**. Cilt:3 Sayı:1, 2009, s.81-100.
- Lysandrou, Photis, “The primacy of hedge funds in the subprime crisis”. **Journal of Post Keynesian Economics**, Vol. 34, No. 2, Winter 2011-12, s.225-253.
- Nomer Ertan, Füsün, “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”. **İÜHFİM**. C.LXXI, S.2, 2013, s.131-144 (Kolektif Yatırım Kuruluşları).
- Nomer Ertan, Füsün, “Yatırım Fonlarında Katılma Belgesi Sahibi İle Kurucu Arasındaki Hukuki İlişki ve Katılma Belgesi Sahibininin Hukuki Konumu”. **Prof.Dr. Ömer Teoman’A 55. Yaş Günü Armağanı**, C.1, İstanbul, 2002, s.595-623.
- Okat, Yalçın Özge, **Türk ve AB Hukukunda Yatırım Fonları**. Ankara: Seçkin, 2009.
- Terzi, Nuray, **Hedge Fonlar**. İstanbul: Beta, 2014.
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02009L006520140917&qid=1432816031795&from=EN>
- [http://www.federalreserve.gov/reportforms/formsreview/RegVV\\_20140131\\_ffr.pdf](http://www.federalreserve.gov/reportforms/formsreview/RegVV_20140131_ffr.pdf)
- <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>



# EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDE KARŞILAŞILAN BAZI MESELELER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

(Some Issues and Soluation Suggestions Which are Encourted in the  
Dissolution of the Participation in Acquired Assets Regime)

Prof. Dr. Şahin AKINCI \*

## ÖZET

Edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesiyle birlikte bu konuda yargıya pek çok dava intikal etmeye başlamıştır.

Bu zamana kadar edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili pek çok kitap ve makale kaleme alınmıştır. Ancak hayat hadiselerinin çeşitliliği, daha önce akademik çalışma konusu olmamış son derece karmaşık ve halli güç meselelerin hâkimin önüne gelmesine yol açabilmektedir. Bu durum, özellikle ilk derece mahkemelerinin işini oldukça güçleştirmektedir. Güçlüğün bir sebebi de yeni olması sebebiyle çok iyi bilinmeyen bu mal rejiminin aynı zamanda karışık bir rejim olmasıdır. Bazı konularda henüz bir Yargıtay içtihadının olmaması veya çelişkili içtihatların bulunması da aile mahkemesi hâkiminin işini güçleştiren bir diğer önemli faktördür.

Bu makalede, edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili ortaya çıkan bazı meseleler üzerinde durulmuştur. Amacımız edinilmiş mallara katılma rejimini tüm yönleriyle incelemek değildir. İnceleme konusu yapılan meseleler, az karşılaşılan veya Yargıtay'ın çelişkili kararlarına konu olan meselelerdir. Özellikle anlaşmalı boşanmalarda "mal" kavramından ne anlaşılması gerektiği, dava zaman aşımı, bankadaki paraların ve faizlerinin nasıl tasfiyeye tabi tutulacağı, şirket hisseleri ve arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tasfiyesi konuları üzerinde durulmuş ve varsa Yargıtay Kararları da tartışıldıktan sonra şahsi düşüncemiz beyan edilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Edinilmiş mallara katılma rejimi, Tasfiye, Aile Hukuku, Boşanma protokolü, Dava zaman aşımı.

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### *Abstract*

After the inurement of the participation in acquired assets regime on 01.01.2012, many cases started submitting to the courts.

Until today many books and articles published regarding the participation in acquired assets regime. However, variety of the events may cause unique and complicated cases which have never been subject to an academic study. This fact may make fairly difficult especially first instance court's judges businesses. Another reason of the difficultness is the complexness of the regime as well as being unfamiliar to people because of it is new. Absence of High Court verdicts on some issues or having contrasts on similar events are also other factors which make harder family court's judges businesses.

In this article, we have urged upon some issues arising from the participation in acquired assets regime. We did not aim to analyse the regime with its whole aspects. The issues analysed are either rare events or have been subjected to conflicting verdicts of the High Court. Especially, what should be understood of the term of "asset" on consensual divorces, limitation of action, liquidation of monies and its interests which keep in banks, dissolution of company shares and participating the credits related to the agreements of construction - land shares aspects have been examined and after the High Court verdicts discussed, our personal ideas were declared.

**Keywords:** Participation in Acquired Assets Regime; dissolution, family law, divorcing protocole, action limitation

## **I. Tasfiye Esnasında Eşlerin Birbirlerine Karşı İleri Sürebileceği Alacak Hakları**

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi esnasında eşlerin birbirlerine karşı ileri sürebileceği bir takım alacak hakları vardır. Bunlar, değer artış payı alacağı, denkleştirme alacağı ve katılma alacağıdır. Bir de mal ayrılığı rejiminin yürürlükte olduğu dönemde doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen katkı payı alacağı vardı. Uygulamada katkı payı alacağı sıklıkla katılma alacağı, bazen de değer artış payı alacağıyla karıştırılmaktadır. Bu nedenle öncelikle zikredilen kavramların ve edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin nasıl olacağını ana hatları ile açıklanmasında yarar görüyoruz

### **A) Katkı Payı Alacağı**

Katkı payı (ya da katkı payı alacağı), eski Medenî Kanunumuzun yürürlükte olduğu dönemde, mal ayrılığı rejimine tabi olan eşlerden birinin, diğer eşin malvarlığına yaptığı ve karşılığını alamadığı katkı sebebiyle sahip olduğu alacak olarak kabul ediliyordu. Böyle bir alacak hakkı Medenî Kanunda düzenlenmemesine rağmen uygulamada diğer eşin malvarlığının edinilmesi, geliştirilmesi veya korunmasına maddî



katkı sağlayan eşin böyle bir alacağının olduğu kabul ediliyor<sup>1</sup> ve bu alacak hakkı 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutuluyordu<sup>2</sup>.

Katkı payı alacağının, yeni Medenî Kanunumuzun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonra da, eşler arasında mal ayrılığı rejiminin uygulandığı dönem için talep edilmesi mümkündür. Ancak bunun için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Katkı payı talep edebilmek için öncelikle resmî bir evliliğin bulunması gerekir. Resmen evli olmayanların birlikte yaşadıkları dönemde birbirinden olan alacakları katkı alacağı değil, genel hükümlere dayanan bir alacak hakkıdır<sup>3</sup>.

İkinci olarak, yapılan katkının malî yani ekonomik değeri olan bir katkı olması gerekir. Bu katkı, bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yönelik olabilir. Katkı, para şeklinde olabileceği gibi bir malvarlığının devri şeklinde de olabilir. Öte yandan eşlerden biri emeğini koymak suretiyle de diğer eşin malvarlığına katkı yapabilir. Örneğin bir eşin diğerinin işyerinde karşılığını almadan çalışması, diğerinin bu sayede işçi ücreti ödemekten tasarruf ettiği oranda katkı sözkonusudur. Aynı şekilde bir eşin, diğerinin malik olduğu arsaya yapmakta olduğu inşaatta çalışması, kadının temizliğe gitmesi, evde üretim yaparak (el işleri vs.) bundan elde ettiği geliri eve harcaması ve kocanın da kendi kazancı ile kooperatifin aidatlarını ödemesi halinde emek ile yapılan bir katkıdan söz edilebilir<sup>4</sup>.

Bununla beraber, kadının evlilik birliğine gücü oranında yaptığı harcamalar kocaya değil aileye yapıldığından katkı alacağına neden olmaz. Bu konuda, eski Medenî Kanunumuzun 190. maddesinde şu hüküm yer almaktaydı:

*“Koca, karısının münasip bir derecede aile masrafına iştirakini isteyebilir. İştirakin miktarında ihtilaf ederlerse her biri iştirak miktarının tespit edilmesini mahkemeden isteyebilir”.*

*“Karının bu suretle iştiraki kocanın hiçbir vakitte iade ve tazmin mükellefiyetini icap ettirmez”.*

Buna göre, bir eşin ev işlerine, çocuklara harcadığı emek katkı alacağına neden olmaz. Nitekim TMK.’nin 186. maddesinin III. fıkrasında da *“Eşler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar”* hükmüne yer verilmiştir. Şu halde, çalışmayan ve herhangi bir geliri bulunmayan eşin, diğerinin edindiği bir mala katkıda bulunması ve dolayısıyla katkı alacağı talep etmesi mümkün olmadığı gibi,

<sup>1</sup> Kılıçoğlu, A. M., Katkı – Katılma Alacağı, 5. Bası, Ankara 2014, sh. 5.

<sup>2</sup> Kılıçoğlu, 51.

<sup>3</sup> Kılıçoğlu, 9.

<sup>4</sup> Kılıçoğlu, 16 – 17.

eşlerin, evin ve çocukların giderlerine emek ya da malvarlıkları ile yaptıkları katkılar, diğerinden bir katkı alacağına sebep olmaz<sup>5</sup>.

Yargıtay da pek çok kararında aynı görüşe yer vermiş ve çalışmayan eşin katkı alacağı taleplerini reddetmiştir<sup>6</sup>. Bununla birlikte, uygulamada katkı payı alacağı ile aşağıda üzerinde durulan katılma alacağı kavramları karıştırıldığı için mal ayrılığı rejiminin uygulandığı döneme ilişkin, çalışmayan eş için katkı payı alacağı talep edilmektedir. Oysa katkı payı alacağı ile katılma alacağı farklı şeyler olup, katılma alacağı talep edebilmek için davacı eşin çalışıyor ya da ekonomik bir gelir elde ediyor olması gerekmez. Diğer bir deyişle, yeni Medenî Kanunumuza göre, hiç çalışmayan, hiçbir geliri bulunmayan eş de diğer eşin edinilmiş mallarından katılma alacağı talep edebilir. Fakat edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlükte olmadığı döneme ilişkin katkı payı talep edemez.

## B) Değer Artış Payı Alacağı

Değer artış payı alacağı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 227. maddesinde düzenlenmiştir.

Evliliğin devamı esnasında bir eş diğer eşin malvarlığının edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkı yapmış olabilir. Bu katkı, kadının kişisel mallarından erkeğin kişisel ya da edinilmiş mallarına veya kadının edinilmiş mallarından erkeğin kişisel ya da edinilmiş mallarına yapılmış olabilir. Aynı şekilde erkeğin de kendi kişisel ya da edinilmiş mallarından kadının kişisel veya edinilmiş mallarına katkı yapması mümkündür. Bu durumda katkı yapan eş, diğer eşin malvarlığının değerinin artmasında pay sahibi olduğu için bu artışa değer artış payı, buna ilişkin her bir eşin diğerinden olan alacağına ise değer artış payı alacağı adı verilir. Tasfiye aşamasında her bir eş, katkı yaptığı oranda diğerine karşı bir değer artış payı alacağına sahip olur<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Kılıçoğlu, 15 – 17.

<sup>6</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 06.03.2007 tarih, 2007 / 8774 E, 2007/9394 K. sayılı kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “Keçiören'deki ev 11.04.1995'te, otomobil ise 19.08.1997 tarihinde alınmıştır. Dinlenen tanıklar, davalı kadının 2000 yılında hediyeyle eşya yapıp sattığını zaman zaman da temizliğe gittiğini ifade etmişlerdir. Davacının davalıya ait evin ve otomobilin edinilmesine katkıda bulunduğuna ilişkin bir beyan ve delil bulunmamaktadır. Kadının, ev kadını olarak, evin yemek, temizlik gibi işlerini yapması ve çocukların bakımını üstlenmiş olması, Türk Medenî Kanununun 227. maddesi anlamında katkı sayılamaz.”

Karardan anlaşıldığına göre katkı yapıldığı iddia edilen ev ve otomobil yeni Medenî Kanunumuz yürürlüğe girmeden önce alınmıştır ve davacı eş bu mallara yaptığı katkının değerini talep etmektedir. Yani her ne kadar 2007 tarihli olsa da bu karar, katkı alacağına ilişkindir. Kararda açıkça, ev işlerine yapılan katkının katkı alacağına sebep olmayacağı vurgulanmıştır.

<sup>7</sup> Gümüş, M. A., Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. m. 185 – 281), İstanbul 2008, sh.324.

Eski Medenî Kanunumuzun yürürlükte olduğu dönemde doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen katkı payının yerini, yeni Medenî Kanun döneminde değer artış payı alacağı almıştır. Buna göre, diğer eşin malvarlığının edinilmesi, iyileştirilmesi ve korunmasına katkı yapan eş, tasfiye esnasına bu katkısının karşılığını talep edebilir (TMK. m. 227). Ancak tıpkı katkı payında olduğu gibi burada da yapılan katkının ekonomik bir katkı olması gerekir. Çalışmayan eşin eve ve çocuklara bakarak yaptığı katkı değer artış payı alacağına neden olmaz<sup>8</sup>. Diğer bir deyişle, TMK. m. 227 anlamındaki katkı, para ile ölçülebilen bir katkı olmalıdır. Eşin katkısı, evlilik birliğinin giderlerine olağan veya olağanüstü katkı şeklinde gerçekleşse bile TMK. m. 227 anlamında bir değer artış payı alacağı konusu oluşturmaz<sup>9</sup>.

Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında bu hususa işaret ederek, ekonomik değer ifade etmeyen ya da aile birliği veya müşterek çocuklar için yapılan harcamaların istenemeyeceğine hükmetmiştir<sup>10</sup>.

### C) Denkleştirme Alacağı

Edinilmiş mallara katılma rejiminde her eşin iki grup malı bulunmaktadır: 1. Kişisel malları, 2. Edinilmiş malları.

Evliliğin devamı esnasında bu mal grupları arasında bir takım kaymalar olabilir. Tasfiye aşamasında öncelikle bunların iadesi gerekmektedir. Buna göre, eğer bir eş, kişisel mallarından edinilmiş mallarına bir katkı yapmışsa bu katkının iade edilmesi gerekir. Aynı şekilde edinilmiş mallardan kişisel mallara yapılan katkı da iade edilecektir. İşte eşlerden birinin bir mal grubundan diğerine yaptığı katkının iadesine “denkleştirme” denir. Bir mal gurubunun diğer mal gurubundan olan alacağına ise “denkleştirme alacağı” adı verilir (TMK. m. 230)<sup>11</sup>.

### D) Katılma Alacağı

Denkleştirme işleminin yapılması ve değer artış payı alacaklarının iadesinden

<sup>8</sup> Bkz. Zeytin, Z., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005, sh. 132 vd.

<sup>9</sup> Karamercan, F. Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Ankara 2014 – sh. 198.

<sup>10</sup> “...Davacının, hükmün dava konusu 183 ada 1 sayılı parselde kain 16 nolu bağımsız bölüme ilişkin kısmına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; her ne kadar, davacı; dava konusu taşınmazın iç inşaatının yapılmasında gerek bizzat çalışarak gerekse bir kısım masrafları ödeyerek katkı sağladığını ileri sürerek mal rejiminin tasfiyesi kapsamında alacak isteğinde bulunmuş ise de; taşınmazın iç inşaatında bizzat çalışması maddi katkı sayılmayacağından Mahkemece bu yönde anılan istek bakımından ret kararı verilmesi doğru olmuştur (Y. 8. HD. 03.10.2013 3141 /14186 sayılı karar). “...Aile birliği içinde yapılan harcamalar ile müşterek çocuklar için yapılan harcamaların davalıdan tahsili mümkün olmadığına...” (Y. 8. HD. 10.10.2013, 3345 /14705 sayılı karar). Kararlar için bkz. Karamercan, 196 – 197.

<sup>11</sup> Gümüş, 358.

sonra her bir eşin edinilmiş malının miktarı değer olarak belli olur. Eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere her eşin toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktara artık değer adı verilir (TMK. m. 231). Her eş veya mirasçılığı, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olur. Alacaklar takas edilir (TMK. m. 236). Buna göre, artık değeri fazla çıkan eş, diğerine karşı, artık değer eşitlenebilmesi için verilmesi gereken rakam kadar borçlanmış olur. Örneğin kadının artık değeri 50.000 TL, erkeğinki 150.000 TL ise, kadın erkeğe 25.000, erkek kadına 75.000 TL borçlanmış olacaktır. Alacakların mahsup edilmesi sonucunda erkeğin kadına 50.000 TL borcu kalacaktır. Bu borcun ödenmesi ile her iki taraf da artık değerden 100.000 TL almış olacaktır.

İşte artık değeri daha az olan tarafın diğerine karşı olan bu alacağına “katılma alacağı” adı verilir. Kısaca ifade etmek gerekirse katılma alacağı, eşlerin, tasfiye aşamasında ortaya çıkan artık değer yarısı üzerinde sahip oldukları haklardır.

## II. Edinilmiş Mal Kavramı ve Özellikle Bankadaki Paralarla Şirket Hisseleri ve Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacağın Edinilmiş Mal Sayılıp Sayılmayacağı Meselesi

### A) Edinilmiş Mal Kavramı

TMK. m. 219’da “*her bir eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını verecek elde ettiği mal varlığı değerleri*” edinilmiş mal olarak tanımlanmıştır.

Hükme göre edinilmiş mallar kural olarak mal rejiminin devamı sırasında emek karşılığı elde edilen mallardır. Ancak bu kurala pek çok istisna da getirilmiştir. Kişisel malların gelirleri ya da sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan ödemeler gibi. Bu çerçevede örneğin eşlerin evlendikten sonra (mal rejiminin devamı esnasında) kazandıkları paralar, satın aldıkları ev, araba, bankada biriktirilen para, ticarî bir işletmenin kâr payı kural olarak edinilmiş maldır<sup>12</sup>.

Aynı maddenin II. fıkrasında ise “*Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır*” denildikten sonra bazı edinilmiş mallar beş bent halinde sayılmıştır. Kanun “*özellikle*” dediğine göre bu sayma tahdidi bir sayma değildir.

Kanundaki tanıma göre bir malın edinilmiş mal sayılabilmesi için;

a) Edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı esnasında elde edilmiş olması

<sup>12</sup> Özdamar, D. / Kayış, F., Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 2. Baskı Ankara 2014, sh. 43; Ateş, T., Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, 3. Baskı, Ankara 2013, sh. 114 vd.; Şıpka, Ş. Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Baskı, İstanbul 2013, sh. 92 vd.; Acar, F. Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 4. Baskı, Ankara 2008, sh. 36 vd.; Gümüş, 254 vd.

gerekir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin eşler arasında geçerli olmasından önce veya sona ermesinden sonra edinilen her türlü malvarlığı değeri kanun gereği edinilmiş mal kapsamında değildir<sup>13</sup>.

b) Karşılığı verilerek edinilmiş olmalıdır. Ancak Kanunda her ne kadar bir malın edinilmiş mal sayılabilmesi için karşılığının verilerek elde edilmiş olması şartı aransa da, 220 ve 221. maddeler birlikte incelendiğinde tanımın yeterince açık olmadığını söyleyebiliriz. Zira bu mal rejiminin devamı esnasında karşılığı ödenerek edinilen bazı mallar kişisel mal sayıldığı halde (m. 220/I-1), karşılığı verilmeden elde edilen bir kısım malvarlığı değerleri ise edinilmiş mal sayılmıştır (m. 219/I-4)<sup>14</sup>. Bu durum uygulamada tereddütlere yol açmakta, meselâ ticari kazancın kişisel mal olduğu ileri sürülebilmektedir. Bankadaki paraların ve bu paraların faizlerinin edinilmiş mal mı kişisel mal mı olduğu noktasında da bazı tereddütler yaşanmaktadır. Dahası, edinilmiş mal olarak kabul edilse bile paranın nasıl tasfiye edileceği konusu uygulamada yeterince anlaşılabilmiş değildir. Benzer bir durum şirket hisseleri, bu hisseler karşılığında elde edilen gelirler ve arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar için de geçerlidir. Aşağıda özellikle bu üç konu üzerinde durulmuştur. Ancak bu konuları incelemeye geçmeden önce kısaca ispat konusuna temas etmeyi yararlı görüyoruz.

TMK. m. 222/son'a göre "*Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal sayılır*".

Şu halde bazı malların kişisel mal olduğunu iddia eden davalı bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Eşler malvarlığı değerlerinin kime ve hangi mal grubuna ait olduğunu her türlü delille ispat edebilirler. Yeni edinilen bir malın edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğu tespit edilirken, o malın hangi mal grubunun daha fazla katkı yapılarak edinildiğine bakmak gerekir. Bir malın bütün olarak belli bir mal grubuna özgülenmesi gerekebilir. Bu durumda o malın edinilmesinde hangi mal grubundan daha çok katkı yapılmışsa mal o guruba özgülenmeli, diğer mal grubunun ise katkısı oranında denkleştirme alacağının bulunduğu kabul edilmelidir<sup>15</sup>.

## **B) Banka Hesaplarında Bulunan Paralar ve Faiz Gelirleri**

### **1) Bankadaki Paralar**

Yukarıda da belirtildiği gibi bankadaki paraların davalının ticari kazancı olduğu dolayısıyla edinilmiş mal sayılamayacağı yönünde iddialar gündeme gelmektedir.

<sup>13</sup> Zeytin, 92.

<sup>14</sup> Zeytin, 91.

<sup>15</sup> Zeytin, 87, 89.

Özellikle mesleki veya ticari faaliyetini belli bir şirket üzerinden değil de şahıs işletmesi şeklinde sürdüren kişiler, kendi adlarına bankada hesap açtırmakta ve ticari işletmesinin tüm gelirlerini bu hesapta toplamaktadırlar. Harcamalar da yine aynı hesaptan yapılmakta hatta bankadan çek karnesi alınarak ileri tarihli çekler yazılmaktadır<sup>16</sup>. Böyle durumlarda banka hesaplarında sürekli bir hareket gözlenmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere ticarî gelirler kişisel mal değil edinilmiş maldır. Bu nedenle tasfiyeye tabi tutulması gerekir. Fakat şahıs işletmeleri ile şirketler arasında şöyle bir fark vardır: Aşağıda açıklandığı üzere edinilmiş mal olan şirket gelirlerinin hesaplanabilmesi için mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla şirketin ne kadar kâr ettiğini tespit etmek gerekecektir. Bu tespitten sonra davalı eşe kârdan düşecek hisse bulunacak ve bunun üzerinde diğer eşin yüzde elli oranında pay sahibi olduğu kabul edilecektir. Bu tespiti yapabilmek için de çoğu zaman yılsonunun gelmesi ve bilançonun kesinleşmesi beklenecektir. Kanaatimizce şahıs işletmelerinde de aynı şekilde düşünmek gerekir. Bu nedenle bankadaki paranın tamamını edinilmiş mal sayarak tasfiyeye tabi tutmak yerine, eğer bu hesap ticari bir hesap ise şahıs işletmesinin borçları düşüldükten sonra kalan miktar tasfiyeye tabi tutulmalıdır. Nitekim TMK. m. 231'e göre artık değer hesap edilirken her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçların çıkarılması gerekir. Bu durumda şahıs işletmesine sahip olan eşin tüm edinilmiş malları hesap edilerek işletmenin borçları bu miktardan düşülebileceği gibi, işletmenin gelirlerinden giderlerinin ve borçlarının düşülmesi suretiyle de hesap yapılması mümkündür ki kanaatimizce bu ikinci yol daha doğru bir yoldur.

Bankadaki paralar tasfiyeye tabi tutulurken dikkat edilmesi gereken başka hususlar da vardır. Belirtmek gerekir ki, tasfiyeye tabi olması gereken değerler edinilmiş mallardır. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait olan tüm mallar, kaynağına, nasıl kazanıldığına bakılmaksızın kişisel mal sayılır (TMK. m. 220/2). Şu halde mal rejiminin başlangıcında banka hesaplarında bulunan paralar her bir eşin kişisel malıdır. Bu nedenle kişisel mal sayılan paraların, daha sonra hesaba yatırılan, dolaşısıyla edinilmiş mal sayılan paralardan çıkarılması ve kalan miktarın tasfiyeye tabi tutulması gerekir. Örneğin mal rejiminin başlangıcında hesapta 10.000 TL varken, tasfiye tarihinde bu rakam 30.000 TL'ye çıkmışsa, tasfiye edilecek para 30.000 TL değil,  $30.000 - 10.000 = 20.000$  TL'dir. Aksine bir uygulama kişisel malların da tasfiye edilmesi sonucunu doğurur ki bu sonuç TMK. m. 220/2'ye açıkça aykırıdır. Oysa uygulamada tasfiye tarihindeki bakiyenin tasfiyeye tabi tutulduğu, mal rejiminin başlangıcındaki değerlerin hesaptan düşülmediği görülmektedir.

Buna göre, mal rejiminin başlangıcında hesapta olan ve kişisel mal sayılan para-

<sup>16</sup> Bilindiği üzere çekler görüldüğünde ödenecek senetlerdir. Ancak uygulamada keşide tarihi ileri bir tarih yazılmak suretiyle bir çeşit vadeli çekler düzenlenmektedir.

ların mal rejiminin sona erdiği tarihte hesapta olan para miktarına eşit olması halinde tasfiye edilecek bir değer yok demektir.

Mal rejiminin başlangıcındaki değer (kişisel mal sayılan para) tasfiye tarihindeki değerden daha yüksekse yine tasfiye cihetine gidilemez.

Evliliğin uzun sürmesi halinde mal rejiminin başlangıcı ile sona erdiği tarih arasındaki süre de genellikle oldukça uzun olacaktır. Bu durumda mal rejiminin başladığı tarihte hesapta bulunan ve kişisel mal sayılan paranın nominal değerinin esas alınması hakkaniyete aykırı olur. Kanaatimizce bu paranın reel değerinin dikkate alınması gerekir.

Ayrıca kişisel mal sayılan bu para ticari faaliyette sermaye olarak kullanılmış ve dolayısıyla eşin edinilmiş mal sayılan gelirlerinin elde edilmesine katkı sağlamışsa, TMK. m. 230/III'e göre yapılan bu katkı denkleştirmede dikkate alınmalıdır. Çünkü her ne kadar ticarî kazanç kişisel mal değil edinilmiş mal olsa da bu kazancın (edinilmiş malın) elde edilmesinde kişisel malların katkısı varsa bu katkı hesaplanarak denkleştirmeye tabi tutulmalıdır. Denkleştirme hesabı yapılırken kişisel mal sayılan paranın edinilmiş mal sayılan gelire yaptığı reel katkı bulunacak ve çıkan rakam edinilmiş mallardan düşülecektir. Örneğin mal rejiminin başlangıcında hesaptaki para (kişisel mal sayılan para) 10.000 TL, tasfiye tarihinde hesapta bulunan para 30.000 TL ise edinilmiş mal sayılan para 30.000 TL – 10.000 TL = 20.000 TL'dir. Ancak bu 20.000 TL'nin edinilmesinde kişisel malın katkısı varsa katkının reel değerinin uzman bilirkişilere hesaplatırılıp bu değer 20.000 TL'den düşülmesi gerekir (TMK. m. 230/III).

Mal rejiminin devamı esnasında hesaptan çekilen paralar kural olarak hesaba dâhil edilmez. Çünkü eşlerden biri diğerinin katılma alacağını azaltmak kastıyla elden çıkarmadığı müddetçe (TMK. m. 229/I) yaptığı harcamalardan sorumlu değildir<sup>17</sup>. Davalının bazı değerleri kasten elden çıkardığını davacı ispat etmekle yükümlüdür<sup>18</sup>.

Özellikle ticarî hesaplarda mal rejiminin sona erdiği (meselâ boşanma davasının açıldığı) gün hesaba para yatırılmış ve aynı gün bu paranın bir kısmı veya tamamı çekilmiş olabilir. Bu durumda çekilen paranın tasfiye edilip edilmeyeceği meselesi ile karşılaşılr.

<sup>17</sup> TMK. m. 229/II'ye göre "Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler" edinilmiş mallara değer olarak eklenir. Ancak bunun için temlikte bulunan eşin diğerinden katılma alacağını kaçırma kastına sahip olması ve bunun kanıtlanması gerekir. Alacak, kaçırma kastı kanıtlanabilirse tasfiyede dikkate alınacaktır (Kılıçoğlu, 141). Burada ispat yükü, devirin kasten yapıldığını iddia eden davacıdadır.

Karşılıksız kazandırmalarda ise, eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar varsa bunlar da edinilmiş mallara eklenir ve tasfiyeye tabi tutulur (TMK. m. 229/I).

<sup>18</sup> Şıpka, 236.

Kanaatimizce, tasfiyeye tabi olan mal, hak ve alacaklar mal rejiminin başlangıç anı ile tasfiye tarihi (meselâ boşanma davasının açıldığı tarih) arasında edinilenler olduğu için aynı gün çekilen bu para tasfiyeye tabi tutulmamalıdır. Zira bu tarih boşanma davasının açıldığı ve taraflar arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği tarihtir.

Aksine bir düşünce bariz bir çelişkiyi beraberinde getirecektir. Şöyle ki;

Eğer boşanma davasının açıldığı günün akşamına kadar mal rejiminin devam ettiği kabul edilirse bu durumda mal rejimi devam ederken çekilen diğer paralar gibi bu paranın da tasfiye edilmemesi gerekir. Bu kuralın istisnası davalının davacıdan mal kaçırma kastı ile hareket etmesidir. Ancak hesap sahibi eş ticaretle uğraşiyor ve hesabında sürekli bir hareketlilik gözleniyorsa mal kaçırma kastının varlığından söz etmek oldukça güç olacaktır. Özellikle anlaşmalı boşanmalarda mal kaçırma kastının varlığından söz etmek çok zordur.

Şayet boşanma davasının açıldığı günün sabahı mal rejimi sona ermiştir denilirse (ki kanaatimizce böyle bir yorum yanlış bir yorum olur) bu durumda da yatırılan para mal rejimi sona erdikten sonra yatırılmış olduğu için kişisel mal sayılacak ve yine tasfiyeye tabi tutulmayacaktır.

Bu noktada davanın açıldığı saat ile paranın çekildiği saate bakarak bir sonuca ulaşmak gerektiği de düşünülebilir. Fakat böyle bir değerlendirmeyi haklı kılacak bir düzenleme TMK'da bulunmamaktadır. Ayrıca davanın açıldığı saati tespit etmek de her zaman mümkün olmayabilir. Sürelerin hesabında genel kural işlemin yapıldığı günün sayılmaması olduğuna göre, mal rejiminin davanın açıldığı gün mesai saati bitiminde sona erdiğini kabul etmenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

## 2) Faiz Gelirleri

Bankadaki paralarla birlikte faiz gelirleri de tasfiyeye tabidir. Ancak faiz gelirlerinin tasfiye edilebilmesi için böyle bir gelirin gerçekten elde edilmiş olması gerekir. Alınmayan faiz tasfiyeye tabi tutulamaz. Örneğin para vadesiz hesaba yatırılmış ve faiz işletilmemişse faiz geliri yok demektir. Bu ihtimalde bankadaki paranın getirebileceği muhtemel faiz hesap edilerek çıkan rakamın tasfiyesi talep edilemez. Zira bu dava bir tazminat davası değildir. Katılma alacağı davalarında tasfiyeye tabi tutulan gelirler elde edilmesi muhtemel gelirler değil elde edilen gelirlerdir.

Dikkat edilmesi gereken ikinci bir husus da şudur: Faiz alacağının mal rejimi devam ederken doğmuş ve henüz tahsil edilmemiş olması gerekir. Şayet davalı tarafından tahsil edilmiş ve harcanmışsa bu gelirin de tasfiyesi mümkün değildir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere diğer eşin katılma alacağını azaltmak maksadıyla kasten elden çıkarmadığı müddetçe (TMK. m. 229/I) faiz geliri elde eden ve bu parayı harcayan eş yaptığı harcamalardan sorumlu değildir.



Eşin evlenmeden (veya mal rejiminin başlamasından) önce bankaya yatırdığı parasının faiz geliri kişisel mal sayılırken, daha sonra işleyecek kısmı edinilmiş mal sayılır<sup>19</sup>.

Bazen, elde edilen faiz gelirinin belli dönemlerde repo hesabına aktarıldığı ve anaparaya eklendiği görülmektedir. Eğer banka faizi hesaplayarak anaparaya eklemişse, mal rejiminin sona erdiği tarihteki hesap bakiyesinin içinde faiz de bulunduğu için ayrı bir faiz alacağı sözkonusu olmayacaktır. Aksi halde faiz geliri iki kez tasfiye edilmiş olur.

Faiz geliri hesaplanırken enflasyon hesabının da yapılması gerekir<sup>20</sup>. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi mal rejiminin başlangıcında bankada bulunan para kişisel mal sayılacağından, eğer enflasyon hesabı yapılacaksa mal rejiminin sonundaki (tasfiye tarihi) değere göre değil, başındaki değere göre bir hesap yapılmalıdır. Yani başlangıçtaki değer 10.000 TL (kişisel mal); tasfiye tarihindeki değer ise 30.000 TL ise, 10.000 TL'nin enflasyon sebebiyle kaybettiği değer bulunmalı (örneğe göre enflasyon % 10 ve değer kaybı da 1.000 TL ise) ve bu değer faiz alacağından (artık değerden<sup>21</sup>-katılma alacağından değil) düşülmelidir.

### C) Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacaklar

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde arsa sahibi, kendisine verilecek bağımsız bölümler karşılığında arsasının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir. Bunun sonucunda arsa sahibi bağımsız bölüm alacağına sahip olmaktadır.

<sup>19</sup> Gümüş, 261 – 262.

<sup>20</sup> Şıpka, 102; Acar, 56. Bu konuda Zeytin şu bilgileri vermektedir: “*Acaba faiz gelirinin hesabında enflasyonun etkisi dikkate alınmalı mıdır? Bizim de katıldığımız hâkim görüş, faiz gelirinden enflasyon nedeniyle uğranan kayıpların hesaplanıp çıkartılmasının, kişisel malın varlığının korunması açısından savunmaktadır. Örneğin 10.000 YTL'lik kişisel malın senelik 2.500 YTL faiz getirisi olduğunu varsayalım. Aynı döneme ait yıllık enflasyonun da % 10 olduğunu kabul edersek, 10.000 YTL'nin satın alma gücü 1.000 YTL'lik bir kayba uğramıştır. Dolayısıyla faiz gelirinden 1000 YTL düşülerek kişisel malın satın alma değerinin ve varlığının korunması sağlanmalıdır. Sonuç olarak 1500 YTL tasfiyede kişisel malın geliri olarak dikkate alınmalıdır. Aksi, kişisel mal gurubunun aleyhine olacaktır* (Zeytin, 112). Benzer bir örnek için bak. Kılıçoğlu, 129; Acar, 56.

<sup>21</sup> TMK. m. 231'e göre artık değer, eklemeyen ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Borçlar gibi, enflasyon sebebiyle meydana gelen değer azalması da artık değerden düşülmelidir. Eğer artık değerden değil de katılma alacağından düşülürse bu durum davacının aleyhine bir haksızlığa sebep olur. Örneğin artık değer 10.000 TL ve enflasyon sebebiyle düşülmesi gereken rakam 1.000 TL ise çıkarma işlemi yapıldıktan sonra 9.000 TL artık değer kalacak, bu rakamın yarısı üzerinde davacı eş pay sahibi olacağı için davacının katılma alacağı 4.500 TL edecektir. Şayet 1.000 TL artık değerden değil de katılma alacağından düşülürse, artık değerinin yarısı 5.000 TL olacağı için, 1.000 TL düşüldükten sonra davacı eşin katılma alacağı 4.000 TL edecektir. Bu hesap tarzı davacının aleyhine 500 TL haksızlığa sebep olmaktadır.

Uygulamada eşlerden birinin arsa sahibi olarak böyle bir sözleşmeye taraf olduğunu ve diğer eşin tasfiye esnasında sözleşme gereği verilecek bağımsız bölümlerin yarısı üzerinde hak iddia ettiği sıkça görülmektedir. Bu durumda bağımsız bölüm alacağının edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Bir mal varlığının ya da alacak hakkının edinilmiş mal sayılabilmesi için mal rejimini devamı esnasında edinilmiş olması gerekir<sup>22</sup>. Mal rejimi başlamadan önce ya da tasfiye tarihinden sonra edinilen mal veya haklar edinilmiş mal değildir.

Eşlerden biri hangi yolla edinirse edinsin, eğer inşaatın yapılacağı arsaya mal rejiminin başlangıcından önce sahip olmuşsa arsa kişisel maldır. Ancak arsanın geliri, bu arsa sebebiyle elde edilen alacak vs. bazı şartlar altında edinilmiş mal olabilir.

Mal rejiminin başlangıcından önce doğmuş olan alacak hakkı, alacak mal rejiminin devamı esnasında tahsil edilmiş olsa bile kişisel maldır. Örneğin henüz evlilik kurulmadan önce muaccel olan faiz alacağı evlilik kurulduktan sonra tahsil edilmişse kişisel mal olacaktır. Aynı durum arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinden doğan bağımsız bölüm alacakları için de geçerlidir. Alacağın ne zaman doğduğuna bakarak edinilmiş mal olup olmadığını belirlemek gerekir.

Yüklenici ile yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde alacak hakkı sözleşmenin yapıldığı anda doğmaktadır. Bu durumda sözleşme eğer mal rejiminin başlangıcından önce kurulmuşsa alacak kişisel mal, aksi halde edinilmiş mal sayılacaktır. Kooperatifin daireleri ne zaman tamamlayıp teslim ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka husus da şudur:

Bilindiği üzere hangi malların edinilmiş mal sayıldığı TMK. m. 219'da sayılmıştır.

Bir malın edinilmiş mal sayılabilmesi için kural olarak eşin çalışmasının karşılığı olan bir edinim olması gerekir (TMK. m. 219/1). “*Çalışma karşılığı olan edinim*” den anlaşılması gereken eşin geniş anlamda hizmet sözleşmesine dayanarak elde ettiği ücret veya serbest meslek sahibi olarak çalışması sonucu elde ettiği gelir veya bir işletme faaliyeti dolayısıyla elde ettiği kazançtır. Eşin çalışmasının yanı sıra sermayesini de koyarak katıldığı faaliyetlerde, sermaye olarak konulan malvarlığındaki değer artış ya da azalışının sebebini araştırmak gerekir. Bu konuda doktrinde, eğer sermaye olarak konulan malvarlığı değerindeki artış ya da azalış serbest pazarda oluşan arz ve talep sonucu olarak konjonktüre bağlı ise (konjonktürel değer artışı) bu artış veya azalışın o mal varlığının ait olduğu guruba ait olacağı ifade edilmektedir. Yani kişisel malsa artış da kişisel mallara, edinilmiş malsa edinilmiş mallara ait olacaktır. Eğer artış konjonktürel değil de eşin olağan yönetim faaliyetlerini aşan çalışmasının karşılığı ise

<sup>22</sup> Zeytin, 92.

bu halde endüstriyel değer artışından söz edilmekte ve bu artış edinilmiş mal sayılmaktadır. Doktrinde verilen şu örnek konunun aydınlatılması açısından önemlidir: Emlakçilikle uğraşan eşin sahip olduğu imara kapalı bölgedeki arsanın, daha sonra bölgenin imara açılması dolayısıyla değerlenmesindeki artış konjonktürel olup, arsa hangi mal gurubunda ise artış da o mal gurubuna ait olacaktır. Fakat bu artış eşin olağan yönetim faaliyetlerini aşan kişisel çalışmasının karşılığı ise edinilmiş mal kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde şunları söyleyebiliriz. Eğer bir eş arsasını kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile yükleniciye vermişse, arsa payı karşılığında aldığı bağımsız bölümler çalışmasının karşılığı elde etmiş olduğu değer olarak kabul edilemez. Burada tamamen konjonktürel bir artıştan söz edebiliriz. Zira arsa sahibi olan eşin olağan yönetim faaliyetlerini aşan bir çalışması, gayreti sözkonusu değildir. Bu durumda eğer arsa kişisel mal ise, bunun karşılığında alınan bağımsız bölümler de kişisel maldır. Arsa edinilmiş malsa, bağımsız bölümler de edinilmiş mal sayılacaktır<sup>24</sup>.

Öte yandan arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi belli bir arsa payını devrederken yüklenici de belirli sayıda bağımsız bölümü yapıp arsa sahibine devretme borcu altına girer. Bu durumda arsa sahibine verilen bağımsız bölümler, yükleniciye devredilen arsa payının karşılığını oluşturur. Eğer yükleniciye devredilen arsa payı kişisel mal ise, ikame ilkesi gereğince kişisel mal yerine geçen değerler de kişisel maldır.

Bu noktada, devredilen arsa payı karşılığında kazanılan bağımsız bölümlerin değerinin daha yüksek olduğu düşünülebilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde bu değer artışı arsa sahibi eşin çalışmasının karşılığı değildir. Bu nedenle TMK. m. 219/1'e göre edinilmiş maldan bahsedilemez.

TMK. m. 219/4'e göre kişisel malların gelirleri de edinilmiş maldır. Fakat arsa payının devri karşılığında kazanılan bağımsız bölümler gelir olarak değerlendirilemez<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Zeytin, 97, 100 – 101; Aynı görüşte, Gümüş, 257; Acar, 45.

<sup>24</sup> Bununla beraber bir yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca elde ettiği bağımsız bölümler emeğinin karşılığı elde edilen değerler olduğu için edinilmiş mal olarak kabul edilecektir (Şıpka, 93 – 94).

<sup>25</sup> Kişisel malların gelirlerinin neler olabileceği konusunda TMK.'nin 685. maddesi yol gösterici niteliktedir. Buna göre, ürünler (gelirler), dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir. Doğal ürün olarak karşımıza, bir tarladan veya bahçeden alınan ürünler (sebze, meyve vb.); bir maden veya kaynaktan elde edilenler; hayvansal ürünler (süt, yumurta, yün, tezek, hayvan yavruları vb.) çıkmaktadır. Kişisel malların hukukî gelirleri de edinilmiş maldır. Hukukî gelir olarak her türlü faiz geliri, kâr payı, fikir ve sanat eserinden elde edilen gelirler, taşınır taşınmaz malların kira gelirleri sayılabilir. (Zeytin, 111 – 112; Aynı görüşte, Gümüş, 260 – 261; Şıpka, 100 – 101; Acar, 51 vd.). Görüldüğü üzere arsa payı karşılığında kazanılan bağımsız bölüm alacağını bu anlamda bir gelir olarak kabul etmek mümkün değildir.

Sonuç olarak, eğer arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi mal rejiminin başlangıcından önce yapılmışsa, alacak hakkı mal rejiminin başlangıcından önce kazanıldığı için bağımsız bölüm alacağı kişisel mal olarak kabul edilmelidir.

Sözleşme mal rejiminin devamı esnasında yapılmış olsa bile, eğer arsa kişisel mal ise bağımsız bölüm alacağı emek karşılığında elde edilmiş bir değer olmadığından, kişisel malın geliri de sayılamayacağından yine kişisel mal sayılmalıdır.

İnşaatın geç tesliminden kaynaklanan tazminat hakkı asıl alacağa bağlı olduğu için asıl alacak kişisel mal sayılırsa tazminat alacağı da kişisel mal, edinilmiş mal sayılırsa edinilmiş mal sayılmalıdır.

#### **D) Şirket Hissesinde Kaynaklanan Alacaklar**

Şirket hissesine mal rejiminin başlangıcından önce sahip olunmuşsa bu hissenin kişisel mal olduğu ve tasfiyeye tabi tutulmayacağı açıktır. Ancak kişisel malların gelirleri edinilmiş mal olduğundan şirketin mal rejiminin devamı esnasında yapmış olduğu kâr edinilmiş mal olarak tasfiyeye tabi tutulacaktır. Bu durumda şirket hisseleri dolayısıyla katılma alacağı talep edilemez. Sadece mal rejiminin başladığı tarihten itibaren, boşanma davasının açıldığı tarihe kadar geçen süre içinde tahsil edilen ve boşanma davası tarihinde tasarruf edilmemiş olan temettülerin yarısı üzerinde katılma alacağı talep edilebilir.<sup>26</sup>

Bu noktada tasarruf “edilmemiş temettü” kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Eğer davalı eş, boşanma davası açılmadan önce şirketten temettü almış ve bunları harcamışsa artık harcanan miktar tasfiyeye tabi değildir. Bu kuralın istisnası, TMK. m. 229’da belirtilen tasarruflardır. Eğer TMK. m. 229’da zikredilen bir tasarruf sözkonusu değilse, TMK. m. 223 uyarınca her bir eş mal rejimi süresince gerek kişisel gerekse edinilmiş mallarında tasarruf yetkisine sahip olduğundan, tasarrufta bulunan eşin hisse satış bedeli (ya da elde ettiği kâr payı) mal rejimini son bulduğu tarihte mevcut olmayıp, evin ortak ihtiyaçlarına veya ticari işlerine harcanmışsa diğer eş bunda bir katılma alacağı talep edemeyecektir.<sup>27</sup> Şu halde ancak, elde edilen temettüler boşanma davasının açıldığı anda malvarlığında mevcutsa tasfiyeye tabi tutulacaktır.

Eğer şirket kâr dağıtılmamasına karar vermişse, diğer eş, dağıtılmayan temettülerin mahkemece karar tarihindeki reel değerini yasal faiziyle birlikte katılma alacağı olarak talep edebilecektir<sup>28</sup>.

Demek ki eğer dava tarihine kadar dağıtılmayan bir kâr payı varsa bu kâr payı tasfiyeye tabi tutulacaktır. Bununla beraber tasfiyeye tabi kâr payı şirketin mal re-

<sup>26</sup> Kılıçoğlu 115 vd.

<sup>27</sup> Bkz. Kılıçoğlu, 117; Gümüş, 277 vd.

<sup>28</sup> Kılıçoğlu, 116 vd.

jimi devam ederken elde ettiği kâra ilişkin olmalıdır. Bunu için şirket defterlerinin incelenerek dağıtılmayan kâr payının olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada karşımıza çıkan en önemli güçlük, yılsonu gelip hesaplar kapatılmadan şirket kârının belirlenmemesidir. Fakat yılsonu itibariyle elde edilen gelirin ne kadarının hesaba katılacağı da ayrı bir mesele olarak karşımızda durmaktadır. Zira mal rejiminin devamı esnasında kâr etmeyen bir şirket bu tarihten itibaren kâr etmeye veya kâr eden şirket zarar etmeye başlamış da olabilir. Bu durumda yılsonunda ulaşılan kârı oranlamak suretiyle sonuca ulaşmaya çalışmak hem Kanuna hem de adalete uygun düşmeyecektir. Kanaatimizce mal rejiminin sona erdiği tarih itibariyle, bilirkişilere şirket defterleri incelettirilmek suretiyle bir hesap yaptırılarak, bu döneme ilişkin kâr tespit edilmeli ve bulunan miktar edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir.

Şirket hisseleri mal rejiminden önce elde edilmişse kişisel mal sayılıp tasfiyeye tabi tutulmasa da, zaman zaman şirketlerde sermaye artırımına gidildiğine şahit olunmaktadır. Bu durumda şirket hisselerinin değerlerinde artış meydana gelmektedir. Kanaatimizce bu değer artışı artık çalışmanın karşılığında elde edilen bir artış olarak nitelendirilmeli ve edinilmiş mal sayılmalıdır. Hisse devirleri için de aynı şekilde düşünmek gerekir. Mal rejiminin devamı esnasında hisse devri yapılmışsa, devralan eş açısından bu hisse, edinilmiş mal sayılmalıdır. Ancak bedelsiz bir devir varsa o zaman kişisel maldır.

### III. Anlaşmalı Boşanmalarda İmzalanan Protokollerin Katılma Alacağına Kapsayıp Kapsamadığı Meselesi

Anlaşmalı boşanmalarda taraflar bir boşanma protokolü ile boşanmanın malî sonuçlarını da düzenlemektedirler.

TMK. m. 166/II'ye göre, “*Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek idarelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.*”

Görüldüğü üzere tarafların bu hükme göre boşanabilmeleri için boşanmanın malî sonuçları üzerinde anlaşmaları gerekmektedir<sup>29</sup>.

Ancak anlaşmalı boşanmalarda, taraflarca hazırlanan ve mahkeme tarafından onaylanan protokolde geçen ifadelerin belirsiz olması uygulamada duraksamalara yol açmıştır. Kullanılan ifadelerin sadece boşanmanın malî sonuçlarını mı kapsadığı yok-

<sup>29</sup> Akıntürk, T. / Karaman, D. A., Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, II. Cilt, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, sh. 272.

sa tarafların katkı ve katılma alacağı hususunda anlaşmış olduklarını da kabul etmek mi gerekeceği hem doktrin hem de uygulamada tartışmalara neden olmuş, Yargıtay tarafından da farklı kararlar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki anlaşmalı boşanmada tarafların katkı ve katılma alacaklarıyla ilgili olarak da anlaşmış olmalarına bir engel yoktur. Hatta böyle bir anlaşma ilerde çıkabilecek ihtilafların önlenmesi ve yargıyı da meşgul etmeme açısından usul ekonomisine de uygun bir çözümdür. Önemli olan taraf iradelerinin açık ve tartışmaya yer vermeyecek bir şekilde ortaya konulmuş olmasıdır. Böyle bir irade mevcut ise, boşanma davasında mahkeme huzurundaki bu resmî ikrar ve beyanlar kesin delil niteliğinde bağlayıcı olup; aynı konuda yeni bir dava açılmasını da önler.<sup>30</sup> Bununla beraber boşanma protokolünde geçen bazı ifadeler, tarafların, maddî ve manevî tazminat taleplerinin yanı sıra katkı ve katılma alacağı konusunda da anlaşmış oldukları noktasında tereddütlere sebep olmaktadır.

Bu konuda Yargıtay da muhtelif olaylarda farklı kararlar vermiştir. Bazı olaylarda protokolde geçen ifadelerle bakarak tasfiye davası açılmayacağına hükmeden Yargıtay, bazı olaylarda protokole rağmen dava açılacağına karar vermiştir.

#### A) Yargıtay'ın Protokole Rağmen Dava Açılacağı Yönündeki Bazı Kararları

Bir kararında Yargıtay, “*her türlü maddî (parasal) şahsi eşyalarımızı karşılıklı olarak aldık ve bu konuda birbirimizden alacağımız bulunmamaktadır. Boşanma sebebiyle birbirimizden tedbir, yoksulluk nafakası veya herhangi bir şekilde maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuyoruz*” şeklindeki beyanı, mal rejiminin tasfiyesi davası açılmasına engel olarak görmemiştir<sup>31</sup>. Ancak dikkat edilirse bu protokol tarafların şahsi eşyaları ile tazminat ve nafaka taleplerine ilişkindir. Protokolde açıkça nafaka ile maddî ve manevî tazminat taleplerinin olmadığı belirtilmiştir.

Aynı yönde verdiği bir başka kararında ise Yargıtay, “*mal veya eşya paylaşımı ile ilgili herhangi bir isteğim yoktur*” şeklindeki ifadeye rağmen tasfiye davası açılacağına hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde Yargıtay şu görüşlere yer vermiştir: “... Protokolde yönelik açıklamalar ışığında davacının boşanmanın fer’ilerinden olan maddî, manevî tazminat, yoksulluk nafakası vb. açıkça feragat ettiği sabit ise de, mal rejiminin tasfiyesine konu olan evlilik birliği içinde edinilen taşınır ve taşınmazlardan kaynaklanan haklarından feragat ettiği kabul edilemez. Anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemelerin bulunması ve bu yöndeki anlaşmaların geçerli olabilmesi için düzenlemenin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin olduğunun duraksamaya yer vermeyecek şekilde tek tek ve ismen sayılmak suretiyle açıkça belirlenmiş olması ge-

<sup>30</sup> Kılıçoğlu, 38 – 39.

<sup>31</sup> Y. 8. HD. 28.05.2012 t., 144/4855 sayılı karar. Karar için bkz. Karamercan, 323 – 325.

rekir. Uyuşmazlık konusu protokolün bu haliyle mal rejiminin tasfiyesini kapsadığını söylemek güçtür. Hangi hususları içerdiği muğlak olan protokolün TMK'nın 166/3 maddesine uygunluğu kabul edilemeyeceğinden davacının boşanma davasına ilişkin dava dilekçesi ve yargılama oturumundaki beyanları esas alınarak aleyhine karar verilemez.”<sup>32</sup>

### **B) Yargıtay'ın, Anlaşma Protokolünün Mal Rejiminin Tasfiyesini de Kapsadığı Bu Nedenle Artık Tasfiye Davası Açılmayacağı Yönündeki Bazı Kararları**

Yargıtay bir kararında, davacının mahkeme huzurunda “...benim davalıdan boşanma dışında herhangi bir tazminat, nafaka ve mal talebim yoktur. Boşanmamıza karar verilsin” şeklindeki beyanını geniş yorumlamış ve tasfiye davası açılmayacağına hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde Yargıtay şu görüşlere yer vermiştir: “Kural olarak, boşanma davasında taraflar arasındaki boşanmanın ferilerine ilişkin anlaşmalar taraflar arasındaki mal rejiminin tasfiyesini kapsamaz. Ancak, bu durum tarafların boşanma davasının görüldüğü sırada aralarındaki mal rejiminin tasfiyesini amaçlayan protokol ve sözleşme yapmalarına engel değildir. ...Somut olayda, davacı yukarıda açıklandığı üzere nafaka, maddi manevi tazminat ve boşanmanın ferilerinden olmayan “herhangi bir mal” talebinin de bulunmadığını açıkça bildirmiştir. Davacı tarafından belirtilen herhangi bir mal tabirinin malvarlığının tamamına yönelik olup, taşınır ve taşınmazlar ile para değeri bulunan her türlü alacak ve hakkı kapsadığı nazara alındığında, tarafların boşanma davası ile yapmış oldukları ve tutanaklara geçen sözleşme ile mal rejimlerinin tasfiyesini gerçekleştirdiklerinin kabulü gerektiğinden, davacı vekilinin yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...”<sup>33</sup>.

Bir diğer olayda benzer bir kararın altına imza atan Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, protokolde geçen “taraflar müşterek mallarının paylaşımı konusunda ortak bir mutabakata varmış ve paylaşımı gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle birbirlerinden mal paylaşımına ilişkin olarak bir talepte bulunamayacaklarını taahhüt ederler” şeklindeki ifadeyi, tasfiye davasının açılmasına engel bir ifade olarak görmüş ve davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarını reddetmiştir<sup>34</sup>.

Yine benzer bir olayda Yargıtay “alacak” kavramını geniş yorumlayarak tasfiye davasını reddetmiştir. Kararda şu görüşlere yer verilmiştir:

“...davacı ...'nın davalı ...'dan maddî – manevî tazminat, nafaka ile ayrıca ve açıkça “alacak” talebinde bulunmadığını bildirmiş olduğuna ve beyanları duruşma tu-

<sup>32</sup> Y. 8. HD. 19.09.2013 t., 872/12674 sayılı karar. Karar için bkz. Karamercan, 330 – 331

<sup>33</sup> Y. 8. HD. 28.02.2013 t., 2012 / 5107 E., 2013 / 2379 K. (Karara iki üye muhalefet şerhi yazmıştır.) Karar için bkz. Karamercan, 325 – 326.

<sup>34</sup> Y. 8. HD. 10.10.2013 t., 3456 / 14657 sayılı karar. (Karara iki üye muhalefet şerhi yazmıştır.) Karar için bkz. Karamercan, 328,

*tanağına geçirilerek doğruluğu imzasıyla onaylandığına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün esasının açıklanan nedenlerle onanmasına...<sup>35</sup>*

Bir diğer olayda ise ilk derece mahkemesinin direnme kararı vermesi üzerine Hukuk Genel Kurulu, tasfiye davasının açılmayacağına oyçokluğu ile hükmetmiştir. HGK kararına konu olan olayda mahkeme tarafından, "...*davacının boşanma davası sırasında protokol düzenleyerek mal talebinde bulunmadığı ve bu şekilde anlaşmalı olarak davalı eski eşinden boşandığı, protokolün mahkemece onaylandığı, protokoldeki mal ibaresinin dar kapsamlı algılanamayacağı kanaatine varılmakla davanın reddine...*" karar verilmiştir.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla protokolde, " *tarafların mal talepleri yoktur*" ifadesi yer almakta, bunun dışında malla ilgili başka bir açıklama bulunmamaktadır.

Hukuk Genel Kurul Kararında şu görüşlere yer verilmiştir:

*"Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk tarafların anlaşmalı boşanma davası sırasında düzenledikleri protokolde yer alan " tarafların mal talepleri yoktur şeklindeki ifadenin, eşler arasında "mal rejiminden kaynaklanan alacak" isteklerini de kapsayıp kapsamayacağı noktasında toplanmaktadır.*

*Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle tarafların boşanmalarına ilişkin Söğüt Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesi'nin 2009/160 – 244 sayılı kesinleşen kararı ile onanan protokol hükmü uyarınca tarafların karşılıklı mal taleplerinin bulunmadığına ilişkin protokoldeki ifadenin mal rejiminden kaynaklanan alacağı da kapsadığının anlaşılmasına göre, yerel mahkemenin aynı hususları gözeterek yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, direnme kararının onanması gerekir."<sup>36</sup>*

Görüldüğü üzere Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, protokolde geçen, " *tarafların mal talepleri yoktur*" ifadesini, edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katkı ve katılma alacağını da kapsar şekilde yorumlamış ve tasfiye davasının açılmayacağına hükmetmiştir.

### C) Şahsî Görüşümüz

Yargıtay kararları incelendiğinde, her somut olay için ayrı kararlar verildiğini görmekteyiz. Edinilmiş mallara katılma rejimi hukukumuzda yeni girdiğinden geliş-

<sup>35</sup> Y. 8. HD. 13.02.2012 t., 2011 / 4721 E., 2012 /752 K. (Karara iki üye muhalefet şerhi yazmıştır.) Karar için bkz. Karamercan, 331.

<sup>36</sup> Y. HGK. 27.11.2013 t., 8-185 E. 1601 K. (Karara 8. HD. Başkanı muhalefet şerhi yazmıştır.) Karar için bkz. Karamercan, 335 vd..



mekte olan bir konudur ve gerek doktrindeki görüşler gerekse Yargıtay kararlarında belli bir istikrar göze çarpmamaktadır.

Somut olay adaleti açısından Yargıtay'ın her olayı ayrı değerlendirip farklı kararlar vermesi doğru bir tutum olarak kabul edilmelidir. Ancak bazı genellemelerin de yapılması, özellikle çok fazla ihtilafın çıkacağı anlaşılan, anlaşmalı boşanmalarda imzalanan protokollerle ilgili bazı kuralların konulmasında fayda görüyoruz.

Kanaatimizce bu mesele önemli ölçüde sözleşmenin, dolayısıyla irade beyanlarının yorumu ile ilgili bir meseledir. Zira boşanma protokolü de bir nevi sözleşmedir. Yargıtay da açıkça ifade etmemekle birlikte önüne gelen olaylarda sözleşmede geçen ifadeleri, dolayısıyla tarafların iradelerini yorumlayarak, neyi kastetmiş olabileceklerini araştırmış ve ona göre bir sonuca gitmeye çalışmıştır. Şu halde sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için sözleşmelerin ve irade beyanlarının nasıl yorumlanması gerektiği hususu üzerinde durulmalıdır.

Yorumun amacı tarafların ortak ve gerçek iradelerinin ortaya çıkarılmasıdır. Yorum yapılabilmesi için öncelikle bir yorum uyumsuzluğunun bulunması gerekir. Bazen, geçerli bir biçimde kurulmuş sözleşmede yer alan kavram, deyim ve hükümlere taraflar farklı ve birbirine zıt anlamlar verebilirler. Bu durumda yorum uyumsuzluğu söz konusu olur. Yorum uyumsuzluğunun söz konusu olduğu hallerde hâkimin görevi, tarafların ortak amaçlarını tespit ederek taraf menfaatleri arasında adil bir denge kurmaktır. Eğer tarafların birbirine uygun gerçek iradeleri tespit edilemiyorsa o zaman farazî iradeleri tespit edilerek sözleşmenin içeriği belirlenecektir<sup>37</sup>.

Gerçek ortak arzuyu tespit etmek her zaman mümkün olmaz. Bu durumda güven teorisine göre irade beyanlarının yorumu ile farazî ortak arzu tespit edilecektir<sup>38</sup>.

Yorum yapılırken gerçek veya farazî ortak arzunun tespitinde ilk başvurulacak unsur, sözleşmede tarafların kullandıkları deyimlerdir<sup>39</sup>. Kural olarak deyimlerin, akdin kuruluşu sırasında genel anlamda kullanıldığı kabul edilir. Fakat sözleşmede kullanılan deyimın tarafların mensup oldukları çevrede özel bir anlamı varsa o deyim, bu özel anlamda kullanılmış sayılır<sup>40</sup>. Sözleşmenin kurulduğu zamanda bu tür kelime ve deyimler, tarafların da mensup olduğu iş çevresi ve ilişkilerde özel bir anlam taşıyorsa, bu anlam, günlük dildeki genel anlama üstün tutulmalıdır. Tarafların kullandığı söz ve deyimler metnin bir parçası olarak göz önünde tutulmalı, bireysel değil, beyan bütünlüğü içinde sistematik olarak değerlendirilmeli, metnin diğer parça ve unsurları

<sup>37</sup> Eren, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Düzeltilmiş 18. Baskı, İstanbul 2015, sh. 466 – 467.

<sup>38</sup> Oğuzman, M. K. / Öz, T. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 10. Bası, İstanbul 2012, sh. 194 vd.

<sup>39</sup> Yargıtay da yukarıda zikredilen kararlarında özellikle mal ve alacak kavramlarını yorumlamak suretiyle sonuca ulaşmaya çalışmıştır.

<sup>40</sup> Oğuzman / Öz, 195.

dışında tutularak tek başına yorumlanmamalıdır. Bu son ilkeye yorumda sistematik bağ adı verilir. İrade, bu iradeyi gösteren bir davranışla beyan edildiği takdirde yorum aracı sözkonusu davranış olup, toplumda bu tür sosyal bir davranışa verilen anlam esas alınmalıdır<sup>41</sup>.

Aktarmış olduğumuz bu bilgiler çerçevesinde anlaşmalı boşanmalarda hazırlanan boşanma protokolleri için şunları söyleyebiliriz.

Anlaşarak boşanmak isteyen tarafların ilk düşündükleri şey, varsa velâyet altındaki çocukların velâyetinin kimde kalacağıdır. Daha sonra nafaka, maddî – manevî tazminat, ev eşyası ve evlilik süresince edinilen malların nasıl paylaşılacağı konusu gündeme gelir. Anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşler, aralarındaki tüm ihtilafları bitirmek, boşanma sonrasına ihtilaf konusu bir husus bırakmamak arzusundadırlar. Çoğu zaman eşler yeni bir evlilik yaparak kendilerine yeni bir hayat kurmak ve eski eşlerini de tamamen unutmak isterler. Eşleri anlaşmalı boşanmaya sevk eden en önemli husus ise aralarındaki ihtilafı bir an önce bitirmek ve önlerine bakmak arzusudur. Boşanma protokolü bu amaçla hazırlanır. Hiç kimse anlaşmak suretiyle boşandığı eşi ile daha sonra tekrar mahkemelik olmak istemez. Ancak eşlerin hukukçu olmamaları, protokol hazırlarken bir hukukçudan yardım almamaları ve bazen de yardım aldıkları hukukçunun mevzuata yeterince hâkim olamaması gibi sebeplerle boşanma protokolünde boşluklar ya da yoruma açık ifadeler olur. Yukarıda zikredilen Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda da olduğu gibi eşler, aralarındaki ilişkiyi tamamen tasfiye etmek isterken bazen, *“alacağım tüm malları aldım”*, bazen *“başka bir alacağım kalmamıştır”* bazen de *“eşimden başka bir mal talebim yoktur”* gibi ifadeler kullanırlar. Bu tür ifadelerin yer aldığı bir protokolü imzalayarak boşanan eşlerin aslında boşanmanın ferî sonuçları üzerinde anlaşmak istediklerini, mal rejimi konusunu sonraya bıraktıklarını, diğer bir deyişle mal rejiminden kaynaklanan alacaklarını ileride dava açarak tahsil etmeyi düşündüklerini hiç kimse söyleyemez. Tam tersine protokol imzalanırken taraflar tüm malvarlıklarını tasfiye etmek istemektedirler. Aksi fikrin kabulü anlaşmalı boşanmanın mantığına da ters düşer. Protokolde geçen ifadeler beyanın bütünlüğü içinde sistematik olarak değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşmak gerekir. Tarafların sosyal davranışlarından yola çıkıldığında da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Çünkü sosyal bir yönü olan boşanma, tabiri caizse eski defterin kapatılıp yenisinin açılması anlamına gelir. Eski defteri kapatan eşler o defterin tekrar açılmasını özellikle bizim toplumumuzda kolay kolay istemez, hatta eskiyi hatırlatacak şeylerden bile uzak durmak isterler.

Sözleşmelerin yorumunda müracaat edilecek bazı ilkeler vardır. Bu ilkelerden konumuz açısından en önemli olanı lâfzî yorum yasağı ilkesidir. Sözleşmenin lâfzî önemli olmakla beraber, yorum yaparken kullanılan söz ve deyimlere bağlı kalınma-

<sup>41</sup> Eren, 470 - 471.

malı, tarafların gerçek veya farazî iradeleri araştırılmalıdır. Özellikle beyanın metni, beyanı oluşturan söz ve deyimler açık ve kesin değil, muğlâk ve birden çok anlama geliyorsa hâkim lâfzı arka plâna atmalıdır. Ayrıca sözleşmenin lâfzı sözleşmenin amacı ile çeliştiği takdirde de hâkim lâfza bağlı kalmamalıdır<sup>42</sup>. Bu ilkeye göre boşanma protokolleri yorumlandığında da, eğer taraflar bu protokol ile aralarındaki tüm malî konuları çözmeyi amaçlamışlarsa o zaman kullanılan deyimlere bakılmaksızın protokolün sadece boşanmanın fer'i sonuçlarını değil mal rejiminin tasfiyesini de düzenlediğini kabul etmek gerekecektir.

Sözleşmeler yorumlanırken irade beyanlarının yorumunda kullanılan güven teorisi dolaylı olarak kullanılır. Teorinin amacı taraf iradelerini doğru bir biçimde yorumlamaktır.

Teoriye göre bir beyanın anlamı tespit edilirken bu beyana muhatap olan tarafın durumu esas alınır. Hem somut olaydaki gerçek muhatabın hem de onun yerine konulan farazî muhatabın bildiği ve bilmesi gereken tüm hususlar dikkate alındığında, muhatap, beyan sahibini yanlış anlamakta haklı ise muhatabın beyana verdiği anlam esas alınır. Fakat "muhatap beyan sahibini yanlış anlamakta haksızdır, biraz dikkat etseydi doğru anlayabilirdi" diyebiliyorsak o zaman muhatap değil beyan sahibi korunacak, onun beyana verdiği anlam esas alınacaktır. Burada farazî muhatap, o iş çevresinde böyle bir beyana muhatap olabilecek makul, mantıklı, dürüst ve orta zekâlı bir insan tipidir. Şu halde gerçek muhatabın beyana verdiği anlamın yanı sıra böyle bir muhatabın beyana verebileceği anlam da araştırılmalıdır. Bu araştırmanın sonucunda farazî muhatap beyan sahibini doğru anları diyebiliyorsak beyan sahibinin gerçek, muhatabın ise farazî iradesine göre akit kurulmuş olacaktır<sup>43</sup>.

Boşanma protokollerinde de tarafların gerçek, eğer bu mümkün olmazsa farazî iradelerini tespit etmek gerekir. Doktrinde hâkim olan teorinin hukukî dayanağı MK. m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Şu halde beyanlar yorumlanırken tarafların dürüstlük kuralına göre o beyana verdiği ya da vermesi gereken anlam araştırılacaktır.

Anlaşmalı boşanmalarda eşlerden biri (ki bu genellikle erkek olur) diğer eşe bir kısım mallarını devreder, nafaka ve tazminat ödemeyi kabul eder ve aradaki ilişkiyi tamamen bitirmek ister. Bu durumda ilişkiyi bitirmek istediği için nafaka ve tazminat ödemeyi kabul eden ve bir kısım mallarının mülkiyetini boşanmak üzere olduğu eşine devretmeyi kabul eden eş, ileride mal rejiminden kaynaklanan ayrı bir davaya muhatap olmak ister mi? Elbette hayır. Onun iradesi, diğer eşe bir şeyler verip aradaki ilişkiyi tamamen sonlandırmaktır. Ancak acaba diğer eş bunu doğru anlamış mıdır? Kanaatimizce diğer eş de aynı şekilde düşünmektedir. Çoğu zaman onun da gerçek iradesi bu yöndedir. Ancak gerçek muhatap (diğer eş) bu protokolün sade-

<sup>42</sup> Eren, 473.

<sup>43</sup> Eren, 155 vd.

ce boşanmanın mali sonuçlarını düzenlemek için hazırlanmış bir protokol olduğu kanaatini taşıyor ve fakat onun yerine koyacağımız farazî muhatap bu protokolün mal rejimlerinin tasfiyesini de amaçladığını düşünüyorsa o zaman beyan sahibinin gerçek, muhatabın ise farazî iradesi üzerine sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle protokolün mal rejiminin tasfiyesini de hedefleyen bir protokol olduğu kabul edilmelidir.

Protokolün bu şekilde yorumlanmaması Sayın Kılıçoğlu'nun<sup>44</sup> da belirttiği gibi hem bitip tükenmek bilmeyen ihtilaflara yol açacağı için usul ekonomisi açısından doğru değildir hem de boşanan eşlerin uzun yıllar boyunca karşı karşıya gelmelerine neden olacağı için sosyolojik olarak doğru değildir. Öte yandan boşandıktan sonra yeniden evlenen ve kendisine yeni bir yuva kuran eşlerin aile hayatları da yıllar sonra açılan bu davalardan olumsuz yönde etkilenecektir.

İsviçre hukuk uygulaması ve doktrininde hâkim olan boşanma kararının birliği ilkesi de bu görüşlerimizi doğrulamaktadır<sup>45</sup>.

#### IV. Zamanaşımı Meselesi

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin katılma alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi ile ilgili Medenî Kanunumuzda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla beraber, evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden doğan talep hakları ile ilgili olarak TMK. m. 178'de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükmüne göre, "*Evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden doğan dava hakları boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*".

Bu maddede düzenlenen dava haklarının, boşanmanın fer'i niteliğinde olan talepler olduğu kabul edilmektedir. Bu talepler TMK. m. 174'de düzenlenmiş olup, eşlerin maddî ve manevî tazminat talepleri ile TMK. m. 175'de düzenlenen yoksulluk nafakasıdır. Bununla beraber Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 26.05.2009 tarih ve 873/2621 sayılı kararıyla bu hükmün edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacakları için de geçerli olacağına hükmetmiştir. Fakat bir direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, katılma alacaklarında zamanaşımı süresinin TMK. m. 5'in yollaması ile TBK. m. 146 (eski BK. m. 125) hükmüne göre on yıl olduğunu kabul etmiştir (Y. HGK. 17.04.2013 tarih, 2013 – 8 – 375 E., 2013 – 520 K.)<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Kılıçoğlu, 38 – 39.

<sup>45</sup> Bu ilkeye göre, İsviçre Hukukunda hâkim, boşanma kararı verirken, aynı zamanda, resen, boşanmanın çocuğa ilişkin sonuçlarını (velâyet, iştirak nafakası ve kişisel ilişki), düzenlemekte ve mal rejiminin tasfiyesini yapmakta (ki bu tasfiye, edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına sahip olan eşin ve alacak tutarının tespitine yöneliktir); son olarak da talep üzerine eşlerin maddî – manevî tazminat ve/veya yoksulluk nafakası taleplerine cevap vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bak. Gümüş, 295 vd.; Aynı görüşte Şıpka, 164 – 165.

<sup>46</sup> Kılıçoğlu, 161 vd.

Katılma alacaklarında zamanaşımı süresinin on yıl olarak kabul edilmesi doktrinde bir takım haklı eleştirilere yol açmıştır.

En önemli eleştiri, uzun zamanaşımı süresinin sonunda dava açılması halinde boşanan eşler arasındaki ihtilafın 15 – 20 yıl daha devam edeceği, bunun da önemli sorunlara yol açacağı eleştirisidir. Bu konuda Kılıçoğlu şunları söylemektedir<sup>47</sup>:

*“Eşlerin boşanma davasının kanun yollarının tüketilmesi suretiyle en iyimser bir tahminle asgari üç yılda sona erdiğini, boşanma kararının kesinleştiğini kabul edelim. Bu tarihten itibaren eşler katkı ve katılma alacağı davasını on yıl süreyle açabilecektir. Bu örnekle her bir eş on üç yılın bitimine kadar katkı – katılma alacağı davası açabilecektir. Açılan bir davanın en iyimser bir tahminle üç yıl sürdüğünü kabul edelim. Bu durumda boşanma davasının açılmasından itibaren eşler bu alacak davaları nedeniyle on altı yıl boyunca karşı karşıya getirilmiş olmaktadır. Eşleri ya da ölümleri halinde mirasçıları bu denli uzun yıllar boyunca karşı karşıya getirmek eşler, çocuklar, mirasçılar bakımından kabul edilemez bir çözüm tarzıdır. Boşanma ya da evliliğin iptali ile son bulmuş bir evlilikte, eşler yeni evlilik yapmış, hatta bu evlilikten çocuklara karışmış olabilirler. Yani başladıkları hayatlarında bu tür davalarla muhatap olmaları onlar için huzursuzluk ve mutsuzluk kaynağı olacaktır. Bu kadar uzun süre eşleri ya da mirasçıların evlilik süresince katkı ve katılma alacağına ilişkin ispat araçlarını bulmalarını, korumalarını beklemek de isabetli olamaz. Evlilik Hukuku ile Borçlar Hukukunun farklı özellikleri vardır. Evliliğin sona ermesi halinde tarafların yeni bir hayat kurmaları önceki evlilik dönemini kapatmaları huzur ve mutlulukları açısından önemlidir.”*

Kılıçoğlu'nun bu eleştirilerine aynen katılıyoruz. Öte yandan delillerle ilgili söylenenlere de katılmamak mümkün değildir. Bizim aile yapımızda ve geleneklerimizde belge biriktirme alışkanlığı da bulunmadığı için zaten bu tür olaylarda ciddî bir ispat güçlüğü yaşanmaktadır. Boşanan eşlerin yıllar öncesinden kalan belge ve bilgileri uzun süre saklamaları da kendilerinden beklenemez. Hatta eski kötü hatıraların izini silmek için çoğu zaman geçmişi hatırlatan şeyler ortadan kaldırılır. Bu nedenle, zamanaşımı süresinin on yıl olarak kabul edilmesi halinde boşanan eşlere yıllarca belge saklama yükümlülüğü getirilmiş olur ki bu da doğru bir çözüm tarzı değildir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, TMK. m. 5'den hareketle TBK. m. 146'yı uygulamıştır. Oysa TMK. m. 5'de *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikteki hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.”* denilmektedir. Yani bu hükme göre TBK'nın bir hükmünün tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanabilmesinin ön şartı, bu hükmün sözkonusu özel hukuk ilişkisinin bünyesine uygun düşmesidir<sup>48</sup>. Daha açık bir söyleyişle, Borçlar Kanunu'nun genel kurallarının Me-

<sup>47</sup> Kılıçoğlu, 169.

<sup>48</sup> Edis, S. Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basımdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, sh. 248; Oğuzman / Barlas, Medenî Hukuk, 19. Bası, İstanbul 2013, sh. 60.

denî Hukuk ilişkilerinde uygulanması, bu ilişkilerin niteliği ve özellikleriyle sınırlıdır. Borçlar Kanunundaki genel kural Medenî Hukuk müessesesinin bünyesine ve niteliğine aykırı düşecekse MK. m. 5'e rağmen bu kural uygulanmaz. Meselâ Medenî Kanun'un evlenme ile ilgili hükümleri karşısında evlenme akdinin muvazaalı olduğundan söz edilerek BK. m. 19 (eBK. m. 18)'a göre geçersiz olduğu ileri sürülemez<sup>49</sup>.

Yargıtay, TMK. m. 5'den hareketle katılma alacağı davasında TBK. m. 146 (eBK. m. 125)'nin uygulanacağını içtihat etmiş ve 10 yıllık zamanaşımına hükmetmiştir. Oysa TBK. m. 146 (eBK. m. 125)'da borç ilişkilerinden doğan alacakların zamanaşımı düzenlenmektedir. Katılma alacağı ise bir borç ilişkisinden doğmadığı gibi borçlar hukuku kaynaklı bir alacak da değildir. Bu müessese bir aile hukuku müessesesidir. Aile hukukunun kendine özgü yapısı ve özellikleri dikkate alındığında TBK. m. 146 (eBK. m. 125)'nin katılma alacağına uygulanmasının mümkün olmadığını söylemek gerekir. Zira TMK. m. 5'de aranan "uygun düşme" şartı burada gerçekleşmemektedir.

Bu noktada Borçlar Kanunu hükümlerinin Medenî Hukukun diğer alanlarında nasıl uygulanacağı sorusunu da cevaplandırmak gerekmektedir.

Edis'e göre borçlar hukuku kuralları medenî hukuk ilişkilerinde ya doğrudan doğruya ya da kıyas yoluyla uygulanır. İlk olarak bazı fiilî durumlardan doğan tazminat ve sebepsiz zenginleşme iddiaları (meselâ karışma ve birleşme hali gibi) ve bu konudaki sorumluluk şartları bütünü ile borçlar kanununun uygulama alanına girmektedir. İkinci olarak, Medenî Kanun tarafından düzenlenmiş olmakla birlikte aslında borçlar hukuku sözleşmesi olan sözleşmelere de borçlar hukuku kuralları doğrudan uygulanır. Örneğin irtifak haklarının tesisine ilişkin sözleşmeler, önalım sözleşmesi rehin hakkı ya da mülkiyeti nakleden akitler gibi. Üçüncü olarak, Medenî Kanun'un bir hukukî durumu sadece bazı yönleri ile düzenlediği ve aynı hukukî durumun diğer yönleri için Borçlar Hukukuna yollama yaptığı hallerde de borçlar hukuku kuralları doğrudan uygulanır. Örneğin kişilik haklarının ihlali Medenî Kanun'da düzenlenmişse de TBK. m. 49 (eBK. m. 41)'da düzenlenen hukuka aykırılık bunlar için de aranan bir şarttır. Ve nihayet Medenî Kanunda bir hukuk kuralının unsuru olarak kullanılan kusur, zarar, sebepsiz zenginleşme, sözleşme gibi bazı kavramların medenî hukuk ve borçlar hukukundaki anlamları aynıdır. Bu durumda da borçlar hukuku kuralları medenî hukuk alanında doğrudan uygulanır<sup>50</sup>.

Kıyasen uygulama ise genellikle Medenî Kanunda hüküm bulunmayan hallerde<sup>51</sup> sözkonusu olur ki inceleme konumuz açısından da böyle bir durum ile karşı karşıya bulunmaktayız.

<sup>49</sup> Edis, 258.

<sup>50</sup> Edis, 255 – 257.

<sup>51</sup> Oğuzman / Barlas, 61 – 62; Edis, 257.

Oğuzman / Barlas da, borçlar hukuku kurallarının medenî hukuk alanında doğrudan doğruya ya da kıyas yoluyla uygulanacağını ifade ettikten sonra, doğrudan uygulamanın hukukî dayanağının aslında TMK. m. 5 değil, m. 1 hükmü olduğunu savunmaktadır<sup>52</sup>.

Bu bilgiler çerçevesinde katılma alacağı konusunda Borçlar Kanunu'nun zama-  
naşımına ilişkin 146. maddesinin doğrudan uygulanmasını gerektiren bir durumun  
söz konusu olmadığını söyleyebiliriz. Bu uygulama olsa olsa kıyas yoluyla yapılan bir  
uygulamadır<sup>53</sup>. Eğer kıyas yoluyla bir uygulama yapılacaksa, bizim kanaatimize göre  
katılma alacağı davalarında TBK. m. 146'nın değil TMK. m. 178'in uygulanma-  
sı doğru olacaktır. Zira TBK. m. 146 borçlar hukuku ilişkilerini düzenlemektedir.  
TMK. m. 178 ise aile hukuku ilişkilerini düzenleyen hatta daha özel olarak boşanma-  
nın malî sonuçlarına ilişkin bir hükümdür. Bilindiği üzere kıyasen uygulama yapılır-  
ken mahiyeti itibariyle somut olaya ya da ilişkiye en uygun hüküm hangisi ise onun  
tatbik edilmesi gerekir. Boşanmanın mali sonuçları ile ilgili açılan davaların zama-  
naşımı süresini düzenleyen TMK. m. 178'de süre bir yıl olarak düzenlenmiştir. Bunun  
sebebi, boşanan tarafların aralarındaki ihtilafların bir an önce sona erdirilmesine du-  
yulan ihtiyaçtır. Bu ihtiyaç mal rejimlerinin tasfiyesi konusunda da aynen mevcuttur.

Açıkladığımız nedenlerden ötürü her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu  
TBK. m. 146'ya göre zamaşımı süresinin on yıl olduğuna hükmetmişse de bu  
görüşe katılma imkânı bulamıyoruz. Sürenin bir yıl olarak belirlenmesinin doğru  
olacağı kanaatindeyiz.

## **KAYNAKÇA**

- Akıntürk, T. / Karaman, D. A.: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, II. Cilt, Gözden Ge-  
çirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010.
- Ateş, T.: Edinilmiş (Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Edis, S.: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basımdan Tıpkı Basım, Ankara  
1993.
- Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Düzeltilmiş 12. Baskı, İstanbul 2015, sh. 466  
– 467.
- Gümüş, M. A.: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK.  
m. 185 – 281), İstanbul 2008.
- Karamercan, F.: Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Ankara 2014.

<sup>52</sup> Oğuzman / Barlas, 61.

<sup>53</sup> Yukarıda zikredilen Hukuk Genel Kurul Kararında, zamaşımı konusunda TMK. m. 178'in ne-  
den uygulanamayacağı ifade edilirken, "Bu düşünce tarzının, esasen bir kıyas olmayıp, genişletici  
bir yorum olduğu ileri sürülse de, maddenin Kanun sistematigi içinde bulunduğu yer nazara alın-  
dığına, bu fikir zamaşımında kıyas yasağına takılacaktır" denilmektedir. Ancak buna rağmen  
Yargıtay, TMK. m. 5 hükmü ile TBK. m. 146'yı uygularken kıyasen bir uygulama yapmıştır.

- Kılıçoğlu, A. M.: Katkı – Katılma Alacağı, 5. Bası, Ankara 2014.
- Oğuzman, M. K. / Barlas, N.: Medenî Hukuk, 19. Bası, İstanbul 2013.
- Oğuzman, M. K. / Öz, T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 10. Bası, İstanbul 2012.
- Özdamar, D. / Kayış, F.: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 2. Baskı Ankara 2014.
- Şıpka, Ş.: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- : Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Zeytin, Z.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005.



# YORK ANVERS KURALLARI 2016, REVİZYON ÇALIŞMALARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

(Considerations on the Revision of the York Antwerp Rules, 2016)

Prof. Dr. Didem ALGANTÜRK LİGH\*

## ÖZET

Müşterek avaryanın uygulanması bakımından ilk defa 1869 yılında Glasgow Kuralları adı altında belirlenen 11 Kural, 1877, 1890, 1924, 1950, 1974, 1990, 1994 ve 2004 yıllarında denizcilik ve sigorta sektöründeki değişim ve gelişmelere paralel olarak revizyona uğramıştır.

2004 yılında Vancouver'da yapılan revizyon üzerinden on yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen York Anvers Kuralları 2004 uygulamaya girememiştir. Bu sebeple, CMI'nin Uluslararası Çalışma grubu (IWG) tarafından Kuralların yeniden gözden geçirilmesine karar verilerek ve donatan, yük ilgilileri ve sigortacıların ihtiyacını karşılayacak ortak bir metin hazırlıklarına başlanmıştır. Nihai metnin CMI'nin Mayıs 2016 New York Konferansı'nda sunulması hedeflenmektedir.

Çalışmamızda, York Anvers Kuralları'nın 1994 ve 2004 metinleri nazara alınarak CMI, müşterek avarya Uluslararası Çalışma Grubu tarafından yapılan revizyon çalışmalarını incelenmektedir.

**Anahtar kelimeler:** York Anvers Kuralları 2016, CMI, YAK, Revizyon, sigorta

## *Abstract*

The first 11 rules which were determined in relation to general average, were named Glasgow Rules in 1860 and have been long established, underwent revisions in 1950, 1974, 1990, 1994 and 2004 in line with the changes and developments in the maritime and insurance industry.

Despite more than a decade to pass through last revisions of the York Antwerp Rules in Vancouver, the draft couldn't be put into practice. Therefore, CMI International Working Group (IWG) on general average was decided to revise the

---

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. CMI, Müşterek Avarya Uluslararası Çalışma Grubu Raportör. (Türk Deniz Hukuku Derneği'ni temsilen)

Rules and to prepare a framework that will meet the needs of the ship owners, cargo owners and insurers . The final text will be submitted to the New York Conference of CMI which will be held in May 2016.

**Key words,:** The York Antwerp Rules 2016, CMI, YAK, revision, insurance

## I. York Anvers Kuralları'nın Uygulanması

York Anvers Kuralları, anlaşma niteliğinde olmayıp, ilgililerin çarter partilere veya konşimentolara bir kloz olarak konulmaları tavsiye edilen kurallardır. Uluslararası alanda birlikteliğin ve uyumun sağlanması için uygulamada genellikle standart çarter partilerde hangi tarihli metne atıf yapıldığı açıkça gösterilir. Örneğin, Shelltime 4 (2003)<sup>1</sup> veya Gasvoy (2005)<sup>2</sup> çarter partilerinde, “müşterek avarya halinde York Anvers Kuralları 1994 ün uygulanacağına” ilişkin açık klozlara yer verilmektedir.

York Anvers Kuralları'nın milli hukuklar tarafından uygulanması iki yöntemle mümkündür;

Bunlardan ilki, emredici olmayan hükümlerle düzenlenme yoluyla örneğin Fransız Kanunu, İtalya, Mısır, Almanya, İngiltere, Hollanda.

İkincisi ise, bir iç hükümle bu Kurallar'a atıfta bulunmak suretiyle örneğin, İsveç, Belçika, Norveç, Danimarka, Türkiye.

Amerika ve Kanada' da ise, bu ülkelerin milli kanunlarında, müşterek avarya uygulamasına ilişkin doğrudan yasal düzenleme bulunmadığı gibi, dağınık hükümlerde yer almamaktadır. Bu nedenle, müşterek avaryanın uygulanmasında birliktelik ve uyum “dispeççiler uygulama kuralları”na başvurulmak suretiyle sağlanır. Örneğin; Birleşik Devletler Avarya Dispeççiler Birliği Uygulama Kuralları, Kanada Avarya Dispeççiler Birliği Uygulama Kuralları, Rhin Kuralları<sup>3</sup>.

## II. Türk Hukukunda York Anvers Kuralları'nın Uygulanış Şekli

Türk hukukunda müşterek avarya ilk defa 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu hükümleri örnek alınarak hazırlanan 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanununda düzenlenmiştir.

Cumhuriyet döneminde Alman Ticaret Kanunu'nun deniz ticaretine ayrılmış olan 2. Kitabından tercüme edilerek hazırlanmış bulunan 1929 tarihli Deniz Ticaret Kanununda müşterek avaryaya dair maddeler yer almaktadır. 1957 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanununun 1197 ila 1215. maddelerinde müşterek avaryaya

<sup>1</sup> Shelltime 4 (2003) Kloz 37 .

<sup>2</sup> Gasvoy (2005) Kloz 26/c.

<sup>3</sup> Dispeççi birlikleri uygulama kuralları için bkz. **Didem, Algantürk LIGHT** ; York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya, İstanbul 2006, 2. B.,sh.303-319 .

dair hükümlere yer verilmektedir. Bu hükümler, York Anvers Kuralları 1950 tarihli metni esas alınarak hazırlanmıştır.

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunun'da ise, müşterek avarya 1272 ila 1285. maddelerinde düzenlenmiş olup, Kanun'da müşterek avaryanın uygulanması bakımından York Anvers Kuralları'na atıf yapılması benimsenmiştir. Şöyle ki; Türk Ticaret Kanununun 1273/1 maddesine göre taraflarca başka bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde, müşterek avarya garamesi, Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından hazırlanarak, bu madde hükmüne göre Türkçe'ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York Anvers Kuralları'na tabidir.

York Anvers Kuralları'nın çevirisi, Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile Denizcilik Müsteşarlığı tarafından kurulacak bir ihtisas komitesince hazırlanır ve çevrilen orijinal metin ile birlikte Resmi Gazete'de yayımlanarak ilan edilir. Milletlerarası Denizcilik Komitesi (Comite Maritime International) tarafından, York Anvers Kurallarında yapılacak değişiklikler de aynı yöntemle Türkçe'ye çevrilip ilgili Müsteşarlık tarafından resen veya gerçek ve tüzel kişilerin başvurusu üzerine yayımlanır.

Türk Ticaret Kanununda yapılan atıf yoluyla düzenleme nedeni ile, müşterek avaryaya ilişkin her husus kanunda yer almamaktadır. Genel olarak Kanun'da;

- müşterek avaryanın tanımı ve unsurları, Kural A
  - Müşterek avaryaya giren zarar ve masraflar Kural C
  - İkame masrafları Kural F
- ile uyumludur.

Bunun yanı sıra, kanunda dispeç ve usulüne ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Müşterek avarya sayılan zarar ve masrafların gemi, yük ve navlun arasında paylaşılması diğer bir deyişle dispeç yaptırma yükümlülüğü bakımından donatanın sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Donatan bu yükümlülüğünü yerine getirmese, sigortacı da dahil olmak üzere ilgililerden herhangi biri bunun yapılmasını istemeye ve yaptırmaya yetkilidir. İlgililer arasında oy birliği sağlanamazsa, dispeççiler (adjuster) dispeçin yapılacağı yer mahkemesi tarafından atanır. Dispeç varma limanında eğer buraya varılmamış ise, yolculuğun bittiği limanda ilgililerin oy birliği ile atayacakları bir veya birden fazla dispeççi tarafından yapılır. Dispeç raporunun mahkeme tarafından tasdik edilmesi gereklidir. Zira, dispeçin icra edilmesi ancak Mahkemenin tasdik kararı ile mümkündür. Sigortacılar da dahil olmak üzere ilgililer dispeçin onaylanmasını talep edebilecekleri gibi avarya türüne veya hesaplara itiraz edebilirler. (TTK mad. 1279-1280). Dispeç raporundaki alacaklılar, gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkına, garameye girecek eşya üzerinde hapis hakkına ve navlun üzerinde alacak rehnine sahiptirler. (TTK mad. 1275)

### III. York Anvers Kuralları 2004 Değişiklikleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Temel Sorunlar

York Anvers Kuralları 2004 değişiklikleri, Uluslararası Deniz Sigortacıları Birliği'nin (IUMI), ileri sürdüğü görüş ve teklifler nazara alınarak yapılmıştır. Metinde yapılan değişikliklerin esası özellikle müşterek avarya olarak kabul edilen fedakarlık veya masrafın gemi ve yükün içinde bulunduğu tehlikeden korunması amacıyla yapılmış olmasının yanı sıra, bir geminin barınma limanında bulunması sırasında yolculuğun selameti bakımından oluşan harcamaların da müşterek avarya olarak kabul edilmesi nedeniyle söz konusu bu masrafların sınırlandırılması amacına dayanmaktadır. Dolayısıyla, müşterek deniz sergüzeşti kavramı yerine müşterek selamet kavramının kullanılması hedeflenmektedir. Her ne kadar, bu sınırlama taleplerin tamamı gerek Uluslararası Deniz Ticaret Odası (ICS) gerekse CMI tarafından desteklenmiş olsa da, bir kısmında etkili olduğu 2004 metninden açıkça anlaşılabilir.

2004 Haziran ayında Vancouver' da toplanan 38. Konferansta nihai metnin sunulması ile uygulamaya giren York Anvers Kuralları 2004'deki temel değişiklikler genel olarak şu şekildedir :

-Kural VI kurtarmanın müşterek avarya dışında tutulması.

-Kural XI gereğince, barınma limanında bekleme sırasında, gemi adamı ücret ve bakım masrafları müşterek avarya kapsamından çıkarılması.

Kural XIV (2) gereğince, geçici tamir masraflarının miktarı bir hesaplama metodu ile sınırlandırılması.

Kural XX'de belirtilen komisyonun kaldırılması.

Kural XXI gereğince, faiz oranının sabit bir oran yerine, her yıl gerçekleşecek CMI Toplantısında kararlaştırılması.

Kural XXII gereğince, uygulanacak hukukun emredici hükümlere tabi olduğu kabul edilmekle birlikte, müşterek avarya paylaşımında zamanaşımı süresinin öngörülmesi.

Çarter partilerde ve/veya konişmentolarda gemi ve yük ilgilileri bakımından hangi tarihli York Anvers Kuralları'na atfı yapılacağına karar verilirken en önemli nokta, ilgililerin müşterek avarya katılım paylarının hangi kapsamda sigortacıları tarafından teminat kapsamına alınıp alınmadığıdır. Bu sebeple, özellikle donatanlar müşterek avarya kabul edilebilecek harcamaların kapsamının geniş tutulmasını ihtiyaç duyar. York Anvers Kuralları 2004 ile kabul edilen müşterek avarya harcamalarına getirilen yukarıda belirttiğimiz bu sınırlamalar 1994 York Anvers Kurallarına nazaran donatanlar aleyhinedir. Bu nedenle York Anvers Kuralları 2004, denizcilik camiasında donatanlar, sigortacılar ve yük ilgilileri arasında tam bir uyum sağlanmaksızın uygulamaya girmiş ve netice itibarıyla de rekabet görmemiştir.

CMI'nin 2012 yılında gerçekleşen Beijing Konferansı'nda, tüm sektörün tam bir uzlaşma ile York Anvers Kuralları'nı benimsemesi ve uluslararası uygulamada birlik-telik sağlanması amacıyla, York Anvers Kurallarının tamamen gözden geçirilmesi için Bent Nielsen'in başkanlığında müşterek avarya Uluslararası Çalışma Grubu'nun ve bir alt çalışma grubunun oluşturulmasına karar verilmiştir<sup>4</sup>. Müşterek avarya Uluslararası Çalışma Grubu, gemi malikleri, çarterer, sigortacılar ve milli deniz hukuku derneklerinin temsilcilerinin katılımıyla sektörden geniş bir temsilci kitlesinden oluşmuş ve Eylül 2013 Dublin'de, Haziran 2014 Hamburg'da, Şubat 2015'de Londra'da ve Haziran 2015'de İstanbul'da bir araya gelerek Kurallar üzerinde revizyon çalışmalarını sürdürmüştür.

#### IV. York Anvers Kuralları 2016 İle Getirilen Değişiklikler

Uluslararası Çalışma Grubu tarafından, York Anvers Kuralları revizyon çalışmaları, temelde York Anvers Kuralları 1994 metni esas alınarak ancak 2014 metni ile birlikte değerlendirilmek suretiyle gerçekleşmiştir. Uluslararası Çalışma Grubunun, revizyon çalışmaları şu konular üzerinde toplanmaktadır<sup>5</sup>:

**1) Kural B :** Römorkaj konusunu düzenleyen Kural B'nin 2. Paragrafında bir veya birden çok geminin çekilmesi veya itilmesi halinde müşterek deniz sergüzeştinin varlığı kabul edilmekle müşterek bir tehlikeden gemileri ve eğer varsa yükleri korumak amacıyla alınan önlemler hakkında müşterek avarya Kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir. Kural'da yolculuğunun barınma limanında müşterek selamet ile sona ermesi rağmen barınma dolayısıyla yolculuğun uzaması süresi içinde doğan masrafların (örneğin; liman masrafları, gemi adamlarının ücret ve bakım masrafları gibi) nasıl paylaşılacağı hususunda daha açık bir düzenlemenin getirilmesi öngörülmektedir.

**2) Rule E :** İspat yükümlülüğüne ilişkin bildirim ve ibraz sürelerinin birlikte değerlendirilmesi halinde sürenin 24 aya çıktığı ve bu sürenin çok uzun olduğu, bu sürelerin sona ermesi halinde bildirim yapılmaz ise sonuçlarının ne olacağına ilişkin bir yaptırım olmaması nedeniyle Kural'a bu konuda yeni düzenlemeler getirilmesi teklif edilmektedir.

<sup>4</sup> "Report 12 (August 2013) of the CMI International Working Group on General Average", <http://www.comitemaritime.org/Review-of-the-Rules-on-General-Average/0,27140,114032,00.html>. (10.8.2015)

<sup>5</sup> "CMI IWG ISC General Average-Working Paper İstanbul (final/supplement)", <http://www.comitemaritime.org/-/Review-of-the-Rules-on-General-Average/0,27140,114032,00.html>. 20.8.2015. "CMI 2015, The York Antwerp Rules heading for 2016 – the discussion so far. a review" by Richard Cornah, Michale Harvey, Jonathan Spencer, CMI IWG GA Collequim İstanbul 2015 [http://www.comitemaritime.org/Uploads/Work%20In%20Progress/Rules%20of%20General%20Average/CMIIWGGGA\\_CollIstanbul\\_pttAdjusters.pdf](http://www.comitemaritime.org/Uploads/Work%20In%20Progress/Rules%20of%20General%20Average/CMIIWGGGA_CollIstanbul_pttAdjusters.pdf). (19.8.2015)

**3) Kural G :** York Anvers Kuralları 1994 ile Kural G'ye “ayrılmazlık klozu” (*non- separation clause*) ve “Bigham klozu” adı verilen iki yeni kloz eklenmiştir. Yüke ait müşterek avaryaya katılım payının yük sahibi tarafından kendi hesabına sevk edilmiş olsaydı doğacak masrafı aşamayacağını ilişkin getirilen “*bigham klozu*”nun haksız bir uygulamaya sebebiyet verdiği ve uygulamada dispeççilerin yükün varma limanına gönderme masraflarını Kural F kapsamında müşterek avaryaya kabul etmesi nedeniyle farklı uygulamaların ortaya çıktığı belirtilerek, uygulama birliğinin sağlanabilmesi için “Bigham Kloxunun” kaldırılması teklif edilmektedir.

**4) Kural VI :** York Anvers Kuralları 1994 Kural VI uyarınca, kurtarma ile ilgili olarak yapılan harcamaların, kurtarma faaliyetlerinin müşterek deniz sergüzeştine katılan malvarlıklarını tehlikeden korumak amacıyla yapılmış olması halinde müşterek avaryaya kabul edilmektedir. Oysa, York Anvers Kuralları 2004'de kurtarma ücreti müşterek avaryaya dışında tutulmakta ve ancak taraflardan biri, diğer tarafın ödemesi gerekli olan kurtarma katılım payını ödemiş ise, bu katılım payı ödemiş olan tarafın matlubuna geçirilecek ve adına ödeme yapılan tarafa borç olarak kaydedileceği öngörülmektedir. Buradaki temel farklılık, LOF tahtında doğan kurtarma ücretinin donatan tarafından tamamının veya bir kısmının ödenmesine rağmen müşterek avaryaya masasından ödediği kısmı talep edememesidir. Bu nedenle Uluslararası Deniz Ticaret Odası, kurtarmanın müşterek avaryaya dışında bırakılmasına itiraz etmiştir. Uluslararası Çalışma Grubu, bu itirazları değerlendirerek Uluslararası Deniz Sigortacılar Birliği'nin de görüşleri nazarında 1994 metni üzerinde değişiklik yapmayı uygun görmüştür. Teklif edilen metin :

a) *müşterek bir deniz sergüzeştine girmiş tarafların sözleşmeye dayalı veya sözleşme dışı olsun, kurtarmayla ilgili olarak yaptıkları harcamalar, kurtarma faaliyetlerinin müşterek deniz sergüzeştine katılan malvarlıklarını tehlikeden korumak amacıyla yapılmış ve b, c, d, e paragraflarına dahil olması halinde müşterek avaryaya kabul edilecektir.*

b) *deniz sergüzeştine girmiş tarafların kurtarıcılara karşı ayrı bir sözleşmesel veya yasal sorumluluğu olduğu takdirde bunlar veya kurtarma paylaşması ve buna ilişkin giderler müşterek avaryaya olarak kabul edilmeyecektir . Meğer ki;*

- *yolculuk süresince sonraki bir kaza veya diğer durumlar nedeniyle yükün zıya veya hasarını doğuran ve kurtarılmış ve katılan malvarlıkları arasında büyük bir farklılığa sebep olması halinde*

- *kurtarılmış malvarlıklarını kapsayan önemli bir müşterek avaryaya fedakarlığın bulunması*

- *kurtarılmış değerlerin açıkça hatalı olması ve kurtarma masraflarının paylaşılmasında önemli hataya sebep verilmiş olması*

- *kurtarma taraflarından biri, diğer tarafın bir kısım veya tamamına ilişkin kurtarma payını ödemiş olması halinde*

- tarafların kurtarma paylarının önemli bir kısmının büyük ölçüde değişik şartlarda kararlaştırılmış olması

5) **Kural X : b (ii)** 'de yük, yakıt ya da kumanyanın yolculuk sırasında meydana gelen istif bozukluğunu düzeltmek amacıyla gemi içinde elden geçirilme ve boşaltılma masrafları bu işlemin müşterek selamet için gerekli olmadıkça müşterek avarya olarak kabul edilemeyeceği öngörülmekte ise de, bu kuralın açık olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle, Kural'a yeniden yükleme nedeniyle oluşan ek bekleme süresi içerisinde Kural XI şartlarının uygulanacağını belirten bir ilavenin getirilmesi teklif edilmektedir.

6) **Kural XI : b (i)** 'de yer alan *liman masraflarının* kapsamının belirli olmaması nedeniyle uygulamada bu konuda farklılıklar olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, liman masraflarının tanımı ve bu masraflara sınırlama getirilmesi teklif edilmiştir. İlave edilmesi teklif edilen tanım şu şekildedir;

*“Bu ve diğer Kurallar'ın uygulanması amacıyla “liman masrafları “ Kural XI (b) (i) de belirtilen koşullar altında ortak güvenlik için yapılan tüm alışılmış veya ek masrafları içerir.”*

7) **Kural XI: c (i)** müşterek selamet prensibi kapsamında barınma nedeniyle müşterek avarya kapsamına giren masrafların sınırlandırılması amacıyla bir geminin barınma limanına girmesi ve dönmesi dolayısıyla yolculuğun uzaması süresi içinde kaptan, gemi zabitanları ve gemi adamlarının ücret ve bakım giderleri müşterek avarya kapsamından York Anvers Kuralları 2004 metinden çıkarılmıştır. Yapılan görüşmelerde yeniden 1994 metnine dönülmesi, diğer bir ifade ile barınma limanında yolculuğun uzaması süresi içinde kaptan, gemi zabitanları ve gemi adamlarının ücret ve bakım giderleri müşterek avaryaya dahil edilmesi teklif edilmektedir.

8) **Kural XIII c :** 1974 yılından itibaren uygulanan *“müşterek avarya hareketinden önceki 12 ay içinde geminin karinesi temizlenmiş ise, karine temizleme, boyama veya kaplama masraflarının müşterek avarya kabul edileceği aksi halde, temizleme, boyama ve kaplama masraflarının müşterek avarya kabul edilmeyeceğine”* ilişkin kural, her iki yılda bir yaptırılmasına ihtiyaç duyulan geminin rutin bakım süreleri nazara alınarak, sürenin 24 aya çıkarılması öngörülmektedir. Bunun sonucunda teklif edilen metin

*“müşterek avarya hareketinden önceki 24 ay içinde geminin karinesi temizlenmiş ise, karine temizleme, boyama veya kaplama masraflarının müşterek avarya kabul edilir aksi halde temizleme, boyama ve kaplama masraflarının müşterek avarya kabul edilmeyecektir.”*

şeklinde dir.

9) **Kural XI (d) (iv) :** Müşterek selamet uğruna barınma limanına girme ve barınma limanında kalma faaliyetleri sırasında *“çevreye verilebilecek zararı azaltıcı*

*veya önleyici tedbirlerin alınması amacıyla yapılan masrafların*” müşterek avaryaya kabul edilmesine ilişkin Kural’a gemide elden geçirme ve yükün boşaltılması ve yakıt ve kumanyalar için yapılan masrafların da eklenmesi teklif edilmiştir. Söz konusu bu ilaveler ile öngörülen yeni metin şu şekildedir;

*“Müşterek avaryaya sayılan yükün gemide elden geçirilmesi, boşaltılması, depolanması ve yeniden yüklenmesi, yakıt ve kumanya masrafları”*

**10) Kural XIV (b) :** York Anvers Kuralları 2004 Kural XIV’ün 2. paragrafına, müşterek avaryaya kabul edilen kazadan doğan hasarın giderilmesi için yapılan geçici tamir masraflarını sınırlamak amacıyla “Baily metodu” adı verilen yeni bir hesaplama metodu eklenmiştir. 2016 da metnin de Baily metodunu ilişkin maddenin aynen muhafaza edilmesi öngörülmektedir.

**11) Kural XVII:** Katılım değerleri konusundaki ilgili Kural’a düşük değerli yükün müşterek avaryaya katılımı dışında bırakılması ve bu konuda karar verme yetkisinin dispeççiye ait olmasına ilişkin bir ilave yapılması öngörülmektedir. Dispeççi, bu yükün paylaştırmaya katılmasından doğacak masrafların nihai katılım payına göre orantısız olduğu kanaatine varırsa, düşük değerli yük müşterek avaryaya paylaşımı dışında bırakabilecektir. Böylelikle, düşük değerli yük nedeniyle müşterek avaryaya paylaşım süresinin uzamasının engellenmiş olacağı belirtilmektedir.

### **12) Kural XX : Müşterek avaryaya harcamalarında komisyon**

Müşterek avaryaya sebebiyle yapılan harcamalar için %2 oranında komisyonun müşterek avaryaya olarak kabul edileceğine ilişkin 1924’den itibaren uygulanan kural, York Anvers Kuralları 2004’de kaldırılmıştır. 2016 metninde, 2004’de ki şekli ile devam ettirilmesi öngörülmektedir.

### **13) Kural XXI : Müşterek avaryaya kabul edilen zararlar için faiz**

York Anvers Kuralları 1994’de müşterek avaryaya harcama ve fedakarlıklarına yıllık %7 oranındaki faizin, dispeçin yayınlanması tarihinden üç ay sonraya kadar uygulanacağı belirtilmektedir. York Anvers Kuralları 2004’de ise, faiz oranı kaldırılarak, faizin her yıl CMI’ın Genel Kurul toplantısında belirleneceği kuralı getirilmiştir. CMI tarafından oluşturulan kılavuzda, bu sabit oranın finansal piyasada etkili ve lider durumdaki bankaların uyguladığı faiz oranı dikkate alınarak karar verileceği belirtilmektedir. 2015 yılında bu faiz oranı % 2.75 olarak belirlenmiştir<sup>6</sup>.

Uygulamada bu oranın gerçekçi olmadığına ilişkin itirazlar üzerine Uluslararası Çalışma Grubu faiz konusunda LIBOR’u değerlendirmiştir. Son olarak teklif edilen

<sup>6</sup> <http://www.comitemaritime.org/York-Antwerp-Rules-and-General-Average-Interest-Rates/0,2754,15432,00.html>, 1.9.2015



metinde, uygulanacak faiz konusunda ICE LIBOR<sup>7</sup>ın nazara alınmasını ve oranın dispeçin yayınlandığı yıla ait ilan edilen ICE LIBOR faiz oranına %4 ilave edilmesi eğer dispeç ICE LIBOR faiz oranı uygulanamayacak bir para birimi üzerinden hazırlanmış ise, faiz oranı olarak 12 aylık Amerikan Doları ICE LIBOR<sup>8</sup>'nin uygulanması teklif edilmektedir.

#### 14) Kural XXII : Nakit Paraların İşleyişi

Kural'da müşterek avaryadan, kurtarmadan veya özel yükümlülüklerden doğan sorumluluğunu teminat altına almak için nakit toplandığı hallerde, donatan veya nakit para yatıranların adına atanmış yetkili temsilcilerin her ikisinin birlikte onayladıkları bir bankada açılacak bir özel hesaba yatırılması öngörülmektedir. Modern bankacılık sistemindeki değişimler nedeniyle bazı ülkelerde müşterek hesap açılmasının mümkün olmadığına ilişkin yapılan itirazlar üzerine nakit paraların tek hesap üzerinden ve müşterek avaryaya hesabı olarak dispeçinin sorumluluğundaki bir hesaba yatırılması teklif edilmektedir.

Ayrıca, dispeç kararında uygulanacak hesap biriminin SDR olarak belirlenmesine ilişkin tekliflerde sunulmuştur.

#### 15) CMI Kılavuzu

York Anvers Kurallar'ın da geçen bazı terimlerin kapsam ve tanımlamasına yer verilmemiş olması nedeniyle uygulamada ve yargısal farklılıkları ortadan kaldırmak amacıyla bir "Kılavuz" un hazırlanmasına karar verilmiştir. Kılavuz, York Anvers Kurallar'ı metninden tamamen bağımsız nitelikte olup, Kurallar'ın uygulanması sırasında tarafların başvuracağı ortak bir rehber niteliğindedir. Kılavuzda yer verilecek konular genel olarak şunlardır;

- a) Kural VI' nın uygulaması.
- b) Kural XX'de yer verilen faiz oranlarının belirlenmesi ve hesaplamada kullanılan birim.
- c) Kural XXI tahtında nakit paraların dispeç tarafından muhafaza edilmesinde uygulanacak usulün belirlenmesi.

Burada özellikle nakit paraların, dispeçinin kendi özel ayrı hesabından ayrılması ve özellikle dispeçinin ticari işletmesinin iflası veya tasfiyesi halinde nakit paraların bu iflas ve tasfiye prosederün ayrı tutulmasının sağlanması, banka hesaplarına yatan nakitlerin akışının açık bir şekilde görülebilmesi hedeflenmektedir.

<sup>7</sup> ICE LIBOR, intercontinental LIBOR, kıtalararasında kıyaslanarak günlük bazdan 12 ay arasında değişen vadelerde uluslararası alanda kabul edilen beş para birimi için ( euro, pound, dolar, japon yeni, İsviçre frangı) üretilmiş bir faiz oranıdır.

<sup>8</sup> Londra finansal piyasasında Amerikan Doları üzerinden verilen ödünç paralar için uygulanan faiz oranıdır.

d) Müşterek avarya katılım payı teminat belgelerinin şekil ve içeriği.

Teminat olarak verilen “avarya taahhüt belgesi ” (average bond) özel bir taahhütname olup, bu belge ile yük sahipleri ileride belirlenecek avarya garame paylarından doğacak borçları ödemeyi taahhüt etmektedir. Yük sigortacısı tarafından ise bu taahhüt, (avarya guarantees) garanti mektubu veya banka teminat mektubu şeklinde verilmektedir. Uygulamada bu belgelerin içeriklerinin farklı olduğu görülmektedir. Bunun temel nedeni yasal farklılıklar ve her olayın özel durumlarıdır ve bu farklılıkları tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir. Ancak, uluslararası alanda kullanılan söz konusu bu belgelerin benzer bir yazım içeriğine sahip olması halinde bu farklılıkların en aza indirilmesinin mümkün olduğu düşünülerek, bu amaçla Uluslararası Çalışma Grubu (IWG), Uluslararası Deniz Ticaret Odası (ICS) ve Uluslararası Sigortacılar Birliği (IUMI) ortak bir metin üzerinde çalışmıştır ve uygulamada bir “average bond” veya “garanti mektubu” veya “banka teminat mektubu ” içeriğinde mutlaka

- teminatın gemi malikini ve diğer muhtemel müşterek avarya alacaklılarını kapsayacak nitelikte bir ifade olması,

-müşterek avarya hareketine kusuru ile sebep olan tarafın müşterek avarya paylaşımına katılacağı, ancak bu kuralın kusurlu tarafa karşı ileri sürülebilecek talep veya savunma haklarını veyahut kusurlu tarafın talep ve savunma haklarını etkilemeyeceğine ilişkin Kural D'nin yer verilmesi,

- dispeç prosedürünün geciktirilmemesi amacıyla bilgi ve dellillerin zamanında sağlanmasını teşvik edici ifadelere yer verilmesi tavsiye edilmiştir.

e) Dispeççinin Rolü

Müşterek avarya paylaşımı sırasında dispeççinin rolü önemlidir. Özellikle milli kanunlarda dispeççinin hukuksal sorumluluk ve yükümlülükleri farklılık göstermekle birlikte, bir çok profesyonel dispeççi birlikleri kendi uygulama kurallarını hazırlayarak aralarında birliktelik sağlamaya çalışmıştır. Uluslararası alanda bunun sağlanabilmesi için dispeç prosedürü sırasında dispeççinin uyması gereken kurallar ve yükümlülükleri hakkında bir bölüm konulması öngörülmektedir.

f) Alternatif Uyuşmazlık Yolları

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğun, York Anvers Kuralları ve müşterek avarya ihtilaflarında uygulanabileceği ve bu hizmetin dispeççiler birliği tarafından verilebileceği belirtilerek, hazırlanacak Kılavuz'a buna ilişkin bir hükme de yer verilmesi öngörülmektedir.

## V. Sonuç ve Değerlendirme

Uluslararası alanda 150 yıla yakın bir süredir uygulanan müşterek avarya kuralları hasar ve zararın paylaşılması bakımından pratik ve adil çözüm yolunu sağlayan bir sistemdir. York Anvers Kuralları bugün itibarıyla halen uygulamada 1974 veya 1994 metinlerine başvurulduğu görülmektedir. 1994 metni uygulamaya oldukça geç girmiş, 2004 metni ise uygulamada kabul görmemiştir. Dolayısıyla, uluslararası alanda müşterek avarya zarar ve masrafların paylaşılmasında birlikteliği sağlamak amacıyla yeni bir metne ihtiyaç duyulmaktadır. Müşterek avarya Uluslararası Çalışma Grubu'nun yapmış olduğu girişimler sonucunda gemi ilgilileri, örneğin BIMCO, Uluslararası Deniz Ticaret Odası ile yük sigortacıları arasında konsensüs yaratılmak suretiyle hazırlanacak nihai metnin ve Kılavuz'un taraflar arasında menfaatler dengesini sağlayacağı ve uzun yıllar uygulamada başvurulacağı kanaatindeyiz.



# İTİRAZ EDİLMİYEN FATURANIN MALIN TESLİM EDİLMİŞ VE İŞİN YAPILMIŞ OLDUĞUNU GÖSTERİP GÖSTERMEYECEĞİ

(Whether an Invoice Which Has Not Been Objected to Shows That The Goods in Question Have Been Delivered and/or The Work in Question Has Been Performed)

Prof. Dr. Murat ALIŞKAN\*

## ÖZET

eTTK-1956 m. 23/f.1 (TTK. m. 21/no.1) hükmüne dayanılarak itiraza uğramayan faturanın, konusu olan malın teslim edildiğini, işin yapılmış olduğunu da göstereceği ileri sürülmüştür. Bugün de sözleşmenin ifası ile ilgili bir belge olan faturanın, itiraza uğramaması üzerine, istisnaî haller dışında sözleşmenin ifa edildiğini göstereceği savunulur. TTK. m. 21/no.1'e göre faturanın geçerliliği ya da hukuki sonuçlar doğurabilmesi için, geçerli bir sözleşmeye dayanılarak düzenlenmiş olması şarttır. Yoksa, faturaya itiraz edilmemiş olması, sözleşmenin varlığını göstermez. TTK. m. 21/no.2 hükmündeki karine de faturaya yazılması olağan olan içerik bakımındandır. Şu halde; süresi içinde faturaya itiraz edilmemekle birlikte, uyumsuzluk söz konusu ise, sözleşmenin varlığını ve kural olarak, malın teslim edildiğini, işin görüldüğünü, diğer bir menfaatin sağlandığını ispat yükü, bu hususları iddia eden konumundaki faturayı düzenleyip gönderen taraf üzerindedir (TMK. m. 6; HMK. m. 190/no.1).

**Anahtar kelimeler:** Fatura, faturaya itiraz, karine, sözleşme, ifa, ispat yükü.

## Abstract

It's been alleged that according to repealed Turkish Commercial Code dated 1956 art. 23/1 (current Turkish Commercial Code art. 21/no. 1), an invoice which has not been objected to, shows that the goods in question have been delivered and/or the work in question has been performed. Even today it's defended that a not-objected invoice, which is a document relating to the execution phase of the contractual relationship, shows apart from some exceptional circumstances that the obligations arising from the contract have been fulfilled. According to

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğr. Üyesi.

the Turkish Commercial Code (TCC) art. 21/no. 1, for an invoice to be valid or to have legal consequences, it's conditioned that the invoice is issued based on a valid contract. Otherwise, not objecting to an invoice doesn't prove the existence of any contract. Accordingly, the presumption made in TCC art 21/no. 2 is related to the ordinary content of the invoice. Therefore, even though the objection to the invoice wasn't made in due time, in the event of a dispute, the burden of proof about the existence of contract and in principle delivery of goods, performing of the work or affording of another interest, is up to the issuer/sender of the invoice who'd be also in position of claimant (Turkish Civil Code art. 6; Civil Code of Procedure art. 190/no. 1).

**Keywords:** Invoice, objection to invoice, presumption, contract, execution, burden of proof.

Y. 11. HD., T. 5.5.2005, E. 2004/7832, K. 2005/4738: "...Dava, taşıma sözleşmesine dayalı takibe yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı taşıyanın düzenlediği fatura, davalı taşıtan tarafından süresinde itiraza uğramamış ve takip dosyasında temel ilişki benimsemek suretiyle faturadaki miktarın bir kısmı olan 5000 USD'lik bölüm fatura tarihi esas alınarak ödenmiştir.

Mahkemece, benimsenip hükme dayanak yapılan bilirkişi raporu doğrultusunda, davacı taşıyanın taşıma işini gereği gibi yapmadığının tespitine rağmen, davalı taşıyanın yukarıda yazılı faturayı ticari defterlerine kaydetmesi ve TTK'nın 23. maddede hükmünce 8 günlük sürede itiraz etmemesi ve dolayısıyla fatura münderecatının aynen kesinleştiği sonucuna varılarak, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Oysa, faturanın içeriğine 8 gün içerisinde itirazda bulunulmadığı takdirde sadece faturada belirtilen verilerin doğru olduğu karinesi doğar; yoksa faturanın verilmesine neden olan iş veya hizmetin de yapılmış olduğunun kabulü anlamını taşımaz. Uyuşmazlık halinde, işin yapılmış olduğunun kanıtlanması gerekir. Ayrıca, davalıya tebliğ edilmiş olan fatura içeriğinin kesinleşmesi söz konusu olamaz. Faturanın deftere kaydı taşımanın gerçekleştiğine yalnızca karine teşkil eder. Bu karinenin aksinin ispatı her zaman olanaklıdır.

Somut olayda, taraflar arasında temel ilişkide davalı tarafından davacının edimini yerine getirmediği savunulup uyuşmazlık konusu edildiğine göre, Dairemiz'in 2.6.2003 gün 234-5836 nolu ilamına yanlış anlam yüklenerek faturanın kesinleştiğinden söz edilmesi olanaklı değildir.

Bu durumda, mahkemece, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, taraflar arasındaki temel ilişki olan taşıma ilişkisinde davacının edimini yerine getirip getirmediği hususunda ispat yükünün davacı da olduğu gözetilmek, davacıya ispat olanağı sağlanmak ve sonucuna göre karar verilmek gerekirken, yerinde bulunmayan yazılı gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..."<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Kazancı İBB.; YKD., C.31, Ağustos 2005, S.8, s. 1234 vd.; MOROĞLU/KENDİGELEN, s. 64.

**I.** Bir görüş<sup>2</sup> uyarınca, “Ticari işletmesi icabı bir mal satmış veya imâl etmiş veyahut bir iş görmüş yahut bir menfaat temin etmiş olan tacirden, diğer taraf kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödemiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir.” diyen eTTK-1956 m. 23’ün, faturanın istenebilmesinde ve alınmasında hareket noktası, malın satılması, imal edilmesi, işin görülmesi, menfaatin sağlanmasıdır. Faturayı alan kimsenin 8 günlük süre içinde münderecatına itiraz edebilmesi hakkı da aslında, faturada belirtilen karşılığın yerine getirilmemiş olması halinde bir teminat olabilir. Bu süreyi susmakla geçiren faturayı alan kimsenin, artık malı almadığı veya imal ve teslim edilmediği, işin görülmediği, menfaatin sağlanmadığı iddia-

---

Aynı yönde; Y. 19. HD., T. 14.10.2014, E. 2014/11846, K. 2014/15110 (Kazancı İBB.); Y. 11. HD., 01.06.2009, E. 2240, K. 6610 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 1154); Y. 3. HD., T. 13.6.2012, E. 11680, K. 15068 (**PULAŞLI**, s. 18); Y. 11. HD., T. 27.02.2009, E. 12545, K. 2262 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 453-454,1155-1156); Y. 15. HD., T. 31.10.2007, E. 2006/6537, K. 2007/6823 (YKD., C.34, Ağustos 2008, S.8, s. 1568-1570), Y. 15. HD., T. 07.03.2008, E. 2007/2029, K. 2008/1483 (YKD., C.35, Mart 2009, S.3, s. 497-499); Y. 11. HD., T. 16.03.2006, E. 2039, K. 2756 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 1157); Y. 19. HD., T. 17.03.2003, E. 457, K. 2266 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 1163); Y. 3. HD., T. 29.5.2000, E. 2000/4885, K. 2000/5011 (aşa. dn.40); Y. 19. HD., T. 30.11.1992, E. 1992/2335, K. 1992/6296 (YKD., C.19, Ağustos 1993, S.8, s. 1222-1223; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 61; **SAKA**, s. 134-135 dn.65; **DERYAL**, s. 54-55 dn.7); Y. 15. HD., T. 23.11.1992, E. 1992/4618, K. 1992/5448 (YKD., C.19, Ağustos 1993, S.8, s. 1203-1204; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 61; **KUBİLAY/GÖKSOY/AYAN/YILDIRIM**, s. 143-144; **ARKAN**, s. 154 dn.2; **DERYAL**, s. 54 dn.6; **SAKA**, s. 134 dn.64); Y. 11.HD., T. 7.10.1991, E. 1990/3048, K. 1991/5163 (**DOĞANAY**, s. 222 dn.155); Y. 11. HD., T. 06.11.1990, E. 6490, K. 7054 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 720); Y. 11. HD., T. 03.10.1989, E. 5204, K. 5002 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 717); Y. 11. HD., T. 22.12.1987, E. 5011, K. 7508 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 713); Y. 11. HD., T. 05.12.1986, E. 6553, K. 6566 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 712; **UÇAR**, s. 51); Y. 11. HD., T. 27.05. 1986, E. 2450, K. 3233 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 711); Y. 11. HD., T. 2.4.1986, E. 986/1599, K. 986/1911 (**BAŞBUĞOĞLU**, s. 56); Y. 11. HD., E. 1986/5016, K. 5415 (**ÜNAL**, s. 138 dn.225 ve ilgili metin); Y. HGK., T. 10.10.1979, E. 1977/11-1317, K. 1295 (İKİD., Yıl:20, Mayıs 1980, S. 233, s. 7660-7661; **ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 708; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 58; **DOMANIÇ**, s. 146; **ÇEVİK**, s. 170; **ALVER**, s. 49 dn.38); Y. 11. HD., T. 7.11.1979, E. 979/5074, K. 5080 (**UÇAR**, s. 49; **BAŞBUĞOĞLU**, s. 55); Y. 11. HD., T. 3.4.1978, E. 1978/1788, K. 1978/1687 (aşa. dn.40); Y. 11. HD., T. 19.4.1977, E. 1977/1857, K. 2032 (İKİD., Yıl:20, Mayıs 1980, S. 233, s. 7660-7661; **DOĞANAY**, s. 218 dn.145; **SAKA**, s. 134 dn.64; **DERYAL**, s. 54-55 dn.7).

<sup>2</sup> **SENGİR/TARAY**, s. 7 ve bilgi için, **ÜNAL**, s. 176 dn.320. Öte yandan, eTTK-1926 (m. 684, m. 695) döneminde **Hırş**’in de bu görüşte olduğu söylenebilir (bkz. s. 598). Y. 15. HD.’nin yeni bir kararında (T. 9.12.2015, E. 2015/4557, K. 2015/6289) da şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir: “...TTK 21/1. maddedeki Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödemiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir düzenlemesi de faturanın mal ve hizmet teslimi üzerine düzenleneceğini ortaya koymaktadır.” Kararda, devamlı “Faturaya ilişkin bu hükümler gözetildiğinde ayıptan doğan zararın giderilme bedeline ilişkin kesilen yansıtma faturası davalıya bizzat yapılmış bir teslim ve işgörme olgusunu...” ispatlamaz denilmektedir (Kazancı İBB.).

sında bulunması beklenemez. Şu halde, itiraza uğramayan fatura münderecatı malın teslim edilmiş olduğunun ayrıca ispatı gerekmez.

Burada, eTTK-1956 m. 23/f.1 (TTK. m. 21/no.1) hükmüne dayanıldığı görülmektedir. Öte yandan da faturayı alan kimsenin, aldığı tarihten itibaren 8 gün içinde münderecatı hakkında bir itirazda bulunmadığı takdirde bu münderecatı kabul etmiş sayılacağını öngören eTTK-1956 m. 23/f.2 (TTK. m. 21/no.2) hükmünün, yalnız malın evsafı değil; aynı zamanda kendisinin de kabulünü gösterdiği ileri sürülmektedir<sup>3</sup>.

Fatura kelimesinin anlamı üzerinde de duran bu görüş uyarınca; sözlüklerdeki anlamı itibarıyla fatura; yapılmış, verilmiş, gönderilmiş, iş, imal ve hizmeti gösterir; yoksa, ileride yapılacak, verilecek iş ve malı belirtmez<sup>4</sup>.

Fransız hukukunda, fatura hakkında uzun süre çekimser ve tereddütlü kalınmış, daha sonradan, İsviçre ve İtalya'daki uygulamanın etkisiyle itiraz edilmeyen faturanın malın kayıtlara uygun olarak teslim edildiğini gösterdiği sonucuna varılmıştır<sup>5</sup>.

Yargıtay'ın da önceki dönemlerde, bu görüşün kabul ettiği üzere, itiraza uğramayan faturanın malın teslim edildiğini gösterdiği yönünde kararlar verdiği görülmektedir<sup>6</sup>. TD., T. 13.2.1959, E. 2606, K. 2833: "I – TTK. 23 üncü maddesine göre bir faturayı alan kimse tacir olsun, olmasın, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde o faturanın münderecatı hakkında bir itirazda bulunmadığı takdirde, münderecatını kabul etmiş sayılır II – Bu itibarla, dâvacı ticaret şirketi tarafından dâvalı Devlet Havayollarına satıldığı iddia olunan mallara ait faturaların dâvalıya tebliğ olunup da dâvalı müessese tarafından da müddetinde itiraz olunmadığının sübutu halinde faturalar münderecatının tahsiline karar verilmesi icap eder."<sup>7</sup>

TD., T. 16.10.1969, E. 68/3485, K. 69/4769: "...Davalı son celsede 28/X1966 tarihli faturada yazılı işlerin yapılmadığını müdafaa etmiştir. 23'ncü maddenin 2'nci

<sup>3</sup> SENGİR/TARAY, s. 9-10.

<sup>4</sup> SENGİR/TARAY, s. 2.

<sup>5</sup> SENGİR/TARAY, s. 8.

Fransız hukukunda, faturanın malın teslimine kesin karine teşkil ettiğine ilişkin kararların dayanağı olarak görülen Fransız Temyiz Ticaret Dairesi'nin, 19 Haziran 1958 tarihli kararında şöyle denilmektedir: "İhtilaf mevzuu faturalara karşı diğer tarafça hiçbir itiraz yapılmadığı cihetle bu faturada evsafı bildirilen malların lehdarı tarafından alındığının kabulü gerekir. Bu bakımdan malın alınmadığına dair muhatabın itirazı halinde Mahkeme kati delil olarak faturaya göre karar vermek hakkını muhafaza eder." (SENGİR/TARAY, s. 8-9).

<sup>6</sup> SENGİR/TARAY, s. 7,8.

<sup>7</sup> DOMANIÇ/ÇAMOĞLU, s. 47; SENGİR/TARAY, s. 7.

TD., T. 221.1959, E. 1959-75, K. 192: sayılı kararında da buzdolabını davalıya satın bir fatura tanzim eden altını imzaladıktan sonra davalıya veren davacının bedel tahsiline ilişkin talebine karşı davalının buzdolabı motorunun değiştirildiğine dair definin varit olmayacağı, faturada evsafı belirtilen ve dolabın gösterildiği şekilde teslim alındığının kabulü gerekeceğini öngörmüştür (bkz. SENGİR/TARAY, s. 7).



fıkrası ile kabul edilen esas, dâvacıyı ispat külfetinden kurtarmağa matuf olup, buna karşı her türlü def'i ileri sürülebilir. Dâvalı bu işlerin yapılmadığını beyan ettiğine göre, kendisine bu yönden ispat külfeti tahmil edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir...<sup>8</sup> Görülüyor ki; eTTK-1956 m. 23/f.2 (TTK. m. 21/no.2) hükmüne dayanılarak, itiraza uğramayan faturanın verilmesine neden olan işin yapılmış sayılacağı, aksini ispat külfetinin bunu iddia eden üzerinde olduğu kabul edilmiştir.

Buna karşılık, daha eTTK-1926 döneminde, bu Kanun m. 684 uyarınca mün-derecatı kabul edilmiş sayılan faturanın, inkâr edilen teslimatın yapıldığını ispata yetmeyeceği yönünde karar verilmiştir<sup>9</sup>.

Öğretide bugün de itiraza uğramayan faturanın, malın teslim edildiğini, işin yapılmış olduğunu göstereceği savunulmaktadır. Şöyle ki; akdin ifası ile ilgili bir belge olan fatura, istisnaî haller dışında akdin ifa edildiğini de gösterir. Örneğin, faturaya itiraz edilmemesi üzerine, işin yapıldığı yönünde aksi ispat edilebilen bir karine doğar ve bu durumda ispat yükü, işin yapılmadığını iddia eden tarafa düşer<sup>10</sup>.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı ise, 11. HD.'nin bu inceleme konusu kararında (T. 5.5.2005, E. 2004/7832, K. 2005/4738) olduğu gibi, süresi içinde itiraz edilmeyen faturanın, konusu olan malın teslim edilmiş, iş veya hizmetin yapılmış olduğunun kabulü anlamına gelmeyeceği yönündedir<sup>11</sup>.

**II. VUK.'a göre fatura, malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren azami yedi gün içinde düzenlenir. Bu süre içerisinde düzenlenmeyen faturalar hiç düzenlenmemiş sayılır (m. 231/no.5). TTK.'da böyle bir fatura düzenleme süresi öngörülmüş değildir<sup>12</sup>. VUK. m. 231/no.5'teki, söz konusu yedi gün içinde düzenlenmeyen faturanın hiç düzenlenmemiş sayılması yaptırımını da ticaret hukuku alanında (TTK. m. 21, m. 1530/no.2 vd.) uygulanmaz<sup>13</sup>. Dolayısıyla, VUK. m. 231/no.5'teki süre geçtikten sonra düzenlenen faturayı, aynı hüküm uyarınca "hiç düzenlenmemiş" sayan Yargıtay kararlarını, bu yönden isabetli bulmuyoruz<sup>14</sup>.**

<sup>8</sup> Batider, Aralık 1970, C.V, S.4, s. 828-829; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 60; **KURU**, s. 2016.

<sup>9</sup> 27.2.1934 Tarihli bu karar için bkz. **SENGİR/TARAY**, s. 8.

<sup>10</sup> **ÜNAL**, s. 67-68,123,136,175,176. **DERYAL**, s. 55'e de bkz.

<sup>11</sup> Bkz. yuk. dn.1 ve ilgili metin.

<sup>12</sup> **ÜNAL**, s. 122; **BOZER/GÖLE**, s. 71; **BAHTİYAR**, s. 102; **ÇAĞLAYAN**, s. 223.

<sup>13</sup> Bu görüşte, **DOMANIÇ**, s. 137-138; **ARKAN**, s. 151-152; **DOMANIÇ/ULUSOY**, s. 228; **ÜNAL**, s. 123; **ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA)**, s. 285; **BAHTİYAR**, s. 102; **KAYAR**, s. 162-163; ayrıca, **ÇAĞLAYAN**, s. 223; **AYDOĞDU/AYAN**, s. 248 dn.516; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 184.

<sup>14</sup> Y. HGK., T. 13.10.2004, E. 2004/ 19-456, K. 2004/531: "...Somut uyumsuzlukta vergiyi doğuran olay, taraflar arasındaki taşınmaz satımıdır. Bu satımın yapılmasıyla birlikte, devlet Katma Değer Vergisi alma hakkına sahip, satıcı da bunu ödemekle yükümlü olmuştur. Taraflar, sözleşme aşamasında, satış bedeline bu verginin de dahil olup olmadığına dair bir kararlaştırmada bulun-

Genellikle, faturanın, teyit mektubu (TTK. m. 21/no.3) gibi sözleşmenin kurulması değil, taraflar arasındaki sözleşmenin “ifa” sı (=yerine getirilme) aşamasıyla ilgili bir belge<sup>15</sup> ya da “icra” aşamasına ilişkin bir belge<sup>16</sup> olduğu tespit ve ifade edilir. Buna karşılık, <sup>17</sup>. faturanın ifa ile ilgisi olmadığı da söylenmiştir. Bu konudaki bir diğer ifade uyarınca ise, fatura, sözleşmenin icrasını veya icrasına girildiğini gösteren bir belgedir<sup>18</sup>.

Söz konusu sözleşme; satış ya da iş görme sözleşmesi<sup>19</sup> veya diğer bir sözleşmedir<sup>20</sup>.

mamışlar; davacı satıcı, Katma Değer Vergisi'ni satış bedelinden ayrı olarak gösterip, davalı alıcının bilgisine ve onayına sunmamış, satış işlemi geçerli şekilde yapıp, satış bedelini aldıktan ve böylece davalı ile aralarındaki hukuki ilişki sona erdikten yaklaşık altı ay sonra, Katma Değer Vergisi içeren bir fatura düzenleyip davalıya tebliğ etmiş, ödeme isteminde bulunmuştur. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bu istemin hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ( uyuşmazlığa konu Katma Değer Vergisi'ni içeren faturanın düzenlendiği 18.6.1999 tarihinde yürürlükte bulunan 4.12.1985 gün ve 3239 sayılı Kanun ile değişik) 231/5. maddesi; faturanın, malın tesliminden itibaren en çok on gün içinde düzenlenmesi gerektiği; bu süre içerisinde düzenlenmeyen faturaların hiç düzenlenmemiş sayılacağı hükmünü taşımaktadır. Somut olayda, davacının tapudaki satış işlemi üzerinden yaklaşık altı ay geçtikten sonra düzenlediği 18.6.1999 günlü faturanın, bu hüküm anlamında hiç düzenlenmemiş sayılması gerektiği de açıktır.” (Kazancı İBB.; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 59). Keza, Y. 15. HD., T. 9.12.2015, E. 2015/4557, K. 2015/6289 (Kazancı İBB.).

Bu arada, VUK. uygulamasında da bu Kanun m. 231/no.5'teki süreden sonra düzenlenen faturanın hiç düzenlenmemiş sayılması ağır bir sonuç olarak görülmekte ve özel usulsüzlük cezasının yeterli olacağı savunulmaktadır (ÜNAL, s. 123 ve orada dn.194).

<sup>15</sup> Bkz. **ARKAN**, s. 150,152,153; **ÜNAL**, s. 11,34-35,63,67,133,135,136,137,175,255; **ARSLANLI**, Ticarî Bey', s. 118; **KARAHAN**, s. 107-108,108-109; **KARAYALÇIN**, s. 224; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 185,186; **TUNA**, s. 66; **BATTAL**, s. 79,82,92; **BAHTİYAR**, s. 102; **ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA)**, s. 275,277,278; **HİRŞ**, s. 598; **KARAYALÇIN**, s. 224; **ENGİN**, s. 263,264,265; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 94; **DERVAL**, s. 53; **KAYAR**, s. 161-162; **SAKA**, s. 131,134; **KUMKALE**, s. 27; **ALIŞKAN**, s. 24,25,26. Y. İBK., T. 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (R.G., T. 24 Aralık 2003, S. 25326; ayrıca, Kazancı İBB.; **KUBİLAY/GÖKSOY/AYAN/YILDIRIM**, s. 155 vd.; **POROY/YASAMAN**, s. 146); Y. 23. HD., T. 13.1.2015, E. 2014/3309, K. 2015/127 (aşa. dn.25); Y. 3. HD., T. 29.5.2000, E. 2000/4885, K. 2000/5011 (aşa. dn.35); Y. 15. HD., T. 15.11.1999, E. 1999/4192, K. 1999/4070 (YKD., C.26, Nisan 2000, S.4, s. 574-575; **KUBİLAY/GÖKSOY/AYAN/YILDIRIM**, s. 151-152; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 62-63; **ENGİN**, s. 269).

<sup>16</sup> **POROY/YASAMAN**, s. 145,147,153; **İMREGÜN**, s. 39; **DOMANIÇ**, s. 139; **BOZER/GÖLE**, s. 71,72; **ARKAN**, s. 156; **DOMANIÇ/ULUSOY**, s. 229; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 94; **BATTAL**, s. 81. **DERVAL**, s. 53; **ALIŞKAN**, s. 26'ya da bkz.

<sup>17</sup> **TOKSAL**, s. 235 ve Y. 11. HD., T. 20.05.1991, E. 3572, K. 3242 (aşa. dn.27).

<sup>18</sup> **ARSLANLI** (Ticarî Bey', s. 117,118; Umumi Hükümler, s. 40,41).

<sup>19</sup> **ARKAN**, s. 152; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 185.

<sup>20</sup> **BOZER/GÖLE**, s. 71; **ÜNAL**, s. 10,11; **BATTAL**, s. 79,80,133; **İMREGÜN**, s. 39; **KARAHAN**, s. 107; **KAYAR**, s. 161.

Y. İBK., T. 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (R.G., T. 24 Aralık 2003, S. 25326; ayrıca, **KUBİLAY/GÖKSOY/AYAN/YILDIRIM**, s. 155 vd.). Ayrıca ve söz konusu İBK.'nin bir yerinde faturanın, bazı eski kararlarda (aşa. dn.24) olduğu üzere, satış sözleşmesine hasredilmesine dikkat

TTK. m. 21/no.1 uyarınca, ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, bedeli ödemiş ise bunun da gösterilmesi suretiyle kendisine bir fatura verilmesini isteyebilir.

Hükümdeki, “bir mal satmış” tabiriyle satış sözleşmesi, “üretmiş” tabiriyle eser sözleşmesi, “bir iş görmüş” tabiriyle eser sözleşmesi dışındaki iş görme sözleşmeleri ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Nihayet, “bir menfaat sağlamış” tabiriyle de fatura düzenlenmesine dayanak olabilecek diğer sözleşmeler kastedilmektedir<sup>22</sup>.

Sırf bu hükümdeki bazı tabirlerinden, faturanın, iş görüldükten, mal teslim edildikten sonra istenebileceği, verileceği/verilebileceği şeklinde bir sonuca<sup>23</sup> varılamaz. TTK. m. 21/no.1'deki hüküm tümüyle değerlendirildiğinde varılan sonuç; fatura istenebilmesi ve düzenlenip verilebilmesi için, geçerli bir sözleşmenin varlığının şart olmasıdır. Nitekim, faturanın düzenlenegeldiği en eski ve en tipik sözleşme olan satış sözleşmesi<sup>24</sup> bakımından, “bir mal satmış” tabiriyle yetinilmiş ve satış konusu malın teslim edilmiş olması gerektiğine dair bir ifadeye yer verilmemiştir.

O halde; düzenlenip verilen belgenin fatura niteliğinde sayılabilmesi ve buna ilişkin sonuçları doğurabilmesi için şart olan husus; taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin varlığıdır<sup>25</sup>. TTK. m. 21/no.1 hükmünden, faturanın düzenlenebileceği

---

çeken bir değerlendirme için de **POROY/YASAMAN**, s. 146-147 dn.41 ve ilgili metne bkz. **KUMKALE**, s. 24'e de bkz.

<sup>21</sup> **BATTAL**, s. 79.

<sup>22</sup> **TOKSAL**, s. 233; **BATTAL**, s. 80'e de bkz.

<sup>23</sup> Bkz. yuk. dn.2 ve ilgili metin.

<sup>24</sup> eTTK-1926 (m. 684, m. 695) döneminde, Yargıtay, yalnız ticari satışlarda verilen belgenin fatura niteliğinde olacağını kabul etmiş idi Bkz. 27.3.1943 tarihli karar [**ARSLANLI** (Ticari Bey', s. 117,118; Umumi Hükümler, s. 40,41); **POROY/YASAMAN**, s. 146]; TD., T. 25.2.1946, K. 454 (**DOMANIÇ/ÇAMOĞLU**, s. 46; **HİRŞ**, s. 597). Ayrıca, yuk. dn.20.

**KARAYALÇIN**, s. 224 dn.78 ve ilgili metne de bkz.

<sup>25</sup> Ayrıca, **DOMANIÇ**, s. 139,140; **ARKAN**, s. 152; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 184-185,186; **KARAHAN**, s. 107-108; **BOZER/GÖLE**, s. 71; **DOĞANAY**, s. 221-222; **UÇAR**, s. 46; **ÜNAL**, s. 133-134,139; **ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA)**, s. 276-277; **DOMANIÇ/ULUSOY**, s. 229,230; **BAHTİYAR**, s. 103; **ALVER**, s. 49; **BAŞBUĞOĞLU**, s. 54; **ÇEKER**, s. 74; **DERYAL**, s. 53,54.

Y. İBK., T. 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (yuk. dn.15); Y. 23. HD., T. 13.1.2015, E. 2014/3309, K. 2015/127 (Kazancı İBB.); Y. 3. HD., T. 13.6.2012, E. 11680, K. 15068 (yuk. dn.1); Y. 3. HD., T. 29.5.2000, E. 2000/4885, K. 2000/5011 (aşa. dn.40); Y. 11. HD., T. 23.10.1983, 983/1639-1717 (**UÇAR**, s. 49); Y. 11. HD., T. 5.4.1983, E. 1983/1639, K. 1717 (aşa. dn.39); Y. HGK., T. 14.3.1980, E. 1978/11-1147, K. 1980/1418 (aşa. dn.40 ve **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 58; **SAKA**, s. 133 dn.63; **ÇEVİK**, s. 170; **DERYAL**, s. 53 dn.1); Y. 11. HD., T. 11.12.1978, E. 1978/5246, K. 1978/5544 (Batider, Aralık 1980, C.X, S.4, s. 1027-1031; Kazancı İBB.; **ÇEVİK**, s. 170; **DOMANIÇ**, s. 146; **SAKA**, s. 134 dn.64; **DERYAL**, s. 54 dn.3); Y. 11. HD., T. 23.5.1978, E. 1978/2652, K. 1978/2717 (Kazancı İBB.; Batider, Aralık 1978, C.IX, S.4, s. 1177-1180; **DOMANIÇ**, s. 146); Y. 11. HD., T. 3.4.1978, E. 1978/1788, K. 1978/1687 (aşa. dn.40); Y. 11. HD., T. 23.5.1978, E. 1978/2652, K. 2717 (**DOĞANAY**, s. 222 dn.154 ve ilgili metin; **ÜNAL**, s. 133 dn.208); ayrıca, Y. 11. HD., T. 12.04.2004, E. 9562, K. 3810 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 1161).

zamanın başlangıcı itibariyle anlaşılabilir da sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Fatura, sözleşmenin yapılmasından sonra düzenlenip gönderilir<sup>26</sup>. Bu anlamda, fatura, sözleşmenin icra aşamasıyla ilgili bir belgedir. Ancak, ifa sırasında veya daha sonradan düzenlenip verilmesi yanında, ifadan önce de düzenlenebilir<sup>27</sup>. Bu sebeple de borcun ifa edildiğini göstermez.

Esasen, TTK. m. 1530/no.2 vd. hükümlerinde de faturanın, ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla önceden yapılan bir sözleşmeye dayanarak ve malın teslimi veya hizmetin sağlanması tarihinde, daha sonra ya da malın teslimi veya hizmetin sağlanmasından önce düzenlenip verilebileceği öngörülmektedir.

Fatura, genellikle sözleşmenin kurulmasını takiben müşteriye gönderilir<sup>28</sup>. Uygulamada, malla birlikte gönderilmesi de söz konusudur<sup>29</sup>.

Sonuç olarak; TTK. m. 21/no.1 uyarınca, fatura düzenlenip verilmesi için, taraflar arasında önceden kurulmuş geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunması şarttır. Fakat, borç ifa edildikten sonra düzenlenip verilmesinden hareket edildiği söyleneceği için; bu hükme (TTK. m. 21/no.1) dayanılarak, itiraza uğramayan faturanın, malın teslim edildiğini, işin görüldüğünü veya menfaatin sağlandığını göstereceği de söylenemez.

**III.** TTK. m. 21/no.2'de ise; "Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmıyorsa bu içeriği kabul etmiş sayılır." hükmü yer almaktadır. Buradaki kabul edilmiş sayılan içerik/"münderecat" (eTTK-1956 m. 23/f.2; eTTK-1936 m. 684); satılan malın veya yapılan işin adedi, türü, tutar gibi, faturaya yazılması olağan hususlar olabilir<sup>30</sup>. Yani, bu

<sup>26</sup> **ARKAN**, s. 150; **ARSLANLI** (Ticari Bey', s. 117; Umumî Hükümler, s. 40).

<sup>27</sup> Ayrıca, **TOKSAL**, s. 235; **BOZER/GÖLE**, s. 74.

Y. 11. HD., T. 20.05.1991, E. 3572, K. 3242: "Fatura bir işletmenin faaliyeti zımında veya ticari hedefine yönelik herhangi bir eylemini, ifadan veya sonraki tarihte belgeleyen bir yazıdır. Faturanın ifa ile ilgili yoktur (Baki Toksal, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, s. 232 vd.)...Fatura mukavele değildir..." (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 723-724).

**Karayalçın** da "...faturada...emtia...daha evvel teslim edilmişse teslim tarihi) bulunması lâzımdır." diyor (s. 224). Buna göre de faturanın, malın tesliminden sonra veya önce verilmesi söz konusudur.

Buna karşılık, faturanın tanziminin, malın tesliminden sonra yapıldığı yönünde, **ALVER**, s. 49.

<sup>28</sup> **DOĞANAY**, s. 218.

<sup>29</sup> "Bilimum peşin veya senetle yapılan alış verişlerde olduğu gibi elektrik malzemesi ve floresan ampul alış verişlerinde de malla birlikte tanzim edilmiş faturanın gönderilmesi..." [İTO Yönetim Kurulu Kararı: 24.5.1966 (bkz. **ULUSOY**, s. 133)].

Diğer bir karar uyarınca ise; "Uygulamada ticari bir malın satışında fatura kesilmesi ticari usuldendir, ticari bir malın alıcı firmaya tesliminde satıcı firma tarafından tesellüm makbuzu alınması da ticari usuldendir." [İTO Yönetim Kurulu Kararı: 10.4.1962 (**ULUSOY**, s. 136)].

<sup>30</sup> Örneğin, **ARKAN**, s. 153; **ARSLANLI** (Ticari Bey', s. 118; Umumî Hükümler, s. 41); **POROY/YASAMAN**, s. 145-146,147; **İMREGÜN**, s. 39; **DOĞANAY**, s. 218; **KARAYALÇIN**, s. 224; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 185; **DOMANİÇ**, s. 138-139,140; **BATTAL**, s. 82,92-

hükme göre de itiraza uğramayan fatura; malın teslim edildiğini, işin görüldüğünü vs. borcun ifa edildiğini göstermez<sup>31</sup>. Uyuşmazlık halinde, malın teslim edildiğini, işin yapıldığını vs. borcun ifa edildiğini faturayı düzenleyip gönderenin (satıcı, işi yapan...), usulüne uygun olarak ispat etmesi gerekir (TMK. m. 6; HMK. m. 190/ no.1)<sup>32</sup>.

“Bir faturayı sarahaten veya zımnen kabul eden kimse onun mündericatını da kabul etmiş addolunur. Bir faturayı alan kimse aldığı tarihten itibaren sekizgün zarfında mündericatu hakkında bir itiraz dermeyan etmemiş ise mündericatını kabul etmiş addolunur.” diyen eTTK-1926 m. 684’teki düzenlemenin ilk cümlesi, Fransız ve İtalyan Kanunlarından, ikinci cümlesi de Fransız ve İtalyan Mahkemelerinin

---

93,102,103; **ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA)**, s. 277-278; **ENGİN**, s. 263,264,265; **UÇAR**, s. 46; **BAHTİYAR**, s. 103; **DOMANIÇ/ULUSOY**, s. 228-229,230; **SAKA**, s. 132-133; **KUMKALE**, s. 27; **ALIŞKAN**, s. 24,25,28,29; ayrıca, **ÜNAL**, s. 156-158 (ve karş. aynı eser s. 136).  
Y. İBK., T. 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (yuk. dn.15); Y. 23. HD., T. 13.1.2015, E. 2014/3309, K. 2015/127 (yuk. dn.25); Y. 3. HD., T. 13.6.2012, E. 11680, K. 15068 (yuk. dn.1); Y. 11. HD., T. 01.06.2009, E. 2240, K. 6610 (aşa. dn.31); Y. 11. HD., T. 16.03.2006, E. 2039, K. 2756 (yuk. dn.1); Y. 3. HD., T. 29.5.2000, E. 2000/4885, K. 2000/5011 (aşa. dn.40); Y. 15. HD., T. 15.11.1999, E. 1999/4192, K. 1999/4070 (yuk. dn.15); Y. 15. HD., T. 27.11.1996, E. 1996/5718, K. 1996/6288 (aşa. dn.39); Y. 15. HD., T. 23.11.1992, E. 1992/4618, K. 1992/5448 (yuk. dn.1); Y. 11. HD., T. 13.01.1992, E. 4908, K. 49 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 728); Y. 11. HD., T. 03.10.1989, E. 5204, K. 5002 (yuk. dn.1; ayrıca, **BOZER/GÖLE**, s. 73 dn.70); Y. 15. HD., T. 8.3.1976, E. 1975/5601, K. 1976/985 (YKD., C.3, Nisan 1977, S. 4, s. 548-549; **ÇEVİK**, s. 169); ayrıca, Y. HGK., T. 13.7.2011, E. 2011/11-314, K. 2011/525 (aşa.dn.43).

<sup>31</sup> Bkz. yuk. dn.1 ve ilgili metin; aşağı. dn.40’ta yer alan kararlar.

Ayrıca, Y. 11. HD., T. 01.06.2009, E. 2240, K. 6610: “...İlke olarak alacaklı tarafından gönderilen faturaya borçlunun süresi içerisinde itiraz etmemesi, fatura konusu hizmetin ifa edildiğini göstermeyip, sadece hizmetin alındığının kanıtlanması halinde, borcun miktarı yönünden borçluyu bağlayıcı niteliği haizdir...” (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 1154) ve Y. 11. HD., T. 20.05.1991, E. 3572, K. 3242 (yuk. dn.26); Y. 11. HD., T. 20.10.1986, E. 1986/5016, K. 1986/5415 (**ÇEVİK**, s. 171; **BAŞBUĞOĞLU**, s. 57; **UÇAR**, s. 50).  
**ARKAN**, s. 154; **POROY/YASAMAN**, s. 147; **BOZER/GÖLE**, s. 73; **KARAHAN**, s. 110; **SAKA, DOĞANAY**, s. 218; **BAHTİYAR**, s. 103; **ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA)**, s. 278. **SAKA**, s. 134; **UÇAR**, s. 47; **ALVER**, s. 50’ye de bkz.

<sup>32</sup> Bkz. yuk. dn.1 ve ilgili metin.

**POROY/YASAMAN**, s. 147; **KARAHAN**, s. 110; **SAKA**, s. 134.

Karş. Y. 11. HD., T. 13.11.1984, E. 1984/4889, K. 1984/5499: “Mallar davalı alıcıya satılmış ve ayrıca fatura verilmiştir. Bir yıl geçmesine karşın faturaya karşı herhangi bir itiraz yapılmamıştır. Bu durumda, malların zımnen davalı alıcıya teslim edildiğinin kabulü gerekir.” (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 710; **ÇEVİK**, s. 171). Ayrıca, Y. 19. HD., T. 22.1.1997, E. 1996/4987, K. 1997/217 (aşa. dn.46).

Ayrıca ve bu defa; eser sözleşmesinde iş bedeli karşılığı düzenlenen faturaya itiraz edilmemiş olmasının işin yapılmasına kesin karine teşkil etmeyeceği yönünde, Y. 15. HD., E. 2000/129, K. 2000/718 (**ÜNAL**, s. 175 dn.317 ve ilgili metin).

ilk cümle hakkındaki içtihatlarından alınmış<sup>33</sup> idi. Ulaşabildiğimiz kadarıyla bugün Fransız Yüksek Mahkemesi'nin kabulü, karşı tarafa göndediği faturalara dayanan davacının iddiasını ispatta yetersiz kaldığı yönündedir<sup>34</sup>. Zira her ne kadar Fransız Ticaret Kanunu L.110-3 maddesi, tacirler açısından ispatta serbesti tanımış ise de<sup>35</sup> bu serbesti, faturanın tek başına alacağı ya da ifayı kanıtlamasını sağlayacak kadar geniş görülmemektedir. Öyle ki; ispat vasıtalarının kümülatif olarak sunulması, örnek vermek gerekirse, faturalara ek olarak sevk irsaliyelerinin de ibrazının gerçekleştirilmesi gerekli görülmektedir<sup>36</sup>. Bu gerekliliğin sebebi de en temelde kimsenin kendi hazırladığı belgelere dayanamayacağı şeklindeki hukuk prensibidir.

**IV. İnceleme konumuz Yargıtay Kararında (11. HD., T. 5.5.2005, E. 2004/7832, K. 2005/4738), Davalı şirketin süresinde itiraz etmediği faturayı defterine kaydetmesinin, bu faturanın dayandığı taşıma sözleşmesinden doğan taşımanın gerçekleştiğine yalnızca karine teşkil edeceği ve bu karinenin aksinin ispatının her zaman olanaklı bulunduğu kabul edilmektedir. Kararda, Davacı taşıyanın taşıma işini gereği gibi yapmadığının mahkemece tespit edilmiş olduğu da belirtilmektedir. Sonuç itibariyle taşıma işinin yerine getirildiğini ispat yükü, Davacı taşıyanın üzerindedir.**

Bu bakımdan, örneğin, Y. 19. HD.'nin 15.7.2013 tarihli kararı ise şöyledir: "Yerel mahkeme kararının gerekçesinde; "Dava konusu faturaların ticari defterlerinde kayıtlı olması malın teslim edildiğini göstermez." ifadesi yer almaktadır. Oysa faturaların tarafların ticari defterlerine kayıtlı olması (özellikle satın alanın ticari defterlerine kaydedilmiş olması) faturalar kapsamındaki malların teslim edildiğine karine teşkil eder. Bunun aksini malın teslim edilmediğini iddia eden davacının yazılı delillerle kanıtlanması gerekir. Kaldı ki, somut olayda Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/3975 soruşturma nolu hazırlık evrakı incelendiğinde malların teslim edildiği nakliyecinin davalı satıcı ile ilgisi olmayıp davacının nakliyecisi olduğu da anlaşılmaktadır."<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Bkz. **HİRŞ**, s. 92.

<sup>34</sup> Cour de cassation, Chambre civile 1, 14.01.2003, JurisData: 2003-017237. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Cour de cassation, Chambre civile 1, 24.09.2002, JurisData: 2002-015550.

<sup>35</sup> Code de commerce L. 110-3: A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. "Tacirler bakımından ticari işlemler Kanunda aksi öngörülmedikçe her şekilde ispatlanabilir."

<sup>36</sup> **ISRAEL Jeanne**, Les regles de la preuve, <http://www.afdcc.fr/les-regles-de-la-preuve/> erişim tarihi: 14.09.2015 ; Cour de cassation, Chambre commerciale, 24.10.2014, JurisData: 2014-02506.

<sup>37</sup> Y. 19. HD., T. 15.7.2013, E. 2013/7951, K. 2013/12822 (Kazancı İBB.). Aynı yönde, Y. 19. HD., T. 27.10.2011, E. 2011/3549, K. 2011/13335 (Kazancı İBB.); Y. 19. HD., E. 2010/3872, K. 2011/2917 [**ÜNAL**, s. 177 dn.322 ve ilgili metin (s. 176-177)].

Yine ve bu defa; eser sözleşmesinde iş bedeli karşılığı düzenlenen faturaya itiraz edilmemiş olmasının iş yapılmasına kesin karine teşkil etmeyeceği yönünde, Y. 15. HD., E. 2000/129, K. 2000/718 (**ÜNAL**, s. 175 dn.317 ve ilgili metin).

Y. 23 HD., T. 02.11.2015, E. 2014/6567, K. 2015/6991: "Davacı vekili, müvekkili ile davalı şirket arasında proje danışmanlık sözleşmesi imzalandığını, müvekkilin sözleşme uyarınca tüm yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen davalının bakiye sözleşme bedeli olan 19.423,72

Yargıtay'ın söz konusu kabulünün, bir tür fiili karine<sup>38</sup> olduğu söylenebilir.

V. Yukarılarda belirtildiği üzere, hüküm doğurabilmesi için, faturanın, taraflar arasında önceden yapılmış ve geçerli bir sözleşme ilişkisine dayanması şarttır (TTK. m. 21/no.1). Fatura, sözleşmenin kuruluş safhasıyla ilgili olmadığına ve TTK. m. 21/no.2 hükmündeki karine faturanın içeriğine dair olup, sözleşmenin kuruluşuyla ilgili bulunmadığına göre, faturaya itiraz edilmemesi de sözleşme ilişkisinin varlığını göstermez. Eğer faturayı alıp da süresi içinde itiraz etmeyen taraf, sözleşme ilişkisini inkar ederse, o zaman, TTK. m. 21/no.2'deki karinenin uygulanabilmesi için, aralarında, faturanın dayandığı geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunduğunu ispat yükü; faturayı düzenleyip gönderen (satıcı, işi yapan veya diğer bir menfaati sağlayan) tarafın üzerindedir (TMK. m. 6; HMK. m. 190/no.1)<sup>39</sup>. Faturaya konu alacağın dayandığı bu sözleşme, HMK. m. 200 (HUMK. m. 287) uyarınca senetle/kesin delille ispatlanmak durumundadır. Yine, faturayı düzenleyip gönderen taraf; fatura konusu borcunu ifa ettiğini (malın teslim ettiğini, işin yaptığını vs.) de ispatlayacaktır<sup>40</sup>.

---

TL'yi ödemediğini, bu sebeplerden başlatılan icra takibinin de davalı itirazı” neticesinde durduğunu ileri sürerek, itirazın 19.423,72 TL asıl alacak üzerinden iptali ile %40 icra inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı şirketin sözleşme uyarınca üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğini savunarak, davanın reddini ve %40 kötüniyet tazminatının tahsilini istemiştir.

Mahkemece,... her iki taraf defterlerinde e takip konusu edilen 3 adet toplam 19.423,72 TL bedelli faturaların kayıtlı olduğu, davacı yanca düzenlenen bu faturaların herhangi bir itiraza uğramayarak davalı defterlerine kaydedildiği, dolayısıyla davacının bu miktar davalı şirketten alacağının bulunduğu... gerekçesiyle, 19.423,72 TL asıl alacağı vaki itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

... davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...karar verilmiştir.” (İBD., C.90, S.2016/1, s. 408-409).

Yargıtay 23. HD.'nin burada, faturayı düzenleyen davacının sözleşme uyarınca yükümlülüklerinin yerine getirilmesine ilişkin ispat yükü üzerinde durmadan, itiraza uğramasızın davalı defterlerine kaydedilmiş olduğu gerekçesiyle davacının davalı şirketten bu fatura miktarı kadar alacaklı olduğuna hükmeden ilk derece mahkemesi kararını onadığı görülmektedir.

<sup>38</sup> Bkz. **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 659-660; **TOPUZ**, s. 126 vd.; **KARAKAŞ**, s. 744.

<sup>39</sup> HGK., T. 27.2.2008, E. 2008/3-175, K. 2008/202 (**AKAR/ELVERCİ/ARKAN**, s. 2272-2273; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 59); Y. 15. HD., T. 27.11.1996, E. 1996/5718, K. 1996/6288 (Yargı D., S. 12, Aralık 1996, s. 123-124; **DERYAL**, s. 53 dn.1); Y. 19. HD., T. 1.2.1994, E. 1994/249, K. 1994/712 (YKD., C.21, Temmuz 1995, S.7, s. 1099-1101; Kazancı İBB.; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 61; **DERYAL**, s. 56 dn.2; **SAKA**, s. 133-134 dn.63); Y. 19. HD., T. 30.11.1992, E. 1992/2335, K. 6296 (**DOĞANAY**, s. 222 dn.155); Y. 11. HD., T. 25.04.1991, E. 4906, K. 2054 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 722); Y. 11. HD., T. 02.10.1990, E. 5629, K. 6059 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 719); Y. 11. HD., T. 28.03.1990, E. 4189, K. 4283 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 718); Y. 11. HD., T. 15.03.1988, E. 9061, K. 1850 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 714-715; **UÇAR**, s. 51); Y. 11. HD., T. 4.3.1986, 86/899-1135 (**BAŞBUĞOĞLU**, s. 56; **KARAHAN**, s. 108 dn.3); Y. 11. HD., T. 5.4.1983, E. 1983/1639, K. 1717 (**DOĞANAY**, s. 218 dn. 144; **ARKAN**, s. 153 dn.4; **BAŞBUĞOĞLU**, s. 56; **DERYAL**, s. 56 dn.2); **KARAHAN**, s. 108 ve aşağıya dn.40'ta yer alan kararlar.

<sup>40</sup> Y. 3. HD., T. 29.5.2000, E. 2000/4885, K. 2000/5011: “TTK.’nın 23. maddesi hükmüne göre faturanın bir alacağın mevcudiyetine delil teşkil etmesi, karşı tarafa tebliğinden itibaren sekiz

Eğer taraflar arasında bir sözleşme bulunmadığı halde düzenlenip gönderilmişse, bu belge fatura değil; öneri (=icap) niteliğinde sayılır<sup>41</sup>. TBK. m. 6 hükmündeki özel haller bir yana, kural olarak öneriye cevap vermeme (=susma) kabul anlamına gelmez; ancak, bir sözleşme bulunmadığı halde düzenlenip gönderilen öneri niteliğindeki bu faturanın alınıp da itiraz edilmeksizin ticari defterlere kaydı, “irade faaliyeti”<sup>42</sup> ile kabul sayılabilir ve böylece sözleşme kurulmuş olur<sup>43</sup>.

gün içinde hiçbir itiraza uğramamış olmasına bağlıdır. Bunun için de öncelikle taraflar arasında bir sözleşmesel ilişkinin varlığını kanıtlanmış olması gerekir. Zira davalının sözleşmesel ilişkiyi inkar etmiş olması halinde öncelikle davacıya, davalı ile aralarında (alım-satım) ilişkisi olduğunu kanıtlaması için uygun bir mehil verilmesi gerekir. Çünkü, tebliğ edilen faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olması hali, faturada yazılı malın davalı alıcıya teslim edildiğini göstermez; bu sadece malın fiyat ve adedi yönünden içeriğini kabul anlamına gelir. Davacı satıcının faturada yazılı malı alıcıya (davalıya) teslim ettiğini ve bu teslimin de borç doğurucu bir hukuksal ilişki sonucu olduğunu ayrıca ispat etmesi gerekir.” (Kazancı İBB., YKD., C.26, Aralık 2000, S.12, s. 1821-1823; **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 63; **ÜNAL**, s. 176-177 dn.321; **ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 1174). Aynı yönde, Y. 3. HD., T. 13.6.2012, E. 11680, K. 15068 (yuk.dn1); Y. 15. HD., T. 07.03.2008, E. 2007/2029, K. 2008/1483 (yuk. dn.1); Y. 19. HD., T. 17.03.2003, E. 457, K. 2266 (yuk. dn.1); Y. 15. HD., T. 14.02.1996, E. 1996/594, K. 1996/799 [Yasa HD., C.XV, S.177/8 (Eylül 1996), s. 1397-1398; **DERYAL**, s. 56 dn.2, **SAKA**, s. 134 dn.63]; Y. 11. HD., T. 06.11.1990, E. 6490, K. 7054 (yuk. dn.1); Y. 11. HD., 08.06.1988, E. 60, K. 3809 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 715; **UÇAR**, s. 52); Y. HGK., T. 14.3.1980, E. 1978/11-1147, K. 1980/1418 (Kazancı İBB.; İKİD., Yıl:20, Ekim 1980, S.238, s. 7956-7958; Yasa HD., C.(Yıl) III, S.5, Mayıs 1980, s. 711-712; **ALVER**, s. 49-50 dn.40; **ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 708; **DOMANIÇ**, s. 147; **ÜNAL**, s. 134 dn.213, 136 dn.219); Y. 11. HD., T. 3.4.1978, E. 1978/1788, K. 1978/1687 (Kazancı İBB.; YKD., C.5, Haziran 1979, S.6, s. 836-837; **BAŞBUĞOĞLU**, s. 55; **POROY/YASAMAN**, s. 147 dn.43 ve ilgili metin; **UÇAR**, s. 48,49; **ÇEVİK**, s. 170); Y. 11. HD., T. 19.4.1997, E. 1977/1857, K. 2032 (yuk. dn.1); Y. 19. HD., T. 1.2.1994, E. 1994/249, K. 1994/712 (yuk. dn.39); **ALVER**, s. 50.

**Ünal** da tarlar arasındaki sözleşmenin yazılı olması durumunda bu görüşe katılmakla (s. 135-137) birlikte, taraflar arasındaki sözleşme sözlü ise, itiraz edilmemiş fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılacağı ve söz konusu faturanın aradaki temel ilişkinin varlığına karine teşkil edeceği gerekçesiyle temel borç ilişkisinin bulunup bulunmadığı veya fatura ile sözlü anlaşma şartları arasında fark bulunup bulunmadığı iddiasının ispatının, itiraz etmeyen faturayı alan taraf üzerinde olduğu fikrinde (s. 137-140,176).

<sup>41</sup> **ARSLANLI**, Ticari Bey’, s. 117; **ARKAN**, s. 152; **UÇAR**, s. 47; **ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA)**, s. 275; **KARAHAN**, s. 108; **DERYAL**, s. 54. Y. İBK., T. 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (yuk. dn.25).

**Domaniç’e** göre ise, bir sözleşmenin icra aşamasına ilişkin olan fatura, mutlaka mevcut ve önceden tamamlanmış bir sözleşmeye dayanması gerektiğinden, aksi halde bir icap bile sayılması mümkün değildir (s. 139).

<sup>42</sup> Kavram için bkz. **ANTALYA**, s. 94,268; **EREN**, s. 127-128,138-139,257; **KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI)**, s. 144-146.

<sup>43</sup> Bkz. **ALIŞKAN**, s. 26 vd.

Y. 19. HD., E. 2010/9676,K. 2011/4892: “...Dava konusu alacak ile ilgili malların teslimine ilişkin sevk irsaliyesindeki imzaların davalı firma çalışanına ait olup olmadığı tespit edilememiş ise de dosyada mevcut...bilirkişi raporunda davacının delil listesinde belirtilen 14.01.2003 tarih 1.440,00 TL lik faturanın davalının ticari defterlerinde kayıtlı olduğu belirtilmiştir. Satıcının gönderdiği faturayı alıp ticari defterlerine kaydeden alıcı ile satıcı arasında akdi ilişkinin mevcut olduğunun kabulü gerekir...” [(**ÜNAL**, s. 140 dn.227 ve ilgili metin (s.139-140)]y Yargıtay’ın bu kararda, alıcının, satıcının gönderdiği faturayı alınıp ticari defterlerine kaydetmesinin, sözleş-



**VI. Örneğin,** satış sözleşmelerinde malın teslim edildiği, teslim makbuzu, sevk irsaliyesi, irsaliyeli fatura ile ispat edilir<sup>44</sup>. Kuşkusuz, bu belgelerin imzalı ve de imzaların, alıcıya veya alıcının çalışanına ait olması gerekir<sup>45</sup>. Yalnız, imzanın alıcı veya çalışanı yanında, başka biçimde teslim almaya yetkili sayılabilecek kişiye ait olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir<sup>46</sup>. Uygulamada, bu belgelere, sadece kime

menin varlığına ilişkin bir karine oluşturduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Y. 11. HD. (T. 19.4.1977, E. 1977/1857, K. 2032) ve HGK. (T. 10.10.1979, E. 1977/11-1317, K. 1295) kararında ise, "Faturanın alıcıya tebliği, satış akdinin varlığına delalet eder. Satış konusu kitapların teslim edilmiş olduğunun ayrıca isbatı gerekir..." denilmektedir (yuk. dn.1).

Y. 15. HD., T. 27.11.1996, E. 1996/5718, K. 1996/6288: "...Fatura, davalı şirketin ticari defterlerine işlenmiş olsaydı, o takdirde bu husus, akdi ilişki yönünden yazılı beyine başlangıcı olur ve ilişki tanıklı kanıtlanabilirdi ( 15 H.D. 28.6.1995-4021). Oysa, bilirkişi raporuna göre, faturanın davalı şirketin defterine kayıtlı olmadığı anlaşılmıştır." (yuk. dn.39).

Bu defa, Yargıtay'ın, fatura muhteviyatından saymadığı vade farkına dair kaydı içeren faturaya itiraz edilmemesi üzerine, taraflar arasında bu hususta anlaşma oluştuğunun kabulü gerekeceği yönünde karar verdiği de görülmektedir: Y. 11. HD., T. 14.09.1998, E. 4095, K. 5507 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 1176).

Bunun gibi, aldığı faturaya itiraz etmeyerek defterine kaydeden tarafın, faturada yer alması zorunlu hususlar itibarinen sözleşme şartlarından farklı olan bu faturayı benimsediği, dolayısıyla sözleşme hükümlerinin fatura içeriğindeki şekilde değiştiğinin kabulü gerektiği yönünde Yargıtay kararları da vardır: Y. HGK., T. 19.9.2012, E. 2012/19-400, K. 2012/581; Y. HGK., T. 13.7.2011, E. 2011/11-314, K. 2011/525 (Kasancı İBB., **KARAHAN**, s. 108 dn.5; **ALİŞKAN**, s. 22-24). Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bize göre; sözleşme şartlarından farklı kayıtlar yazılarak gönderilen fatura, sözleşmenin değiştirilmesine yönelik öneri ve bu faturayı alan tarafın, itiraz etmeyerek defterine kaydetmesi, irade faaliyetiyle yapılan kabul niteliğinde sayılabilir. Böylece taraflar arasındaki sözleşme, faturadaki kayıtlar doğrultusunda değişmiş olur. Bu arada, yukarıdaki ikinci kararda (Y. HGK., T. 13.7.2011, E. 2011/11-314, K. 2011/525) görüldüğü gibi, faturadaki, sözleşme içeriğinden farklı kayıtlar veya bunların bir kısmı, faturayı düzenleyip gönderen aleyhine olabilir ve sözleşme bu şekilde değişir. Bunun için, söz konusu faturayı düzenleyip gönderen tarafın, onu defterlerine kaydetmiş olması şart değildir.

<sup>44</sup> Bkz. aşa. dn.45'te yer alan kararlar. Ayrıca, Y. 11. HD., T. 22.12.1987, E. 5011, K. 7508 (yuk. dn.1); Y. 11. HD., T. 28.12.1976, E. 5617, K. 5692 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 708); Y. 11. HD., T. 17.10.1989, E. 7835, K. 5436 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 718; **UÇAR**, s. 52-53); Y. 19. HD., T. 3011.1992, E. 1992/2335, K. 1992/5296 (yuk. dn.1). Yine, aşa. dn.47'de

Y. 19. HD., T. 1.3.2010, E. 2009/5122, K. 2010/2130: "...akdi ilişki çekişmesiz olmakla mal teslimi yönünden dinlenen davacı tanığının beyanı ile de sevk irsaliyesine konu malın davalıya teslimi de sabittir." (Kazancı İBB.).

<sup>45</sup> Örneğin, Y. 19. HD., T. 25.6.2013, E. 2012/14876, K. 2013/11837 (Kazancı İBB.); Y. 3. HD., T. 13.6.2012, E. 11680, K. 15068 (yuk. dn.1); Y. 19. HD., T. 17.03.2003, E. 457, K. 2266 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I, s. 1163); Y. 19. HD., E. 2010/9676, K. 2011/4892 (yuk. dn.39); Y. 11. HD., T. 02.10.1990, E. 5629, K. 6059 (yuk. dn.39); Y. 11. HD., T. 16.02.1988, E. 6131, K. 860 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 713); Y. 11. HD., T. 08.03.1988, E. 8876, K. 1408 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 714); Y. 11. HD., T. 1.4.1987, E. 1987/36, K. 1987/1914 (Kazancı İBB.; **KARAHAN**, s. 317 dn.1); Y. 11. HD., T. 2.4.1986, E. 986/1599, K. 986/1911 (yuk. dn.1); ayrıca, Y. 19. HD., 2010/11575, K. 2011/5673 (**ÜNAL**, s. 138-139 dn.225); Y. 11. HD., T. 22.10.1991, E. 897, K. 5571 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 727; **UÇAR**, s.54-55).

<sup>46</sup> Bu açıdan bkz. Y. 19. HD., T. 22.1.1997, E. 1996/4987, K. 1997/217: "Davacı vekili; müvekkili

ait olduğu anlaşılammayan imza atıldığına veya sadece ismin yazıldığına sıklıkla rastlanılmaktadır.

Diğer taraftan, alıcı tarafından Vergi Dairesi'ne bildirilen BA-BS formları da fatura kapsamındaki malın teslim edildiğini gösterir<sup>47</sup>.

Bundan başka, daha önce de belirtildiği gibi, Yargıtay'ın, alan tarafın, süresinde itiraz etmediği faturayı ticari defterlerine kaydetmiş olmasının, malın teslimine karrine oluşturduğunu kabul ettiği görülmektedir<sup>48</sup>. Yine, Yargıtay'a göre; verilen fatu- raya uzunca bir zaman itiraz edilmediğinde, malın alıcıya teslim edildiğinin kabulü gerekir<sup>49</sup>.

**VII.** Son olarak; bedelin ödendiği gösterilen faturaya yahut kapalı faturaya alıcı tarafından süresi içinde itiraz edilmemesi üzerine, malın teslim edildiğine ilişkin karrine oluşur<sup>50</sup>. Çünkü; sözleşmeyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça veya aksine bir âdet

şirketin davalılara ait un fabrikasındaki... tarihinde 600 çuval un satın aldığını ve bedelini ödediğini, ancak tüm uyarılara ve keşide edilen ihtarla rağmen... teslim edilmediğinden bahisle... 50şer kg'lık 600 çuval unun aynen teslimine, bu mümkün olmadığı takdirde..değerinin belirlenerek reeskont faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

...Dosyaya ibraz edilen davacı şirket ile dava dışı Mustafa arasında imzalanmış ekmek alım anlaşmasına göre, davacı şirket Mustafa'ya un, tuz, kömür, maya vs. malzemeleri ve birim başına 500 TL. işçilik ücreti verecek, Mustafa'da davacı şirketin ekmeğini yapacaktır. Mustafa imzasını inkar etmediği 12.9.1994 tarihli teslim belgesi ile ve 21.11.1995 tarihli oturumdaki beyanında davalı konusu unları davacı şirket adına aldığını, faturasında davacı şirket adına kestirip karşılığında davalıya, davacıya ait çekleri verdiğini beyan etmiştir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, davalının dava konusu unları davacı şirket namına Mustafa(ya teslim ettiğinin kabulü gerektiği..." (YKD., C.23, Ağustos 1997, S.8, s. 1283-1285; **KUBİLAY/GÖKSOY/AYAN/YILDIRIM**, s. 172-173; Kazancı İBB.; **SAKA**, s. 134 dn.63).

Ayrıca, Y. 19. HD., T. 15.7.2013, E. 2013/7951, K. 2013/12822 (yuk. dn.37 ve ilgili metin).

<sup>47</sup> Y. 19. HD., T. 14.10.2014, E. 2014/11846, K. 2014/15110: "Mahkemece...davacının davalıya mal teslim ettiğine ilişkin iddiasını ispat edemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

...davacı vekili Kağıthane Vergi Dairesi Müdürlüğü'nden dava konusu faturaya ilişkin BA-BS formlarının celbedilerek incelenmesini talep etmiştir. Bu durumda mahkemece davacının belirlenen bu delili üzerinde durulup, celp edilecek formların incelenmesi sonucunda davalı tarafın dava konusu faturayı ilgili vergi dairesine bildirmesi halinde, bu bildirim fatura kapsamındaki malların teslim edilmiş olduğunu göstereceği hususu gözetilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (Kazancı İBB.).

Öte yandan, bir Y. 11. HD. (T. 19.4.1977, E. 77/1857-2032) ve HGK. kararında (T. 10.10.1979, E. 1977/11-1317, K. 1295) da "...Faturanın gümrüğe tasdik ettirilmiş olmasının malın teslim alındığını mübeyyin olup olmadığını ve sarih olarak davalı tarafından gümrükten çekilerek teslim edilip edilmediğinin tahkiki ile sonucuna göre karar verilmesi gerek..."tiği öngörülmektedir (İKİD., Yıl:20, Mayıs 1980, S. 233, s. 7660-7661; **ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 708).

<sup>48</sup> **IV'e** bkz.

<sup>49</sup> Y. 11. HD., T. 13.11.1984, E. 1984/4889, K. 1984/5499:(yuk. dn.32). Ayrıca, Y. 19. HD., T. 22.1.1997, E. 1996/4987, K. 1997/217 (yuk. dn.46).

<sup>50</sup> Y. 11. HD., 25.01.1991, E. 8256, K. 241 (**ERİŞ**, Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I, s. 720) ve aşı. dn.51'de yer alan kararlar.

bulunmadıkça, satıcı ile alıcı, borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdür (TBK. m. 207/f.2). Bu durumda, malın teslim edilmediğini iddia eden (alıcı) taraf, bu iddiasını ve kesin delille ispatla yükümlü olur<sup>51</sup>.

## KISALTMALAR

<b>aşa.</b>	aşağıda.
<b>Bkz./bkz.</b>	Bakınız.
<b>B.</b>	Bası
<b>Batider</b>	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
<b>C.</b>	Cilt
<b>dn.</b>	dip notu
<b>eTTK-1926</b>	1926 tarih ve 865 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu.
<b>eTTK-1956</b>	1956 tarih ve 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu.
<b>f.</b>	fıkra
<b>HD.</b>	Hukuk Dairesi
<b>HGK.</b>	Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK.</b>	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK.</b>	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İBD.</b>	İstanbul Barosu Dergisi
<b>İBK.</b>	İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>İKİD.</b>	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
<b>K.</b>	Karar
<b>Karş/karş.</b>	Karşılaştırınız
<b>Kazancı İBB.</b>	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
<b>m.</b>	madde
<b>no.</b>	numara
<b>R.G.</b>	Resmî Gazete
<b>s.</b>	sayfa
<b>S.</b>	Sayı
<b>T.</b>	Tarih
<b>TD.</b>	Ticaret Dairesi
<b>TBK.</b>	Türk Borçlar Kanunu.
<b>TMK.</b>	Türk Medeni Kanunu.
<b>TTK.</b>	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.
<b>vd.</b>	ve devamı.
<b>VUK.</b>	Vergi Usul Kanunu.
<b>Y.</b>	Yargıtay.
<b>YKD.</b>	Yargıtay Kararları Dergisi.
<b>Yargı D.</b>	Yargı Dünyası.
<b>Yasa HD.</b>	Yasa Hukuk Dergisi.
<b>yuk.</b>	yukarıda.

<sup>51</sup> TD., T. 8.4.1968, E. 66/3194, K. 68/1982 (**MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 60; **DOMANIÇ/ÇAMOĞLU**, s. 47-48; **ÇEVİK**, s. 168; **DOMANIÇ**, s. 145); TD., T. 19.3.1968, E. 67/1265, K. 68/1453 (**DOMANIÇ**, s. 147-148); **ARKAN**, s. 154; **ÜNAL**, s. 176.

## KAYNAKLAR

**AKAR Zeki/ELVERCİ Emine G./ARKAN Fatih/ DEMİR A. Cemile/BİLGİN Çağlar/ ÖZAYKUT Salih/ GÜRÜN Mualla/ AKTEN Seval/ HATİBOĞLU S. Özlem/ GERÇEKLER Hülya/ KUL Süleyman:** Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Örnek Kararları (2006-2007-2008), C.II, Ankara 2009.

**ALIŞKAN Murat:** İtiraz Edilmeyerek Ticari Defterlere Kaydedilen Faturanın Sözleşme Hükümlerini Değiştirip Değiştirmeyeceği, Legal Malî Hukuk Dergisi, C.10, S.120, Aralık 2014, s. 21 vd.

**ALVER Cemil:** Adi Şirket ve Ticaret Kanunu Genel Esasları, Açıklamalı-İçtihatlı, 2. B., Ankara 1991 / İkinci Kitap, Ticaret Kanunu Genel Esasları, Açıklamalı-İçtihatlı, Ankara 1991.

**ANTALYA O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2015.

**ARKAN Sabih :** Ticarî İşletme Hukuku,Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20. B., Ankara 2015.

**ARSLANLI Halil:** Ticarî Bey', 4. B., İstanbul 1955. (Ticarî Bey')

**ARSLANLI Halil:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumî Hükümler, 3. B., İstanbul 1960. (Umumî Hükümler)

**AYDOĞDU Murat/AYAN Özge:** Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemeler, Ankara 2013.

**AYHAN Rıza/ÖZDAMAR Mehmet/ÇAĞLAR Hayrettin:** Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. B., Ankara 2014.

**BAHTİYAR Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları Soru Örnekleri, Güncellenmiş 16. B., İstanbul 2015.

**BAŞBUĞOĞLU Tarık:** Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar-İçtihatlar, C.1, Madde 1 – 815, Ticarî İşletme-Ticaret Şirketleri-Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1988.

**BATTAL Ahmet:** Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydının Niteliği ve İtiraz Edilmemesi Halinde Sonuçları İle İlgili Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar XVI, 14 Mayıs 1999, s. 73 vd.

**BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan:** Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari İşletme Hukuku-Şirketler Hukuku-Kıymetli Evrak Hukuku, 2. B., Bursa 2012.

**BOZER Ali/GÖLE Celal:** Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. B., Ankara 2015.

**ÇAĞLAYAN Pınar:** Avrupa Birliği Yönergeleri ve Alman Hukukundaki Deneyimler Işığında Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemelerin Sonuçları (TTK MD. 1530), Haziran 2011, C.XXVII, S.2, s. 171 vd.

**ÇEKER Mustafa:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 6335 Sayılı Kanuna Göre Yenilenmiş 5. B., Adana 2012.

- ÇEVİK Orhan Nuri:** Gerekçeli-İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve Uygulamasına İlişkin Mevzuat, Gözden Geçirilmiş 2. B., Ankara 1993.
- DERYAL Yahya:** Ticaret Hukuku, Güncellenmiş 7. B., Trabzon 2004.
- DOĞANAY İsmail:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, Madde 1-419, Tümünden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. B., İstanbul 2004.
- DOMANIÇ Hayri:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, Adi Şirketler, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988.
- DOMANIÇ Hayri/ÇAMOĞLU Ersin:** İçtihatlı-Notlu Kürk Ticaret Kanunu Ticarî Mevzuat, İlâveli 3. B., İstanbul.
- DOMANIÇ Hayri/ULUSOY Erol:** Ticaret Hukukunun Genel Esasları, TTK Tasarı ve Gerekçeleri ile Birlikte, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. B., İstanbul 2007.
- ENGİN Baki İlkay:** Fatura ve Teyit Mektubunda Yer Alan Vade Farkı Kaydına İtiraz Edilmemesinin Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXI, S. 1-2, Yıl: 2003, s. 257 vd.
- EREN Fikret:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2014.
- ERİŞ Gönen :** Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler, C.I, Madde 1-51, Ankara 2013. (Ticari İşletme ve Şirketler-2013/C.I)
- ERİŞ Gönen :** Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Ticari İşletme-Madde 1-135, Ticaret Şirketleri-Madde 138-173, Gözden Geçirilerek Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. B., Ankara 2004. (Ticari İşletme ve Şirketler-2004/C.I)
- HİRŞ E.:** Ticaret Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve gözden geçirilmiş 3. B., İstanbul 1948.
- İMREGÜN Oğuz:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 13. B., İstanbul 2005.
- ISRAEL Jeanne:** Les Regles de la Preuve. <http://www.afdcc.fr/les-regles-de-la-preuve/Erişim> tarihi: 14.09.2015.
- KARAHAN Sami:** Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 26. B., Konya 2014.
- KARAKAŞ Fatma Tülay:** Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.62, S.3, Yıl: 2013, s. 729 vd.
- KARAYALÇIN Yaşar:** Ticaret Hukuku, İ. Ticarî İşletme, 3. B., Ankara 1968.
- KAYAR İsmail:** Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 10. B., Ankara 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip:** HATEMİ/SEROZAN/ARPACI Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı B., İstanbul 2014.
- KUBİLAY Huriye/GÖKSOY Yaşar Can/AYAN Özge/YILDIRIM Ali Haydar :** Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme Md. 1-135, İçtihatlar ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, C.I, İstanbul 2004.
- KUMKALE Rüknettin:** Hukuki ve Mali Yönüyle Fatura, Ankara 2012.

- KURU Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. B., İstanbul 2001.
- MOROĞLU Erdoğan/KENDİGELEN Abuzer :** İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Tümü İle Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. B., İstanbul 2010.
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku, 14. B., Ankara 2013.
- POROY Reha/YASAMAN Hamdi:** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. B., İstanbul 2015.
- PULAŞLI Hasan:** İsviçre ve Alman Hukuku İle Karşılaştırmalı, Notlu ve İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Ticarî Mevzuat, Ankara 2013.
- SAKA Zafer:** Ticaret Hukuku, Ticari İşletme, İstanbul 1998.
- SENGİR Turgut/TARAY Haydar:** Ticari Satışlarda İspat Vasıtalarından Fatura, İstanbul Barosu Dergisi, C.XLII, S.1-2, 1968, s. 1 vd.
- TOKSAL Baki:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I (1 ilâ 99 maddeler), Ankara 1986.
- TOPUZ Gökçen:** Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.
- TUNA Ergun:** Ticaret Hukuku, C.I, Ticari İşletme, İstanbul 1993.
- UÇAR Salter:** Hukukumuzda Ticaret Sicili Tacir ve Esnaf Kavramı, İstanbul 1993.
- ULUSOY Erol:** Ticari Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 2001.
- ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KENDİGELEN Abuzer/KAYA Arslan/NOMER ERTAN N. Füsun:** Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. B., İstanbul 2005.
- ÜNAL Oğuz Kürşat:** Fatura ve Teyit Mektubu, 6. B., Ankara 2015.

# MANEVİ ZARARIN BELİRLENMESİ VE MANEVİ TAZMİNATIN HESAPLANMASI -TÜRK HUKUKUNA MANEVİ ZARARIN İKİ AŞAMALI OLARAK BELİRLENMESİNE İLİŞKİN BİR MODEL ÖNERİSİ-

(Determination of Moral Damages and  
Evaluation of Damages For Pain and Suffering  
Proposal for the Evaluation of Moral Damages in  
Two Stages in Turkish Law)

Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA \*

## ÖZET

Çalışmamızda manevi tazminatın yasal dayanakları incelenmiş olup, manevi za-

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı  
Söz konusu çalışma, I. Manevi Zarar ve Manevi Zarar Kavramı, Maddi Zarardan ve Manevi Zarardan Ayırımın Manevi Tazminatın Belirlenmesindeki Rolü (I. kısım, Kadir Has Üniversitesi tarafından düzenlenen Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu'nda tebliğ olarak sunulmuştur); II. Manevi Tazminatın Yasal Dayanakları ve Manevi Zarara Yaklaşımlar ile Manevi Tazminatın Fonksiyonu (Amacı) ve Bunların Manevi Tazminatın Belirlenmesindeki Rolü; III. Manevi Tazminatın Özellikleri ve Bunların Manevi Tazminatın Belirlenmesindeki Rolü; (II. ve III. kısımlar Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılacak olan Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan'da yayınlanacaktır) IV. Manevi Tazminatın Unsurları ve Bunların Manevi Tazminatın Belirlenmesindeki Rolü; V. Manevi Zararının Tazminini Talep Edebilecek Kişiler (IV. ve V. kısımlar İstanbul Kültür Üniversitesi tarafından çıkarılacak olan Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan'da yayınlanacaktır); VI. Manevi Tazminatın Para Olarak Belirlenmesi, Hakimin Takdir Yetkisi ve Yargı Uygulaması (VI. Kısım Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılacak olan Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan'da yayınlanacaktır) paragraf başlıklarından oluşan altı adet makale serisinin II. ve III. Kısımını oluşturmaktadır.  
Kadir Has Üniversitesi tarafından düzenlenen Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu'nda tebliğ olarak sunulan ve kıymetli hocalarım adına çıkarılacak Armağan'larda yayınlanacak makalelerimin, aynı konu içinde onun bir parçasını oluşturması sonucu parçaların tamamlanmasıyla oluşmuştur. Konu önce her parça bir paragraf olarak ayrı ayrı incelenmiş olup; sonrasında tüme gelim yöntemiyle makaleler bütünlüştürülmüş ve uyumlaştırılmaya çalışılmıştır.  
Bu makaleler aynı zamanda 'Manevi Zararın Belirlenmesi Ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-' isimli kitabın birinci bölümünü oluşturmaktadır.

rara ilişkin yaklaşımlar ile manevi tazminatın fonksiyonu ve bunların manevi tazminatın belirlenmesindeki rolü ele alınmıştır. Ayırt etme gücü olmayan kişiler ile tüzel kişilerin manevi tazminat talepleri de ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir. Manevi tazminatın; telafi, tatmin, cezalandırma ve denkleştirme amaçları incelenerek, söz konusu amaçların manevi tazminatın belirlenmesindeki rolü açıklanmaya çalışılmıştır. Manevi tazminatın özellikleri ve bunların manevi tazminatın belirlenmesindeki rolünden bahsedilerek çalışma tamamlanmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Manevi tazminatın yasal dayanakları, ayırt etme gücü olmayan kişilerin manevi tazminat talebi, tüzel kişilerin manevi tazminat talebi, manevi tazminatın amacı, manevi tazminatın özellikleri.

### *Abstract*

In this article, the legal basis of moral damage, the function of moral damage and the role of these elements in order to determine moral damage are addressed. The moral damage claim of the people who have not ability to distinguish and the moral damage claim of the legal entity are examined in a seperate heading. The purpose of moral damage, namely; compensation, satisfaction, penalisation and equalising are analysed and the role of these purposes in order to determine moral damage are also explained. In conclusion, the features of moral damage and the role of these features in order to determine moral damage are indicated.

**Keywords:** The legal basis of moral damage, moral damage claim of the people who have not ability to distinguish, moral damage claim of the legal entity, the purpose of moral damage, the features of moral damage.

## GİRİŞ

Manevi zarar miktarının belirlenmesi, bir yandan zarar görenin zararının telafisini, diğer yandan onun duyduğu ruhsal ve psikolojik acıyı tatmin ederek denkleştirmek amacı güttüğünden, parayla ölçülemez; sadece hakim tarafından takdir edilir. Hakimin takdir yetkisinin olması demek, onun keyfine göre karar vereceği anlamına gelmez, hakim belirlediği tazminatın gerekçesini de kararında ortaya koymalıdır.

Hakim hukuk kuralını uygularken, yerleşmiş yargı kararlarından ve doktrinden yararlanmakla yükümlüdür. Bu çalışmada yargı uygulamaları mukayeseli hukuk yargı uygulaması ile doktrindeki çalışmalarla mukayese edilmiş ve hukuk doktrininde bu konuda ileri sürülen görüş ve metodlar incelenerek, Türk hukuku için manevi zararın iki aşamalı olarak belirlenmesi metodunun uygulanması önerilmiştir. Doktrinde son dönemde biri Doç. Dr. Fulya ERLÜLE<sup>1</sup>, diğeri Yard. Doç. Dr. Hülya ATLAN<sup>2</sup> tarafından iki bilimsel monografi yayınlanmış; bu monografiler de manevi zararın iki aşamalı olarak belirlenmesi metodu incelenmiştir. Bu iki bilimsel monografi çalışmamın hareket noktası olmuştur.

<sup>1</sup> ERLÜLE, F., Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Bası, Ankara, 2015

<sup>2</sup> ATLAN, H., Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul, 2015



Türk yargı uygulamasının düşük miktarda manevi tazminat belirlemediği, yeknesaklığın olmadığı ve bu kararlarını gerekçelendirmediği gözlenmektedir. Bu çalışma bu sorunlara kısmen de olsa cevap aramaktadır.

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesi için yeknesak tek bir kural koyma imkanı bulunmamaktadır. Ancak ihlal edilen kişilik değeri temel olarak somut olayın özelliklerini genellemesinden hareketle benzer olaylara uygulanabilecek, önce metod, sonra bu metoda uygun genel ilkeler belirlenebilir. Bu çalışmanın amacı da manevi zararın belirlenmesi ve manevi tazminatın hesaplanmasına yönelik metod ve ilkelerin tartışılması ve belirlenmesidir.

Bu çalışmada, manevi tazminatı düzenleyen TBK. m. 56 ve 58 kurallarının somut olaya uygulanmasında hukuk güvenliği ve eşitliğini sağlamasına yönelik manevi zararın belirlenmesi ve manevi tazminatın hesaplanması metodları ve ilkeleri belirlenmiştir. Böylelikle yargı uygulamasında takdir keyfilliğini ortada kaldırıp, uygulama birliğine yönelik metodlar tartışılmış; Türk Hukuku uygulamasına yönelik olarak da önerilerde bulunulmuştur. Tazminata esas manevi zararın belirlenmesi için de onun kavramsal niteliğini ve özelliğine uygun karma görüşten hareketle, manevi zararın iki aşamalı metoda uygun belirlenmesi önerisi sunulmuş, her kişilik değerine göre bu metoda uygun öneriler sunulmuştur.

Manevi zararın belirlenmesi ile manevi tazminatın hesaplanması birbirinden ayrı olarak incelenmiştir.

Bu çalışmada, önce manevi zarar ve manevi tazminat kavramları ve unsurları, bunlara yaklaşımlar, hukuki niteliği ve özellikleri incelenmiş ve bunların manevi zararın belirlenmesi, manevi tazminatın hesaplanmasındaki fonksiyonları incelenmiştir.

Daha sonra manevi zararı oluşturabilecek kişilik değerleri tasnif edilerek, her bir kişilik değeri esas alınarak manevi zararın belirlenmesi ve manevi tazminatın hesaplanmasına ilişkin ilkeler ve manevi zararın belirlenmesine etkili olan hususlar incelenmiştir. İncelenen kişilik değerleri içinde ölüm ve ağır bedensel ihlale bağlı manevi zarar talepleri ayrı olarak incelenmiştir.

Manevi zarar talepleri önce manevi zararın maddi zarardan ayırt edilmesi gerekir. Sonra manevi zararın niteliğine ve amacına uygun şekilde manevi zarar belirlenmesi ve daha sonra manevi tazminat hesaplanmalıdır.

Bu çalışmada, manevi zararın iki aşamalı olarak belirlenmesi önerilmektedir.

Birinci aşamada, manevi zararda önce objektif unsurunu oluşturan ihlal edilen kişilik değeri somut olayda yer alan her kişilik değerine benzer her ihlal için uygulanabilecek temel baz manevi tazminat miktarı belirlenecek ve bu miktar ihlalinin ağırlığı ve diğer somut olayın özellikleri dikkate alınarak objektif yönden değerlendirilecektir.

dirilerek arttırılacaktır. Daha sonra ikinci aşamada manevi zararın subjektif unsuru yönünden yani somut olayda ihlalin zarar görende sebebiyet verdiği psikolojik ve ruhsal acı esas alınarak manevi tazminat miktarı yükseltilecektir.

Manevi zarar bu şekilde belirlendikten sonra, manevi tazminat miktarı TBK. m. 51 ve 52 hükümleri dikkate alınarak yükseltilme veya düzeltilme olarak hesaplanacaktır.

## § 2. MANEVİ TAZMİNATIN YASAL DAYANAKLARI VE MANEVİ ZARARA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR İLE MANEVİ TAZMİNATIN FONKSİYONU (AMACI) VE BUNLARIN MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDEKİ ROLÜ

### I. Manevi Tazminatın Yasal Dayanakları

#### A. Genel Olarak

TMK. m. 25, kişilik hakkına saldırı halinde saldırıya uğrayan '*davacının, ... manevi tazminat istem*'inde bulunabileceğini düzenlemiştir.

TBK. m. 58, kişilik hakkının zedelenmesinde manevi zarar talebini düzenleyen genel kuraldır.

TBK. m. 58, başka bir kanun özel olarak kişilik hakkının hukuki olgularını farklı düzenlemediği durumlarda uygulanan genel kuraldır<sup>3</sup>.

TBK. m. 56 bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminat talebini özel olarak düzenlemiştir. Bu nitelikte özel düzenlemere, örneğin TBK. m. 47, 437, 438/III ve TMK. m. 123, 158/II, 174 hükümlerinde rastlamaktayız<sup>4</sup>.

Bunlardan TBK. m. 56, özel kanunlardaki ölüm ve bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda gerçekleşen manevi tazminat taleplerinde genel hüküm olarak uygulanır.

TBK. m. 56 gibi, TBK. m. 58'de kendine özgü sorumluluk kuralı olmayıp, diğer hukuk kurallarından kaynaklanan sorumlulukta değerlendirilmesi gereken tazmin kuralıdır.

TBK. m. 58 ona göre özel kural niteliğinde olan TBK. m. 56 ile aynı amaca yöneliktir.

<sup>3</sup> BREHM, R., Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Auflage, Bern, 2013, Art. 49, N. 1.

<sup>4</sup> BGE 123 III 391 E.3b/cc

## B. Manevi Tazminatın Belirlenmesinin Yasal Dayanakları

Kişilik hakkının manevi tazminatla korunması yanında TMK. m. 24 ve 25 (ZGB. Art. 27/II -28/II) kişilik hakkının diğer hukuki imkanlarla korunmasının yollarını da belirlemiştir. Korunmanın ihlal edilmesi durumunda ise, kişilik değerleri saldırıya uğrayana manevi tazminat talep etme hakkı TBK. m. 25/III ile (ZGB. Art. 28a/III) tanınmıştır.

TMK. m. 23-24 genel hükmü dışında, kişilik hakkının bazı görünümleri özel hükümlerle (örneğin beden bütünlüğü ve ölüm (TBK. m. 53-54), kişinin adı (TMK. m. 26/II), nişanın bozulması (TMK. m. 121), evlenmenin butlanı (TMK. m. 158/III), boşanma (TMK. m. 174), Fikir ve sanat eseri sahibinin manevi haklarında (FSEK. m.70/I), patent hakkında (Patent HKHK., m. 137/Ib), endüstriyel tasarımda (ET HKHK marka hakkında (Marka HKHK., m. 62/Ib)) düzenlenmiş ve bunlara aykırılığın yaptırımı olarak da manevi tazminat öngörülmüştür<sup>5</sup>.

Türk hukukunda ayrıca bazı hakların ihlalinin manevi tazminat yaptırımına bağlandığı TTK. m. 52 (1), 56 (1) e ve 527; CMK. m. 141/, 223/III, İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 28/III, Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, m.3, 6; Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, m.32/III özel hükümlere rastlamaktayız.

Tazminat borcunun kaynağı olarak manevi tazminat, haksız fiil hükümleri içinde düzenlenmiştir. Haksız fiil sorumluluğunu doğuran TBK. m. 58 (BK. m. 49/OR. Art. 49) genel olarak, hukuka aykırı olarak kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin manevi zarara uğramışsa manevi tazminat talep edebileceği; özel olarak da, TBK. m. 56 (BK. m. 47/OR. Art. 47)'da beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin veya ölüm halinde ölenin yakınlarının manevi zararlarını tazmin için manevi tazminat talep edebileceğini düzenlemiştir.

TBK. m. 58 zarar görenin '*kişilik hakkının zedelenmesi*' ve '*uğradığı manevi zarara karşılık*' manevi tazminat talep edebileceğini belirterek saldırının objektif sonuçları yanında, zarar görendeki subjektif sonuçlarının da dikkate alınması gerektiğini düzenlemiştir.

Beden bütünlüğünün zedelenmesinde ise, 'olayın özelliklerinin' dikkate alınarak uygun bir manevi tazminatın belirlenmesinden bahsettiğinden, yine ihlalin zarar görendeki subjektif sonuçlarının dikkate alınmasını öngörmüştür.

Buna karşın zarar görenin veya ölenin yakınları için subjektif yaklaşıma yer vermeksizin manevi tazminatın uygun olması gerektiğini belirtmekle yetinmiştir. Belirmek gerekir ki TBK. m. 56/I'de düzenlenen 'olayın özellikleri' yansıma zararda da dikkate alınması gereken bir unsurdur.

<sup>5</sup> İsviçre Hukuku için bkz. SVG. Art. 62/I; RLG. Art. 34, 39; LFG. Art. 79; GSchG. Art. 36 /III; EH. Art. 8.

Sözleşmeye aykırılık halinde de, TBK. m. 114/II'nin atfıyla kıyasen, manevi zararı ispat yükü zarar görende olmak üzere manevi zararın tazmini söz konusudur<sup>6</sup>.

## II. Manevi Zarara İlişkin Yaklaşımlar İle Manevi Tazminatın Fonksiyonu (Amacı) ve Bunların Manevi Tazminatın Belirlenmesindeki Rolü

### A. Genel Olarak Manevi Zarara Yaklaşım

Bu konuda tartışmalar, zarar görenin (zarar görenin yakınının da) manevi zararın kuvvetli bir şekilde ve bilinçli olarak farkında olması gerekip gerekmediği ve bunun zarar görende hiç ya da kısmen gerçekleşmemesi durumunda, manevi zararın tazmini gereken bir manevi zarar oluşturup oluşturmadığı noktasında toplanmaktadır<sup>7</sup>.

Manevi zararın niteliği, manevi tazminatın amacı ve işlevine ilişkin görüşleri belirlemektedir.

Manevi zararın niteliğine ilişkin olarak da temel olarak iki görüş ileri sürülmüştür. Bu iki görüşü birbiriyle bağdaştırmaya çalışan katıldığımız karma bir görüş de bulunmaktadır. Manevi tazminatın amacını, tatmin etme olarak ifade eden görüşlerden bir kısmı manevi tazminatın hukuki niteliğini kendi şahsına özgü, bir özel hukuk tazminatı olarak nitelemektedir<sup>8</sup>.

Bu yaklaşımlar, kişilik hakkı ihlal edilen kişi üzerinde bıraktığı etki konusunda birbirinden ayrılmaktadır. Başka bir deyişle, kişilik hakkı ihlal edilenin bu ihlal sebebiyle bir acı, ızdırap, elem duyması gerekip gerekmediği, başka bir deyişle sadece kişilik hakkının ihlalinin yeterli sayılıp sayılmadığı farklı görüşlerin hareket noktasını oluşturmaktadır.

Manevi zararı, maddi zarar çeşidi olan bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararlardan ayırt etmek bazı ihtimallerde mümkün olmayabilir. Eğer manevi zararın tedavisi tıbbi müdahaleyi de gerekli kılıyorsa bu takdirde maddi zarar söz konusudur. Bazı durumlarda ise tıbbi müdahalenin bulunmasının zorunlu olup olmadığı, örneğin saçın bir kısmının koparılmasını veya renginin değiştirilmesini<sup>9</sup>; hatalı per-

<sup>6</sup> BGE 102 II 211, 224 E.9.

<sup>7</sup> Bu tartışmalar için bkz. **BK-BREHM**, Art. 47, N. 21; **MERZ, H.**, Schweizerisches Privatrecht, VI/1, Basel, 1984, s. 240; **SCHAFFHAUSER, R./ZELLWEGER, J.**, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bern, 1988, N. 1530.

<sup>8</sup> **ERTAŞ, Ş.**, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti", Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990, s. 81, 82.

<sup>9</sup> OGH SZ 1974, 679.

malı saç yapılmasını<sup>10</sup>, hasta bir adamın dondurularak saklanan spermelerinin imha edilmesini<sup>11</sup>, Alman Mahkeme uygulaması beden bütünlüğünün ihlali olarak kabul etmiştir. *Honsell*, bu durumlarda kişilik hakkının ihlali olduğunu ifade etmektedir<sup>12</sup>.

Bu görüşleri kısaca inceleyelim<sup>13</sup>:

### 1. Subjektif Görüş

Subjektif görüş, kişilik hakkı zedelenenin fiziki ve manevi acı duyması, ruhsal dengesinin bozulması, yaşama sevincini kaybetmesi durumunda, söz konusu kişinin manevi zarara uğradığını kabul eder<sup>14</sup>. Kişilik hakkının ihlal edilmesi (zedeleme aşaması ile bu ihlal sonrası doğan olumsuz sonuç aşaması (zedelenme aşaması) birbirinden ayrılmaktadır<sup>15</sup>.

Kişilik varlığı değerinin zedelenmesi birinci aşama; sonraki aşama ise, bu zedelenmenin sonucu olarak mağdurun kişiliğine yansıyan manevi zararın olduğu aşamadır; bu son aşamada manevi zarar zedelenmenin sonucu olarak oluşmaktadır. Zedelenme sonucu kişinin kişilik değerlerinde eksilme, fiziki veya manevi acılar duyulmuş, yaşam zevki, veya sevinci kaybedilmiş, ruhsal denge bozulmuşsa manevi zarar söz konudur<sup>16</sup>. Kısaca ihlal sonucu duygusal zararın doğmuş olması gerekir.

<sup>10</sup> OLG Innsbruck ZVR [118] 1997 307.

<sup>11</sup> BGHZ 124, 52.

<sup>12</sup> **HONSELL, H.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich, 2005, § 4, N. 10.

<sup>13</sup> Bu konuda bkz. **ERLÜLE**, s. 37 vd.

<sup>14</sup> **SAYMEN, F. H.**, Manevi Zararı ve Tazmini Sureti, İstanbul, 1940, s. 92; **GÜRSOY, K. T.**, "Manevi Zarar ve Tazmini", AÜHF, 1973, C. 30, S. 1-4, s. 8; **FRANKO, N. Y.**, "Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik", DÜHF, S. 2, 1984, s. 134; **ÜNAL, M.**, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHF, C. 35, S. 1-4, s. 398 vd., s.399; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.**, "Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22/Ekim/1977, İstanbul, 1980, s. 146; **TANDOĞAN, H.**, Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul, 2010, s. 63, **ERTAŞ**, s. 65, 90; **HELVACI, S.**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, s. 177; **ARIDEMİR, A. G.**, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul, 2008, s. 182; **TEKİNAY, S.S./AKMAN S./BURCUOĞLU H./ALTOP A.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 655; **OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2015, Dördüncü Bölüm, § 1, II; **HATEMİ, H.**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. 2, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1994, § 10, N.1; **TANDOĞAN**, s. 330; **SCHWENZER, I.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern, 2006, N. 17.02; **BK-BREHM**, Art. 47, N. 4, 6, 21; **MERZ**, s. 240; **ROBERTO, V.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2002, N. 909; **HONSELL**, § 10, N.2; **REY, H.**, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich, 2008, N. 482; Alman Hukuku için bkz. **MEDICUS, D.**, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Auflage, München, 2003, § 56, N. 1; **LARENZ, K.**, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, s. 474.

<sup>15</sup> **KOLLER, J.**, Genugtuung aus Vertragsverletzung, Zürich, 2003, N. 48; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 144; **HELVACI**, s. 180; **ARIDEMİR**, s. 182.

<sup>16</sup> BGE 123 III 13; 123 III 2009; 121 III 255; 118 II 408; 117 II 50; 115 II 158.

Subjektif görüş kişinin duygusal yapısının değerlendirilmesinin manevi tazminat talep eden kişinin gerçekten zarara uğrayıp uğramadığının tam ve kesin olarak belirlenmesini engellediği için eleştirilmiştir. Duyulan elem, ızdırap ve acı kişiden kişiye değişiklik gösterir ve asla kesin olarak ölçülemez. Kesin olarak ölçülemeyen, kişiye göre değişiklik gösteren bir ruhsal/duygusal durumdan hareketle manevi zarar açıklanamaz. İlave olarak, kişinin manevi zarara uğradığının subjektif olarak değerlendirilmesi, onun tekrar ve bazı durumlarda daha ağır biçimde kişilik değerlerinin ihlali sonucunu doğuracak, belki de bu sebeple zarar gören manevi zararın tazmininden vazgeçecektir<sup>17</sup>.

Subjektif teoriye getirilen eleştirilerin başında, duyulan acı ve elem bilimsel olarak ölçülmesinin mümkün olmaması, kişilerin olaylar karşısında verdikleri tepkilerin farklı olması, manevi zararın tekrarlanabilmesi (yeniden yaşanabilmesi), duyma hissetme yeteneği bulunmayan ayırtım etme gücünden yoksun olan kişilerle tüzel kişilerin manevi zarara uğramadıklarından bahisle manevi tazminat talebinden yoksun bırakılmalarının adil olmaması gelmektedir<sup>18</sup>.

Yargıtay kararlarında zedelenme sonucu mağdurun kişiliğine ruhsal varlığına yansıyan sonuçlar, acı, onarılmaz manevi acı, ızdırap veya üzüntü duyulmuş olması şeklinde ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Yargıtay, “*manevi zarar, kişilik haklarına saldırı nedeniyle alacaklının (davacının) duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elemi ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>20</sup>.

## 2. Objektif Görüş

Manevi tazminatın amacını giderim olarak kabul eden görüş, tazminatın niteliği konusunda objektif görüşü benimsemektedir. Bu görüşü savunanlar, manevi zararı, haksız fiil sonucunda kişisel değerleri ihlal edilen zarar görenin, kişi varlığında meydana gelen objektif eksilme veya kayıp olarak tanımlamaktadır<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> **EREN, F.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, § 30, II, 2, d; **KIRCA, Ç.**, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, YD, S. 3, Ankara, 1999, s. 258; **SEROZAN, R.**, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 82.

<sup>18</sup> **GURZELER, B.**, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung, Zürich, 2005, s. 86; **EREN, F.**, § 30, II, 2, d; **SEROZAN, R.**, Manevi Tazminat, s. 95; **KOCAYUSUPAŞAOĞLU, S.** 149.

<sup>19</sup> Y.2.HD., 31.10.1983 T., 7617/8056 (YKD., 1984/11, s.1653); Y.13.HD., 06.01.2000 T., 8590/9569 (YKD., 2001/4, s.547); Y.21.HD., 28.01.1997 T., 1996-6807/375 (YKD., 1997/7, s.1133).

<sup>20</sup> Y.3.HD., 18.09.2001 T., 8170/7791 (YKD., 2002/2, s.184).

<sup>21</sup> **EREN, F.**, § 30, II, 2, d; **EREN, F.**, Persönlichkeitsschutz und Immaterieller Schaden, Türkisch-Schweizerische Juristentag 1989, Zürich 1990, s. 38; **KIRCA, Ç.**, s. 259; **SEROZAN, R.**, Manevi Tazminat, s. 97; **SEROZAN, R.**, Eine differenzierte Beurteilung des Anspruchs auf immateriellen Schadenersatz, Türkisch-schweizerische Juristentage 1989, Zürich, 1990, s. 74; **ERLÜLE, M.**, Manevi Tazminat, s. 54 vd.

Manevi zarar kişiden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Zarar görenin kişilik değerinin zedelenmesini bilmesi gerekli olmadığı gibi, kişilik değerlerine saldırının etkisinin ne olduğu önemsizdir. Manevi tazminat taleplerinde bu sebeple özel olarak zararın doğduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur.

Bu görüş, kişilik değerlerinin ihlalinin kişinin acı ve elem duyması olmasına ilişkin psikolojik sonuçlarına etki ve değer vermemesi yönünden eleştirilmiştir. Bu eleştirileri karşılamak içinde doktrinde *Lorenz*, objektif eksilme olarak manevi zararlarda objektif teoriyi yeterli görürken, acı, elem, üzüntü, yaşama sevincinin kaybedilmesi şeklindeki duygusal eksilmenin manevi zararı oluşturabilmesi için bir hastalığa sebep olması gerektiğini aramıştır<sup>22</sup>

Subjektif görüşü benimseyen İsviçre Federal Mahkemesi, ayırt etme gücü olmayanların manevi zararın tazminini talep edebileceğini belirlerken, manevi zararın objektif unsurunun subjektif unsurundan üstün olduğunu belirtmiştir<sup>23</sup>.

Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz üzere subjektif teoriyi benimseyen kararları olduğu kadar objektif teoriyi benimseyen kararları da söz konudur. Yargıtay'ın bu konuda seçici davranmadığını gözlemekteyiz<sup>24</sup>.

### 3. Karma Görüş

*Arpacı*, hem objektif, hem de subjektif teorinin birlikte ele alınması gerektiği görüşündedir<sup>25</sup>. *Tercier*, kişilikte objektif olarak gerçekleşen azalmanın, kişinin ruhsal dünyasına yansması ve bu yansıma sebebiyle ruhsal huzurunu kaybetmesi, acı ve elem çekmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>26</sup>. Yazara göre, objektif olarak gerçekleşen duygusal azalmanın gerçekleştiğini zarar gören manevi olarak bilincine varmalıdır. Objektif görüşü savunan *Eren* bu görüşün olumsuz sonuçlarını yumuşatmak için, haklı olarak, kişilik haklarının ihlali sonucu mağdurun, ayrıca acı, elem ve üzüntü duymuş ve bu duygusal zararların ruhsal bütünlüğü içinde bir eksiklik yaratacak ölçüde ise manevi zarar olarak kabulü gerektiğini ifade etmiştir<sup>27</sup>.

Görüşümüze göre, objektif teori subjektif teori ile tamamlanmalıdır<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> LARENZ, s. 65.

<sup>23</sup> BGE 116 II 519; 108 II 422.

<sup>24</sup> Y.1.HD., 08.04.1996 T., 3713/4111 (YKD., 1986/10, s. 1548); Y.4.HD., 18.12.1986 T., 7568/8412 (KARAHASAN, M. R., Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, İstanbul, 2001, s. 432).

<sup>25</sup> ARPACI, A., Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2000, s. 149.

<sup>26</sup> TERCIER, P., Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Fribourg, 1971, s. 56. Bu görüşe KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun eleştirileri için bkz. s. 147.

<sup>27</sup> EREN, § 30, II, 2, d.

<sup>28</sup> ARPACI, s.149.

Kanaatimize göre, TBK. m. 58 **genel olarak düzenlenen tazmini gereken manevi zarar**, kişilik değerlerinin zedelenmesi sonucu mağdurun kişiliğine yansıyan elem, ızdırıp, acı, üzüntü ve yaşama sevincinin duygusal kaybın (**subjektif unsur**), objektif olarak da, ruhsal huzurun bozulması veya kaybedilmesi (ruhsal bütünlüğünün eksilmesi) niteliğinde (**objektif unsur**) olması gerekir.

Tazmini gereken manevi zarar, kişilik değerlerine **nitelikli bir saldırı** halinde söz konusudur. Nitelikli bir saldırı içinde, subjektif unsur olarak, bir yandan kişinin **içsel yönüne** etkili olmalı yani kişinin psikolojik ruhsal yönü üzerinde etkili olmalı; diğer yandan da **dışsal yönüyle** de onun ekonomik ve sosyal yaşamında etkili olmalıdır<sup>29</sup>. Bunlarla birlikte objektif değerlendirme yönünde bu etkilerin manevi zarar doğurmaya kabulünün haklı (objektif unsur) olması gerekir.

Tüzel kişiliğin ve ayırt etme gücü olmayan kişinin manevi tazminat talebinde ise subjektif unsur, talep edenin niteliği gereği aranmaz.

### III. Ayırt Etme Gücü Olmayan Kişilerin Manevi Tazminat Talep Edebilmesi

**Ayırt etme gücü olmayan kişilerin** manevi tazminat talep edip edemeyeceği doktrinde tartışılmıştır:

Subjektif görüş taraftarlarının çoğunluğuna göre, uğradıkları saldırıdan acı ve elem duyamayacak ayırt etme gücü olmayanların manevi zararı oluşmadığından manevi tazminat talep edemeyecektir<sup>30</sup>. Manevi zararı subjektif görüşle izah edenlerin bir çoğu da ayırt etme gücünden yoksun olanların değişik gerekçelerle manevi zarara uğrayabileceklerini kabul etmektedir<sup>31</sup>.

Manevi zararı objektif görüş açısından açıklayan yazarlar, kişilikte meydana gelen eksilmeyi yeterli gördüklerinden ve zarar görenin psikolojik tepkilerini dikkate almadıklarından, bu kişilerin manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmektedirler. Biz de manevi tazmini öngören kuralın sadece objektif görüşü kabul ettiği durumlarda, bu sonucu kabul etmekteyiz. Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerin fiziksel acı ve ızdırabı duyabildiği durumlarda, ayırt etme gücü olmayanın

<sup>29</sup> REY, N. 444.

<sup>30</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 668; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, Dördüncü Bölüm, § 1, II; FRANKO, N. Y., Şeref ve Haysiyetten Doğan Manevi Zararın Tazmini (Doktora Tezi), Ankara, 1973, s. 177; STARK, E., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Auflage, Zürich, 1988, N.191.

<sup>31</sup> BGE 108 II 422; 116 II 519. İsviçre Federal Mahkemesi kanun koyucunun hafif ihmallerde manevi tazminatı kabul ederken ağır ihmallerde manevi taminatı öngörmediğinin kabul edilemeyeceğinden hareketle sürekli ve kesin olarak bilincin kaybedilmesinde manevi tazminat talebine imkan tanımaktadır.



bu acıyı veya ızdırabı hissetmediği söylenemez<sup>32</sup>. Bu durumda hakim objektif ölçütle yetinerek aynı saldırıya muhatap olan ayırt etme gücü olan kişinin duyacağı acıyı veya elemi esas alarak manevi zararın varlığını ve miktarını belirleyecektir<sup>33</sup>.

Ayırt etme gücü olanın sonradan iyileşme ihtimali varsa veya küçüğün sonradan büyüyerek ayırt etme gücünü kazanması gelecekte mümkün ise, genel olarak kişilik hakkını koruyan TBK. m. 58 hükmüne dayanarak acıyı sonradan hissedebileceğinden, subjektif unsur gerçekleştiğinden, manevi tazminat talep edebilir<sup>34</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni kararlarında, manevi zarar talebinde zarar görenin bedensel bütünlüğünün ihlalinde zarar görenin kendi durumunun farkında olmasını gerekli görmemektedir<sup>35</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, ağır bir zarar ile sürekli olarak bakımı gereken bir çocuğun ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda bile manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>36</sup>. Alman yargı uygulaması da bu yöndedir<sup>37</sup>. Bu yaklaşım savunduğumuz karma görüşümüzü pekiştirmektedir.

#### IV. Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Talep Edebilmesi

Doktrin<sup>38</sup> ve uygulamada<sup>39</sup> tüzel kişilik hangi görüşle gerçek kişilik teorisi veya farazi kişilik teorisi) açıklanırsa açıklansın, **tüzel kişilerin manevi tazminat** talep edebileceği kabul edilmektedir. Aksi görüş ise tüzel kişilerin gerçek kişiye has (subjektif görüşe göre) manevi zarar olarak acı, elem, ızdırıp ve yaşama sevincinde azalma söz konusu olamayacağından dolayı tüzel kişilerin manevi zararından bahsedilemeyeceğinden, bunların kişilik hakkının korunmasının TMK. m. 25/I ve II'deki davalarla

<sup>32</sup> **ARIDEMİR**, fiziksel acı dışında kişinin yaşam sevincinin azalması, iç huzurunun bozulduğuna dayanarak manevi tazminat talep edemeyeceği görüşündedir (s.194).

<sup>33</sup> **ARPACI**, s. 149.

<sup>34</sup> **LANDOLT, H.**, Zürcher Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR, 3. Auflage, Zürich, 2007, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 88; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 661, 668; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, Dördüncü Bölüm, § 2, II, 3. Yargıtay uygulaması için bkz. Y.4. HD., 05.03.2003 T., 2002-11382/2256 (KİB); Y.11. HD., 01.04.1997 T., 366/2371 (KİB).

<sup>35</sup> BGE 108 II 422 = Pra 1982, 74; BGE 116 II 519.

<sup>36</sup> BGE 116 II 519.

<sup>37</sup> BGHZ, 120 1.

<sup>38</sup> **ZK-LANDOLT**, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 104; **BK-BREHM**, Art. 49, N. 40 f; **TANDOĞAN**, s. 333; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, Dördüncü Bölüm, § 2, II, 3; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 667; **HATEMİ**, § 10, N.9; **DURAL M./ÖĞÜZ T.**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015, s. 282; **GÜRSOY**, s. 12; **AKÜNAL, T.**, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul, 1977, s. 40; **ÖĞÜZ, T.**, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007, s. 66; **ARIDEMİR**, s. 189. Kabul etmeyen görüş için bkz. **MERZ**, s. 241.

<sup>39</sup> Y.HGK., 23.01.ç1985 T., 4-58/36 (KİB); Y.4.HD., 09.12.1993 T., 607/14351 (YKD., 1993/5, s. 726); 16.06.2003 T., 3293/7775 (Yarg.D., 2003/09, s. 94).

sağlanacağını savunmaktadır<sup>40</sup>. Manevi zararın objektif görüşle açıklandığı durumlarda ise tüzel kişiliğinin manevi tazminat talep edeceğinde tereddüt bulunmamaktadır.

## V. Manevi Tazminata Talep Hakkı Veren Özel Hükümler

TBK. m. 56, TBK. m. 58'e göre özel bir hükümdür. Ölüm halinde ve bedensel zarara uğranması halinde, mağdur manevi tazminatını TBK. m. 56 çerçevesinde; özel bir hüküm manevi tazminatı yaptırıma bağladığı takdirde ve diğer kişilik hak değerlerinin ihlalinde TBK. m. 58'e göre talepte bulunabilecektir.

TBK. m. 56 ve 58 hükmü bağımsız sorumluluk kuralı değildir<sup>41</sup>. Bu hükümler manevi tazminatın özel koşulları, türleri ve belirlenmesine ilişkin ölçütler verilmektedir<sup>42</sup>.

**Özel hüküm olarak düzenlenen tazmini gereken bazı manevi zararların tazmini** için ise, objektif teori kapsamında örneğin TBK. m. 56 uyarınca bedensel bütünlüğün zedelenmesinde kişilik değerlerinin azaldığını, yani objektif eksilmenin yeterli olduğunu kabul etmemiz gerekir. Özel hükümle tazmini gereken zararda **objektif unsurun** yeterli olduğu haller hükmün *ratio legis* ile belirlenir. Tek başına subjektif unsur tazmini gereken manevi zarar niteliğinde değildir. Kişinin elem, ızdırap, acı duyması duygusal eksilmedir; ancak zarar olarak tazmini gereken bir manevi tazminat kalemi değildir.

*Landolt*, manevi zararın iki yönünün bulunduğunu subjektif manevi zararda, kişilik hakkı zedelenmesi sonucu zarar görenin acı ve elem duymuş, yaşama sevincinin azalmış olduğunu, objektif manevi zararda ise ölüm ve beden ihlali sonucunda zarar görenin yaşam düzeyinin ihlalinin söz konusu olduğunu ifade etmiştir<sup>43</sup>.

Tazmini gereken manevi zararı düzenleyen özel hükmün yorumundan, objektif unsur yanında subjektif unsurun da aranması gerektiği sonucuna varılırsa, TBK. m. 58 hükmünde olduğu üzere her iki unsur birlikte manevi zararı oluşturur.

TBK.'nun manevi tazminat öngördüğü bazı kişilik değerlerin ihlalinde ek hu-

<sup>40</sup> REY, N. 484; KILIÇOĞLU A. M., Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993, s.271; FRANKO, Şeref ve Haysiyet, s. 190. SEROZAN, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler" makalesinde bu görüşü savunmuşsa da (Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, MHAD, 1977, S: 14, s. 93-112) "Manevi Tazminat İsteminde Değişik Yaklaşım" isimli makalesinde tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmiştir.

<sup>41</sup> BGE 126 III 166; 123 III 209; SCHNYDER, A., Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5. Auflage, Basel, 2011, Art. 47, N. 14; BK-BREHM, Art. 47, N. 18; ROBERTO, N.912.

<sup>42</sup> REY, N. 479; KOLLER, N. 43, 114.

<sup>43</sup> ZK-LANDOLT, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 88.

kuki olgular araması mümkündür. Örneğin TMK. m. 26/II hükmü “*uğranılan haksızlığın niteliği gerektiriyorsa*”, objektif unsura ek bir unsur aramıştır.

## B. Genel Olarak Manevi Tazminatın Amacı (Fonksiyonu)

Manevi tazminatın amacı ve işlevi hakkında farklı görüşler mevcuttur<sup>44</sup>.

Manevi tazminatın amacı, zararın giderilmesi değil, zarar görenin elem ve üzüntüsünün elden geldiği ölçüde denkleştirilerek tatmin edilmesidir. Kısaca zarar görenin önce manevi olarak telafi edilmesi ve sonra zarar görenin olabildiğince tatmin edilmesi düşüncesine dayanır.

Manevi tazminatla zarar verici fiil olmasaydı mağdurun bulunacağı durum, fiilin yarattığı elem ve ızdırabın kaldırılması sağlanmak suretiyle dengelenmek istenmektedir; tam bir denkleştirmenin sağlanması ise mümkün değildir.

Manevi tazminatın temel amacı olmasa da, önleme (ceza) amacı gibi ikincil bir amacı bulunmaktadır.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, manevi tazminatın fonksiyonu manevi tazminatın miktarını belirleyecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi önceleri ceza ve tatmin düşüncesine yer verdiği<sup>45</sup> gözlenmesine karşın, son dönemdeki kararlar<sup>46</sup> ve doktrindeki hakim görüş bu yaklaşımı red etmekte ya telafi amacından hareketle ya da her ikisi ile birlikte manevi tazminatı amaçlandırmaktadır.

*Hütte*, kusurun ağırlığını manevi tazminatı arttırıcı rolü olarak değerlendirmektedir.<sup>47</sup> *Koller*, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerinde kusuru cezalandırıcı yan etki olarak görmektedir.<sup>48</sup>

### 1. Telafi (Giderim) Amacı

Telafi (Giderim) fonksiyonuna (Ersatzfunktion) göre, manevi tazminat, maddi

<sup>44</sup> **ERTAŞ**, s. 67 vd.; **EREN**, § 32, III, 3; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 144 vd.; **SEROZAN**, Manevi Tazminat, s. 67 vd.; **ARIDEMİR**, s.7 vd.

<sup>45</sup> BGE 58 II 244 ff, 248, 341.

<sup>46</sup> **BK-BREHM**, Art. 47, N. 39; **ABDULRAHMAN-NAJİ**, Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse, Diss. Genf, 1970, s. 49; **DRUEY, J. N.**, Die Forderung auf eine Geldzahlung zum Ausgleich für immaterielle Nachteile im Vergleich mit der Forderung auf Ersatz des Vermögensschadens nach schweizerischem Recht, Basel, 1966, s. 77, 86; **MERZ**, s. 243; **TERCIER**, s. 101, 108; **GURZELER**, s. 161, 177. **HONSELL**, OR, ceza ve davranışı vergilendirme yaklaşımını terk ettiğini belirtmektedir (ZSR 2011 II s. 48).

<sup>47</sup> **HÜTTE, K.**, Art. 47 - Genugtuung? Versuch einer Anleitung zur Harmonisierung von Genugtuungsschädigungen, SJZ 1974, s. 277.

<sup>48</sup> **KOLLER**, N. 23.

zarardan bağımsız uygun bir miktar paranın manevi tazminatın ödenmesi ile zarar görenin çektiği psikolojik ve ruhsal acının telafisini amaçlar<sup>49</sup>. Zarar görenin yaşam sevincinin azalması engellenerek, kısmen de olsa acısı giderilmesi sağlanmaya çalışılır<sup>50</sup>. Böylelikle manevi zarar maddi karşılık benzeri bir özelliğe sahip olur<sup>51</sup>. Temel sorun, manevi zararın matematiksel olarak para ile ölçülemeyeceğinden manevi zararın telafisinin nasıl belirleneceğine ilişkindir.

Telafi görüşü, zarar görene ödenecek manevi tazminat miktarını zarar görenin subjektif duygularından arınmış olarak objektif olarak değerlendirir.

Telafi (Giderim) görüşü, manevi tazminatın amacını, uğranılan manevi zararın kural olarak nakden veya bazı özel durumlarda aynen giderilmesi olarak ifade etmektedir. Manevi tazminatın kişi varlığındaki objektif eksilmenin parasal olarak ifade edilerek yerine konması (giderim) olduğunu kabul etmektedirler<sup>52</sup>.

Telafi görüşü manevi zararın niteliğinde objektif bir yaklaşım tarzını kabul eder; bu sebeple de kişinin kişilik hakkı ihlal edilmesi durumunda elem ve ızdırap duymadığını araştırmaksızın, kişilik değerlerinde bir eksilmenin varlığı halinde manevi tazminatın varlığını kabul eder.

Telafi görüşü maddi zarar ile manevi zarar arasında paralellik kurmaya çalışarak, her ikisini de malvarlığı zararı olarak ele alır<sup>53</sup>; halbuki manevi tazminat teknik anlamda zarar değildir<sup>54</sup> ve ihlal edilen değerler yönünden amaçları farklıdır. Maddi tazminat malvarlığı ve kişilik değerlerinin ihlalinden doğan maddi zararı; manevi tazminat ise kişilik değerlerinin ihlalinden doğan manevi zararı gidermeye çalışır<sup>55</sup>. Ayrıca manevi zararın parasal olarak telafisi zarar göreni tam olarak tatmin edemez. Manevi zarar, giderimi sağlayacak şekilde tam olarak da ölçülemez.

## 2. Tatmin Amacı

Tatmin fonksiyonu (Satisfaktionsfunktion), manevi zarar görenin çektiği ruh-

<sup>49</sup> **OFTINGER, K.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage, Zürich, 1975, s. 289; **GUHL, TH./KOLLER, A.**, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000, § 10, N. 7; **GURZELER**, s. 345. Farklı fikir **SEROZAN**, Immateriellen Schadenersatz, s. 55, 78.

<sup>50</sup> Farklı fikir için bkz. **GURZELER**, s. 177.

<sup>51</sup> **BK-BREHM**, Art. 47, N. 9

<sup>52</sup> **SAYMEN**, Manevi Zarar, s. 14; **KIRCA**, s. 261; **SEROZAN**, Immateriellen Schadenersatz, s. 73; **EREN**, § 32, III, 3, c; **NOMER, H., N.**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 33 vd.

<sup>53</sup> **KIRCA**, s. 261; **SEROZAN**, Manevi Tazminat, s. 85; **SEROZAN**, Immateriellen Schadenersatz, s. 73; **ARIDEMİR**, s.8.

<sup>54</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 548; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, Dördüncü Bölüm, § 1, II; **TANDOĞAN**, s. 63; **SEROZAN**, Manevi Tazminat, s. 70.

<sup>55</sup> **SAYMEN**, Manevi Tazminat, s.83; **KIRCA**, s. 250; **ERTAŞ**, s. 73; **ARIDEMİR**, s. 8.

sal ve fiziksel acıyı yapılan parasal ödemeye ortadan kaldırmaya veya azaltmaya çalışarak, zarar görenin tekrar yaşama sevincini kazanmasını amaçlar.

Tatmin amacı, manevi zararı subjektif görüş açısından değerlendirmektedir.

Zarar gören olayın özelliklerinde hareketle sorumlu olana karşı ruhsal, psikolojik ve ruhsal acıları karşılığı için parasal talepte bulunmaktadır.

Tatmin görüşü zarar görenin çektiği acıları ve bunun sonuçlarını dikkate alarak yapılan ödeme ile kısmen gidermeyi amaçlar.

Manevi tatmin görüşü<sup>56</sup>, ihlal edilen kişilik değerine ilişkin mağdurun duyduğu elem ve ızdırabı bozulan ruhsal dengesinde bir ölçüde düzelterek manevi olarak tatmin etmeyi amaçlar<sup>57</sup>. Manevi tatmin, mağdurun tatmini failin haksızlığı kabul etmesi ile gerçekleşen hak ve adalet duygusunun tatmininden daha geniş anlamda bir tatmindir<sup>58</sup>; ancak bu anlamda da tatmini kapsar. Zarar göreni teselli ederek, onda yaratılan haksızlık duygusunun ortadan kaldırılmasına ve düzeltilmesine hizmet eder.

### 3. Önleyici /Caydırıcı (Cezalandırma) Amacı

Manevi tazminat, kişilik hakkını zedeleyecek fiilin tekrar işlenmesini engellemek, önlemek ve böylelikle kişilik değerlerine saygı duyulmasını sağlamak amacıyla güder. Bu sebeple cezalandırma fonksiyonu (Strafffunktion) görüşü, yüksek miktarda manevi tazminata hükmedilmesini önerir.

#### a. Cezalandırma Amacı

Manevi tazminatın özel hukuk cezası niteliğinde, mağdurun failden öç alma duygusunu gidermeye yönelik cezalandırma amacı taşıdığı savunulmuştur<sup>59</sup>. Manevi tazminat olarak ödenen para, zararı giderme amacı olmadığını, bu sebeple mağdurun faili cezalandırarak tatmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş manevi tazminatın belirlenmesinde manevi zararın ağırlığını ve şiddetini dikkate almaksızın failin kusurunu ve kusurun derecesini esas almaktadır.

Cezalandırma görüşü özel hukukla ceza hukuku arasındaki sınırı ortadan kal-

<sup>56</sup> Doktrinde tatmin yerine denkleştirme terimini "Ausgleich" teriminin karşılığı teşkil ettiğinden tercih edenler söz konusudur (Bkz. **ARIDEMİR**, s. 11; **KIRCA**, s.245). Tatmin görüşü ile denkleştirmeyi iki ayrı başlıkta inceleyen ve farklı anlam yükleyen yaklaşım için bkz. Bkz. **ARIDEMİR**, s. 11 dn.27). Biz tatmin terimini, görüşü daha iyi ifade ettiğinden ve diğer denkleştirme kurum ve görüşleri ile karşılaştırılması mümkün olduğundan tercih etmekteyiz.

<sup>57</sup> **KILIÇOĞLU, A. M.**, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, 1984/1, s. 21 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 160 vd.; **ARIDEMİR**, s. 11 vd; **KIRCA**, s. 245 vd.

<sup>58</sup> **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 160.

<sup>59</sup> **SAYMEN**, Manevi Tazminat, s.83; **GÜRİSOY**, s. 11; **KIRCA**, s. 250; **ERTAŞ**, s. 73; **ARIDEMİR**, s. 8.

dırdığından, manevi zararın niteliğine uygun olmayan suçta kanunilik ilkesinin ve cezaların şahsiliği ilkesinin uygulanması sonucunu doğurur. Diğer yandan tazminat, tazminatın koşulları içinde kusurun aranması sonucunu doğursa da, bu kusur sorumluluğu için sorun teşkil etmezse de kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminatın uygulanmasını engeller.

## b. Önleme Amacı

Manevi tazminatın öncelikli amacının giderici değil, kişilik değerlerine saldırıyı önleyici olup, kişilik değerine yapılacak saldırıyı caydırma amacının olduğu ileri sürülmüştür<sup>60</sup>. Önleme amacının bağımsız bir amaç olmayıp, tatmin amacının bir unsuru olarak kabul edenler olduğu gibi<sup>61</sup>; telafi amacının yanında ikincil bir amaç olduğu doktrinde iddia edilmektedir.

Yargıtay bazı kararlarında, manevi tazminatın faili daha dikkatli ve özenli davranmaya ittiğinden hareketle manevi tazminatın önleme amacının bulunduğu vurgulamaktadır<sup>62</sup>.

## 4. Denleştirme Amacı: Karma Amaç

### a. Genel Olarak

Manevi tazminat kurumu tazminatın amacı olan denleştirme fonksiyonuna (Ausgleichsfunktion) sahiptir<sup>63</sup>.

Manevi tazminatın temel amacı, zarar görenin azalmış yaşam sevincini ve mutluluğunu mümkün olduğunca tekrar sağlamaya çalışmaktır.

Türk-İsviçre Hukuku'nda baskın görüşe göre, manevi tazminatın amacı, zararın giderilmesi (giderim) değil, zarar görenin elem ve üzüntüsünün elden geldiği ölçüde denleştirilerek tatmin edilmesidir<sup>64</sup>. Kısaca manevi tatmin düşüncesine (Kompen-

<sup>60</sup> SEROZAN, Manevi Tazminat, s.88; SEROZAN, Immateriellen Schadensersatz, s. 73; KIRCA, s. 265; ARIDEMİR, s.10-11.

<sup>61</sup> Alman Federal Mahkemesinin önleme amacını da belirten kararı için bkz. BGHZ., 18, 149.

<sup>62</sup> Y.HGK., 23.06.2004 T., 13-291/370 (KİB); Y.4.HD., 24.09.202 T., 3829/9940 (YKD., 2003/1, s.22); 26.10.2005 T., 2004-15251/11929 (KİB).

<sup>63</sup> HÜTTE, K./DUCKSCH, P., Die Genugtuung bei Tötung und Körperverletzung (OR 47), 3. Auflage, Zürich, 1996, I/10; KELLER, A., Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. Auflage, Bern, 1998, s. 120

<sup>64</sup> BGE 123 III 10, 118 II 44; HONSELL, § 10, N. 2; REY, N. 445; SAYMEN, Manevi Tazminat, s.94-95; GÜRSOY, s. 8; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 160; ARIDEMİR, s. 13; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.655; OĞUZMAN/ÖZ, BH GH C.2, Dördüncü Bölüm, § 1, II; TANDOĞAN, s.330; AKÜNAL, Denleştirme, s.49; FRANKO, s. 134. ANTALYA, G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul, 2015, s. 156'da ben de bu görüşü savunmaktaydım.

sationsgedanke) dayanır. Mağdurun elem ve ızdırabı, yaratılan mutluluk duygusu ile denkleştirilerek tatmin edilmeye çalışılmaktadır. Manevi tazminatla zarar verici fiil olmasaydı mağdurun bulunacağı durum, fillin yarattığı elem ve ızdırabın kaldırılması sağlanmak suretiyle dengelenmek istenmektedir; tam bir denkleştirmenin sağlanması ise mümkün değildir<sup>65</sup>.

*Ertaş*, kişilik hakkının ihlalinin kişide, öfke ve kızgınlık, cismani acı ve ızdırıp olmak üzere iki etkiye neden olduğunu ifade ettikten sonra, öfke ve kızgınlığın giderilmesinin tatmin etme işlevi; cismani acı ve ızdırabın giderilmesinin ise denkleştirme işlevi gördüğünü ifade etmektedir<sup>66</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi<sup>67</sup> ve Yargıtay<sup>68</sup> uygulaması da manevi tazminatın ceza amacı olmadığını, zararın giderimi amacı taşımadığını kararlarında vurgulamaktadır.

Manevi tazminatın temel amacı olmasa da, önleme amacı şeklinde ikincil bir amacı bulunmaktadır<sup>69</sup>. Doktrinde bir kısım yazarlar ise, cezalandırma amacını diğer amaçları tamamlayan yan bir amaç olarak kabul etmektedirler<sup>70</sup>.

Tatmin görüşü sadece zarar görenin duyduğu ruhsal psikolojik acıyı esas alıp, ihlal edilen kişilik değerinin ve bu ihlalin ağırlığını dikkate almamaktadır. Halbuki aşağıda manevi zararı açıklayan subjektif yaklaşımın yetersiz olduğunu, bu yaklaşımla sadece subjektif unsura yer veren tanımın eksik olduğu görüldüğünden, objektif yaklaşımla birlikte subjektif yaklaşımla manevi zararı açıklamakta ve tanımlamaktayız; bu sebeple de telafi ve tatmin amacını manevi tazminatın temel amacı olarak kabul etmekte, onları denkleştirme amacı başlığı altında toplamaktayız. Bu temel amacın yanında onlarla birlikte önleyici amaç da yer almaktadır.

## b. Tatmin ve Telafi Amacının Fonksiyon Olarak Birlikteliği

Tatmin manevi tazminatın birincil amacı; telafi amacı ise ikincil amacıdır<sup>71</sup>. Her iki fonksiyon birlikte değerlendirilmelidir.

Tatmin görüşü manevi zararı subjektif olarak değerlendirirken, telafi görüşü ise objektif olarak değerlendirmektedir. Manevi zararın amacına ilişkin yaklaşımımız ve buna bağlı olarak savunduğumuz karma amaç, manevi tazminatın önce telafi sonra da tatmin amacı olduğunu ortaya koyar.

<sup>65</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 159; KILIÇOĞLU, Manevi Tazminat, s. 21.

<sup>66</sup> ERTAŞ, s. 79, 81.

<sup>67</sup> BGE 123 III 15, 123 III 204, E.2e, 118 II 408, 117 II 60, 116 II 734, 115 II 158; 81 II 518.

<sup>68</sup> Y.HGK., 23.06.1004 T., 13-291/370 (KİB); 27.12.2002 T., 4-893/1035 ( YD., 2003/3, s.54); 4-1016/757 (YKD., 2002/2, s.173); Y.4.HD., 02.11.1993 T., 1992-7276/12397 (YKD., 1994/3, s.371).

<sup>69</sup> TANDOĞAN, s.331; HATEMİ, §10 N.1-2.

<sup>70</sup> GÜRSOY, s. 11; HATEMİ, § 10, N.1; TANDOĞAN, s.331.

<sup>71</sup> ZK-LANDOLT, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 24

Manevi tazminat bir yandan meydana gelen tazminatı nakden ödemeye telafi etmeyi sağlarken, diğer yandan yapılan parasal ödemeye zarar göreninin bozulan ruhsal dengesini tatmin etmeye çalışır.

### **b. Cezalandırma Amacının Tamamlayıcı Fonksiyonu**

Manevi tazminatın tatmin ve telafi fonksiyonu yanında, tamamlayıcı olarak cezalandırma (önleme) fonksiyonu söz konudur.

Manevi zararın telafisi ve tazmininden fazla manevi tazminata hükmedilmesini sağlayarak, kişilik haklarına herkesin saygı duyulmasını sağlar.

Kişilik değerlerine ağır saldırı halinde veya zarar verenin ağır kusuru halinde, manevi tazminatın cezalandırma amacı olayın özelliğine göre devreye girebilir.

## **C. Manevi Tazminata Yaklaşımın Ve Amacının (Fonksiyonun) Tazminatın Belirlenmesinde Rolü**

### **1. Genel Olarak**

Manevi tazminatın temel amacı, zarar görenin uğramış olduğu manevi zararın giderilmesidir. Bu görüş doktrinde telafi görüşü olarak ifade edilmektedir<sup>72</sup>. Manevi tazminata sadece objektif yönden yaklaşan görüş, manevi tazminatı telafi fonksiyonu dışında başka bir amaca yönelik olduğunu kabul etmemekte, manevi tazminatın unsurları arasında da subjektif unsura yer vermemektedir<sup>73</sup>.

Objektif görüş, zarar görenin idrak ve hissetme yeteneğinden bağımsız olarak hareket eder; zarar görenin uğramış olduğu manevi zarar olarak zarar görenin çektiği acı, elem, hüznün ve ızdırapla ilgilenmez<sup>74</sup>. Bu görüş, ortalama ve makul bir kişinin kişisel değerlerine vereceği tepkiden hareketle manevi zararın belirlenmesi gerektiğini kabul eder.

Sadece objektif görüşün savunduğu telafi amacı dikkate alınır, manevi zarar zarar görenin çektiği acı, elem, üzüntü veya ızdırap dikkate alınmaksızın belirlenecektir. Kişisel değerlerdeki azalma hep aynı şekilde giderilecektir. Bu fonksiyon yardımıyla, hakimin manevi zararı telafiyi aşan yüksek tutarlı manevi tazminata hükmedilebileceğini kabul etmektedirler<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> ATLAN KAZAN, s.68 dn.337'deki yazarlar. Geniş bilgi için ERLÜLE, s.78; ATLAN KAZAN, s.68 vd.

<sup>73</sup> LORENZ, E., Immaterieller Schaden und «billige Entschädigung in Geld». Eine Untersuchung auf der Grundlage des Paragraphen 847 BGB, Berlin, 1981, s. 51 vd.; EREN, § 32, III, 3, SE-ROZAN, Manevi Tazminat, s. 83; KIRCA, s. 242; Bu görüşe duygu zararları için istisna getirip savunanlar için bkz. GURZELER, s. 79 vd. ERLÜLE, s. 51 vd.

<sup>74</sup> Bu görüş için bkz. ERLÜLE, s.43; ATLAN KAZAN, s.50 vd

<sup>75</sup> ERLÜLE, s.79



Objektif görüşü savunuların bazı yazarlar telafi amacının yanında, ikincil fonksiyon olarak önleyici ve caydırıcı işlevi ilave etmektedirler<sup>76</sup>.

Subjektif görüş ise manevi tazminatın fonksiyon olarak, onun denkleştirme amacını temel almaktadır<sup>77</sup>. Bu görüş manevi zararın tazmininin unsuru olarak sadece subjektif unsuru kabul etmektedir. Tazmini gereken manevi tazminat miktarını belirlerken sadece zarar görenin çektiği bedensel ve ruhsal acı, duyulan elem, üzüntü ve ızdıraptan hareket etmektedirler. Kişilik hakkının ihlali sebebiyle meydana gelen yaşama zevkindeki azalmayı denkleştirecek miktarı tazminat olarak belirlemeyi amaçlamaktadır. Belirlenecek olan tazminat miktarı, zarar görenin uğradığı manevi zarara uygun olmalıdır<sup>78</sup>.

Katıldığımız hakim görüş ise, karma görüş olarak manevi tazminatın unsurlarının objektif unsurdan ve subjektif unsurdan oluştuğunu kabul etmektedir<sup>79</sup>. Manevi tazminatın objektif unsuru objektif görüş, subjektif unsuru ise subjektif görüşle açıklanmaktadır. Aynı yaklaşımla, manevi tazminatın tatmin ve denkleştirme olmak üzere iki temel fonksiyonu bulunduğu kabul etmekteyiz. Manevi tazminatın ceza, tatmin veya önleme (caydırma) şeklinde temel amacı yoktur.

Genel olarak, haksız fiil hukukunun önleme (caydırma) amacının bulunduğu kabul edilebilir. Bu sebeple ikincil bir önleyici fonksiyondan bahsedilebilir. Ancak zararın tazmininin yetersiz kalması durumunda, ayrı bir özel cezanın söz konusu olması veya buna dayanarak tazminatın arttırılması söz konusu olamamalıdır.

Taban manevi tazminatın tespitinde objektif ölçüt, ortalama ölçütte bir zarar gören kişinin ihlale vereceği normal tepkiyi esas almaktadır. Manevi zararın objektif olarak belirlenmesinde hareket noktası ise ihlal edilen hukuki değer in türüdür.

Objektif miktar belirlendikten sonra, her kişinin kişilik hakkının ihlalinde verdiği tepki farklı olduğundan, her somut olayın özellikleri ayrı ayrı ele alınmalı, zarar görenin verdiği manevi tepki dikkate alınarak zarar görenin ruhsal dengesindeki bozulmayı denkleştirerek manevi tazminatı belirlemelidir.

Son olarak da manevi tazminatın cezalandırıcı (önleyici) amacı yönünden manevi tazminatın arttırılıp arttırılmayacağı, olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Yargıtay'ın uygulamalarına bakarsak, manevi zararının kişilik değerlerine saldırı sebebiyle meydana gelen objektif bir saldırı olduğunu belirtmekte, ancak bu

<sup>76</sup> ERLÜLE, s.76; LORENZ, s. 52.

<sup>77</sup> ATLAN KAZAN, s. 62, dn.300'deki yazarlar. ERLÜLE, s. 39 dn.39'daki yazarlar. Geniş bilgi için bkz. ERLÜLE, s.39 vd.; ATLAN KAZAN, s.47. Bu görüşü savunanlar için bkz. ATLAN KAZAN, s.48, dn. 230 belirtilen yazarlar.

<sup>78</sup> ZK-LANDOLT, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 116

<sup>79</sup> KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 145, 147; ANTALYA, BH GH, C.II, s.156

objektif unuslarla yetinmemekte, ‘. manevi varlığında objektif olarak meydana gelen bu eksilmeyi yaşaması, duyması, onu hissetmesi, bunun sonucunda da acı elem, ızdırap duyması’ gerektiğini belirterek subjektif unsuru da aramaktadır<sup>80</sup>. Benzer başka bir kararında da, ‘.ihlalin yaşama sevincinde, mutluluk ve huzur duygusunda bir eksikliğe yaratmasını’ aramaktadır<sup>81</sup>.

Söz konusu manevi tazminat miktarı somut olayda zarar görenin veya zarar görenin mali ve ekonomik durumundan bağımsız olup, belirlenecek miktarın belirlenmesinde zarar görenin mali ve ekonomik durumu dikkate alınmaz.

İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında, zarar görenin mali refahını manevi tazminat amacıyla bağdaştırmayan yaklaşım, zarar görenin malvarlığını ve gelirini dikkate almaksızın manevi zararı belirlemektedir<sup>82</sup>.

## 2. Zarar Görenin Tatmini ve Zararının Telafisi

### a. Genel Olarak

Zarar görenin yaşama sevinci duygusunun azalmasının psikolojik yönünün olduğu ihmal edilmemelidir. Duyulan acının telafisinin zarar görenin duyduğu acıya göre uygun miktar parayla giderileceği TBK. m. 56 ve 58’de düzenlenmiştir. Kanunkoyucu kişilik hakkının ihlali konusunda maktu bir miktar belirlemekten kaçınmıştır. Kanunkoyucu manevi tazminatın her olayın özelliklerinin dikkate alınarak belirlenmesini öngördüğünden, manevi tazminatın belirlenmesinde zarar görenin çektığı psikolojik ve ruhsal acının dikkate alınması gerekir.

Zarar görene ilişkin bazı özel durumlar aşağıda incelenecektir:

### b. Zarar Görenin Malvarlığı

Zarar görenin tatmininin belirlenmesinde, malvarlığının etkili olmasının kabulü durumunda, zarardan önce zarar görenin fakir veya zengin olmasının dikkate alınmasını gerektirir. Bu yaklaşımda milyarder birine hükmedilecek bir iki milyon TL manevi tazminat miktarı, onun malvarlığında bir anlam ifade etmeyeceğinden, zarar görenin acısını telafiye yeterli olmayabilir. Buradan hareketle de zengine daha fazla manevi tazminat, fakire daha az manevi tazminat verilmesi sonucu doğar ki<sup>83</sup>, bu sonuç görüşümüze göre kabul edilemez<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Y. 3 HD, 24.02.2014 2013-18799/2717

<sup>81</sup> Y.HGK, 22.03.2006 4\_66/99

<sup>82</sup> BGE 123 III 10 E 4c/bb.

<sup>83</sup> WINTER, U., Genugtuung und Vorteilsausgleich, in: SJZ 1971, s. 101; HÜTTE, SJZ 1974, s. 278, SEROZAN, Immateriellen Schadenersatz, s. 52

<sup>84</sup> BK-BREHM, Art. 47, N. 11a; ZK-LANDOLT, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 132; OFTINGER,

Manevi tazminatın telafi amacı, katıldığımız karma görüşe göre, bir yönüyle sosyal adaletsizliği gidermekte, diğer yandan da duyulan acının giderilmesini sağlamaktır. Zengin bir zarar görenin duyduğu acının telafisi para ile sağlanamıyorsa, buna ilaveten veya yerine başka manevi tazminat şekilleri ile manevi tazminatı belirleme yetkisi hakime aittir. Hakimin takdir yetkisini kullanırken, sosyal adaleti sağlamada eşitlik ilkesini dikkate alma zorunluluğu söz konudur<sup>85</sup>.

### **b. Zarar Görenin Düşük Bir Ücretle veya Yaşam Gideri Düşük Yabancı Bir Ülkede Yaşamaları**

İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulamasında, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde zarar görenin yaşam ve bakım giderlerinin İsviçre'ye nazaran daha az olmasının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Mahkeme bir kararında manevi tazminatın miktarının İsviçre'ye göre kural olarak belirlenmesi gerektiğini; zarar görenin oturduğu ülkenin İsviçre'ye nazaran yirmi kat satın alma gücünün düşük olduğu bir ülke olması halinde, manevi tazminatın telafi amacı alım gücünün düşüklüğünün gözönüne alması gerektiğini belirtmiştir<sup>86</sup>. Başka bir kararında ise, İsviçre'ye göre yaşam giderlerinin altı kere ucuz ve ücretlerin üç kez ucuz olduğu ülkede oturan zarar görenin, manevi tazminatını %75 oranında düzeltmiştir<sup>87</sup>.

İsviçre Hukuk doktrininde de bu yaklaşım kabul görmemektedir<sup>88</sup>. Bu yaklaşımı biz de kabul etmemekteyiz. Zira örneğin Almanya, Amerika veya Japonya'de oturan biri için bu yaklaşım tam tersine manevi tazminatın arttırılmasını, Kenya veya Türkmenistan'da oturan birisi için indirilmesini gerektirir ki bu hakimin takdir hakkınının sınırlarından olan sosyal eşitlik ilkesine aykırıdır<sup>89</sup>.

## **§ 3. Manevi Tazminatın Özellikleri ve Bunların Manevi Tazminatın Belirlenmesindeki Rolü**

### **A. Kişilik Hakkını Koruyan Kural Olması**

TMK. m. 25/III kişilik hakkına saldırıyı koruyan davalar içinde manevi tazminat istemini düzenlemiştir.

---

**K./STARK, E.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Auflage, Zürich, 1995, s. 431, N. 29; **HÜTTE/DUCKSCH, I/15**; **GURZELER**, s. 169.

<sup>85</sup> **ANTALYA G./TOPUZ M.**, Medeni Hukuk- Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015, s. 320.

<sup>86</sup> BGE 121 III 252, 255. Aynı yaklaşım için bkz. Zürich ZR, 2003 228 N.46.

<sup>87</sup> BGer 30.05.2001 vom 1A.299/2000. Diğer örnekler için bkz. **ZK-LANDOLT**, Art. 47-49, N. 219-220.

<sup>88</sup> **ZK-LANDOLT**, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 218; **HONSELL**, § 10 N. 15; **SCHWENZER**, N. 17.12; **WIEGAND, W.**, ZBJV 1997, s. 118.

<sup>89</sup> **ANTALYA/TOPUZ**, s. 320.

TBK. m. 58 kişilik hakkına saldırı sebebiyle manevi tazminatı genel olarak düzenlemiştir.

## **B. TBK. m. 56 ve TBK. m. 58'de Yer Alan Kuralların Niteliği**

### **1. Özel Kural Olması**

TBK. sistematigi içinde TBK. m. 56, 'IV. Özel Durumlar' '1. Ölüm ve bedensel zararlar' içinde 'd. Manevi zarar' kenar başlığı altında; TBK. m. 58, '3. Kişilik Hakkının Zedelenmesi' kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu yönüyle TBK. m. 49 vd. maddelere göre, TBK. m. 56 ve 58 özel hükümdür.

Manevi tazminata talep hakkını veren TBK. m. 58 ve TBK. m.56 haksız fiil hukukunda kural olarak genel hüküm olarak uygulama alanı bulur. Aynı şekilde borca aykırılıkta, özellikle sözleşmeye aykırılıkta da genel hüküm olarak uygulama alanı bulur.

### **2. Genel Hüküm Olması**

#### **a. Özel Hukuk Alanında**

Fikri ve sınai hakkın ihlalinde de manevi tazminat uygulama alanı bulunmaktadır. Bu hakkı veren özel hükümlere göre TBK. m. 58 genel hükümdür (leges generalis).

556 sayılı Marka KHK m.62/b hükmüne dayanarak marka sahibi veya 551 sayılı Patent KHK m.137/B hükmüne dayanarak patent hakkı sahibi, tecavüz edenin fiili sonucunda işletmesinin ticari imajının ve uyandırdığı güvenin sarsılması nedeniyle ticari ve kişisel öz varlığında uğradığı manevi zararının tazminini isteyebilir.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4110 sayılı Knaunla değişik 70 inci maddesine manevi hakları zedelenen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Bu davada, mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.

#### **b. Kamu Hukuku Alanında**

##### **aa. Genel Olarak**

Manevi tazminatın sadece özel hukukta uygulanması sınırlı bir hüküm değildir<sup>90</sup>. Kamu hukuku alanında, önce devletin sorumluluğunu gerektiren bir sorumluluk olgusu olmalı ve bu sorumluluk olgusundaki devletin fiili zarar görenin kişilik hakkını zedelemelidir.

<sup>90</sup> ZK-LANDOLT, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 72.

İdare hukuku alanında, özellikle devletin sorumluluğunda, devletin kişilik hakkının ihlalinden sorumluluğunda manevi tazminata ilişkin TBK. m. 56 ve 58 kıyasen uygulama alanı bulur.

### **bb. Temel Hak ve Özgürlüklerin İhlalinde**

Türkiye AİHS'e 1954 yılında taraf olmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) bireysel başvuru yolunu ve AİHM'nin zorunlu yargılama yetkisini de kabul etmiştir.

AİHM, AİHS m. 41 hükmüne dayanarak '*Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder*'<sup>91</sup>. Zarar görenin adil tazminatı kapsamında mahkeme, gerekli görürse manevi tazminat talepleri de korunur.

Bireysel başvuru 5982 sayılı Kanun'un 1982 Anayasası'nın 148. ve 149. maddelerinde yaptığı değişiklikler ve geçici 18. maddesi hükümleri ile hukuk sistemimize girmiştir. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un özellikle 45 ile 51. maddeleri bu Anayasa hükümlerini düzenlemiştir<sup>92</sup>.

Bireysel başvurunun amacı, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlali gerçekleşmişse ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak ve kararlarının olumlu etkisiyle hakların ihlal edilmesini önlemektir. Temel hak ve özgürlüklere, yaşama hakkı, işkence ve eziyet yasağı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, hak arama hürriyeti, suç ve cezaların kanuniliği, özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşmeye saygı, düşünce, din ve vicdan hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, toplantı ve örgütlenme hürriyeti, mülkiyet hakkı, serbest seçim hakkı, temel hak ve hürriyetlerin korunması, eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi, eşitlik ve etkili başvuru hakkı bu kapsamda örnek olarak sayılabilecek haklardandır. Bu hakların aynı zamanda kişilik hakkı değeri olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin olarak bir temel hakkın ihlalinin tespiti kararı ile birlikte ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmetmesi eğer yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa başvuru lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir. Tazminat maddi ve/veya manevi tazminat şeklinde olabilir. Ancak tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi

<sup>91</sup> Bu hüküm sözleşme tarafı iç hukukunda mahkemelerin doğrudan uygulayabileceği hüküm değildir.

<sup>92</sup> 12/7/2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü de bireysel başvurunun işleyişi konusunda oldukça ayrıntılı hükümler içermektedir.

gerektirmesi halinde, bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu da gösterebilir.

İşte Anayasa Mahkemesi, temel hak kişilik hakkı niteliğinde ise manevi tazminata hükmederken, genel hüküm olan TBK. m. 56 ve 58 hükmüne göre manevi tazminatın unsurlarının mevcut olup olmadığını karar verecek ve mevcut ise manevi tazminat miktarını belirleyecektir.

### 3. TBK. m. 56'nın, m. 58'e Nazaran Özel Kural Olması

Kendi içinde de ölüm ve beden bütünlüğünün zedelenmesinden doğan manevi tazminatı düzenleyen TBK. m. 56, tüm kişilik değerlerinin ihlalden doğan manevi tazminatı düzenleyen TBK. m. 58'e nazaran daha özel bir kuraldır (leges specialis)<sup>93</sup>.

### 4. TBK m. 56 ve m. 58'in Yarışan Haklar Olarak (Kümülatif) Uygulanabilmesi

Farklı iki hukuki sebebe ilişkin hukuki olguların olayda gerçekleşmesi durumunda, yani hem TBK. m. 56, hem de TBK. m. 58 hükümlerinin olguları olayda ayrı ayrı gerçekleştiğinde ayrı ayrı manevi tazminata hükmedilir<sup>94</sup>. Ancak birine verilen manevi tazminat miktarının, diğer manevi tazminat miktarının belirlenmesinde azaltıcı etkisi olur. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, davalının haklılığını tespit ettikten sonra, kişilik hakkının ihlali sebebiyle 10.000 Fr ve psikolojik bozukluk sebebiyle 20.000 Fr'a hükmetmiştir<sup>95</sup>.

### C. Kişiyeye Sıkı Surette Bağlı Hak Niteliğinden Zarar Görenin Hakkı Talep Etmesiyle Alacak Hakkına Dönüşmesi

Manevi tazminat talebinin mirasçıya geçmesi konusunda, doktrinde manevi tazminatın amaç ve unsuruna ilişkin farklı yaklaşımlara bağlı farklı görüşler ileri sürülmüştür. Manevi tazminata tatmin veya denkleştirme fonksiyonunu atfeden subjektif görüş, manevi tazminatı kişiyeye sıkı surette bağlı hak olarak görürken<sup>96</sup>; diğer bir görüş manevi tazminat talebini alacak hakkı olarak görmektedir<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> BK-BREHM, Art. 47, N. 5; ZK-LANDOLT, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 54; KELLER M./GABI, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt, 1998, s. 124; ERLÜLE, s. 110.

<sup>94</sup> ZK-LANDOLT, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 55.

<sup>95</sup> BGer 05.03.2002 vom 1C1/1998 E.3/g/bb

<sup>96</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 689

<sup>97</sup> EREN, s. 788; KIRCA, s. 262; SEROZAN, R., "Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s. 560. ERLÜLE, s.446. Alman Hukukunda 01.07.1990 değişikliği ile manevi tazminat bir alacak hakkı olarak, diğer malvarlığı hakları gibi hiçbir sınırlama olmaksızın mirasçıya geçebilmekte ve devredilebilmektedir. Olması gerek hukuk yönünden bu görüşte ANTALYA, BH GH, C.II, s. 155 vd.

TMK. m. 25/IV hükmü<sup>98</sup>, ‘manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmedikçe kural olarak temlik edilemez ve miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçıya intikal etmez özelliğe sahiptir’ demek suretiyle karma görüşü benimsemiştir<sup>99</sup>. Bu tarz yaklaşım manevi tazminatın subjektif ve objektif unsurlarını birlikte arayan karma görüşümüze uygundur. Yargıtayın uygulaması da bu yöndedir<sup>100</sup>.

İsviçre Hukuku’nda hakim görüş, manevi tazminat talebinin kişiye sıkı surette bağlı hak olmaması sebebiyle, talebin devredilebilir ve mirasçılara geçebilir yönünde olmasına karşın<sup>101</sup>, İsviçre Federal Mahkemesi önceleri<sup>102</sup> talebin devredilebilir ve mirasçıya geçebileceğini kabul ederken, yeni bir kararında<sup>103</sup> talebin mirasçıya geçişi konusunda, hak sahibinin manevi tazminat talebini sağlığında ileri sürmesi gerektiğini kabul etmiştir.

#### D. İstisna ve İkincil Nitelikte Olmaması

OR. Art. 49 kişilik hakkı ihlali ‘başka türlü giderilemiyorsa’ (keine andersartige Widergutmachung ) manevi tazminat talep edilebileceğini düzenlemiştir. OR. Art. 49 genel olarak manevi tazminatın hukuki olguları arasında sayılan manevi zararın başka bir şekilde giderilmemesinden hareketle manevi tazminatın ikincil veya istisna nitelikte olduğunu ileri sürmüştür<sup>104</sup>.

Türk Hukuku yönünden TBK. m. 58 hükmü böyle bir hukuki olguyu aramadığından, manevi tazminatın ikincil, bağlı veya yardımcı nitelikte olduğu savunulamaz. Bu yaklaşım manevi tazminat talebinin bağımsızlığı yaklaşımı ile de bağdaşmaz. Kaldı ki normun koruma amacı manevi tazminattaki keyfi artışı sınırlayabilecek niteliktedir.

Manevi tazminatı denkleştirme programının tüm yolları tüketildikten sonra, maddi tazminatın yetersiz kaldığı sosyal sorumluluk hallerinde işletilen yedek bir yaptırım olmalıdır görüşüne<sup>105</sup> aynı gerekçelerle katılmamaktayız.

<sup>98</sup> Hükmün tarihsel gelişimi için bkz **ERLÜLE**, s. 439 vd.

<sup>99</sup> **TANDOĞAN**, s. 334.

<sup>100</sup> Y.4 HD, 02.06.1994 T. 1898/5093 (YKD, c.20, s.427).

<sup>101</sup> **MÜLLER, C.**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2012, Art. 47, N. 5.

<sup>102</sup> BGE 88 II 455 E 5.

<sup>103</sup> BGE 118 II 404 E 3a; **REY**, N. 446; **ZK-LANDOLT**, Vorbem. zu Art. 47/49, N. 289; **BasK/HEIERLI/SCHNYDER**, Art. 47, N. 7. Aksi fikir nispi nitelikte alacak hakkı görüşü: **GURZELER**, s. 182; **BK-BREHM**, Art. 47, N. 123 ff.

<sup>104</sup> **BK-BREHM**, Art. 49, N. 7.

<sup>105</sup> **TERCIER**, ZSR 1990 II s.111; **SEROZAN**, Immateriellen Schadenersatz, s. 65. Manevi tazminatı tamamlayıcı sosyal denkleştirme görüşü **SEROZAN**, Manevi Tazminat, s. 84; **ERLÜLE**, s. 88; **ATLAN**, s.77.

Manevi zararın başka türde giderilmesine örnek olarak, cevap veya düzeltmenin yayınlanması, buna ilişkin kararın yayınlanması, affetme, zarar verenin bizzat kendisinin acı çekmesi, istisnaen ceza hükmü verilmiştir<sup>106</sup>. Ancak savunduğumuz üzere, manevi tazminatın başka türlü giderilmemiş olması, manevi tazminatın unsuru olarak değil, manevi zararın tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır<sup>107</sup>.

## KISALTMALAR

<b>AİHM</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>Art.</b>	Artikel
<b>AT</b>	Algemeiner Teil
<b>AÜHFĐ.</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>BGE</b>	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
<b>BGHZ</b>	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
<b>BK.</b>	818 sayılı Borçlar Kanunu
<b>bkz.</b>	bakınız
<b>C.</b>	Cilt
<b>CHK</b>	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
<b>CMK.</b>	5721 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>D.</b>	Dergisi
<b>dn.</b>	dipnot
<b>E.</b>	Emsal
<b>EHG</b>	Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahn und Dampfschiffahrt Unternehmungen und der Schweizerischen Post vom 28. März 1905
<b>ETHKHK</b>	Endüstriyel Tasarımlar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
<b>Fr.</b>	Frank
<b>FSEK.</b>	5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
<b>GSchG</b>	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24 januar 1991 (Suların Korunması Hakkında Kanun)
<b>HD.</b>	Hukuk Dairesi
<b>HKHK.</b>	Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
<b>K.</b>	Karar
<b>KHK</b>	Kanun Hükmünde Kararname
<b>KİB</b>	Kazancı İçtihat Bankası
<b>LFG</b>	Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21 Dezember 1948 (Havacılık Hakkında Federal Kanun)
<b>m.</b>	madde
<b>MHAD</b>	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>N.</b>	Note

<sup>106</sup> GURZELER, s. 176.

<sup>107</sup> ANTALYA, BH GH, C.II, s. 149 vd.



<b>OGH</b>	Oberster Gerichtshof (Österreich)
<b>OLG</b>	Oberlandesgericht
<b>OR.</b>	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (İsviçre Borçlar Kanunu)
<b>Pra.</b>	Preußisches Archiv
<b>RLG</b>	Bundesgesetz
<b>S.</b>	Sayı
<b>s.</b>	Sayfa/Seite
<b>SPR</b>	Schweizerisches Privatrecht
<b>SR</b>	Schuldrecht
<b>SVG</b>	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (Karoyolları Trafik Kanunu)
<b>SZ</b>	Süddeutsche Zeitung
<b>T.</b>	Tarih
<b>TBK.</b>	Türk Borçlar Kanunu
<b>TL</b>	Türk Lirası
<b>TMK.</b>	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>TTK.</b>	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	ve davamı
<b>Y.</b>	Yargıtay
<b>Yarg.</b>	Yargıtay
<b>YD</b>	Yargıtay Dergisi
<b>YKD.</b>	Yargıtay Kararları Dergisi
<b>ZBJV</b>	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
<b>ZGB</b>	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (İsviçre Medeni Kanunu)
<b>ZR</b>	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
<b>ZSR</b>	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
<b>ZVR</b>	Zeitschrift für Verkehrsrecht

#### **KAYNAKÇA**

- ABDULRAHMAN-NAJI**, Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse, Diss. Genf, 1970
- AKÜNAL, T.**, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul, 1977
- ANTALYA G./TOPUZ M.**, Medeni Hukuk- Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2015
- ANTALYA, G.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul, 2015
- ARIDEMİR, A.G.**, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul, 2008
- ARPACI, A.**, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2000
- ATLAN KAZAN, H.**, Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul, 2015

- BREHM, R.**, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Auflage, Bern, 2013
- DRUEY, J. N.**, Die Forderung auf eine Geldzahlung zum Ausgleich für immaterielle Nachteile im Vergleich mit der Forderung auf Ersatz des Vermögensschadens nach schweizerischem Recht, Basel, 1966
- DURAL M./ÖĞÜZ T.**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015
- EREN, F.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015
- EREN, F.**, Persöhnlichkeitsschutz und Immaterieller Schaden, Türkisch-Schweizerische Juristentag 1989, Zürich 1990
- ERLÜLE, F.**, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Bası, Ankara, 2015
- ERTAŞ, Ş.**, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti”, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul, 1990
- FRANKO, N. Y.**, “Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sistemi Hakkında Bir Tetkik”, DÜHFD, S. 2, 1984
- FRANKO, N. Y.**, Şeref ve Haysiyetten Doğan Manevi Zararın Tazmini (Doktora Tezi), Ankara, 1973
- GUHL, TH./KOLLER, A.**, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000
- GURZELER, B.**, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung, Zürich, 2005
- GÜRSOY, K. T.**, “Manevi Zarar ve Tazmini”, AÜHFD, 1973, Cumhuriyetin 50. Yılına Armağan, C. XXX, S. 1-4
- HATEMİ, H.**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. 2, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1994
- HELVACI, S.**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001
- HONSELL, H.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich, 2005
- HÜTTE, K.**, Art. 47 - Genugtuung? Versuch einer Anleitung zur Harmonisierung von Genugtuungsentschädigungen, SJZ 1974
- HÜTTE, K./DUCKSCH, P.**, Die Genugtuung bei Tötung und Körperverletzung (OR 47), 3. Auflage, Zürich, 1996
- KELLER M./GABI**, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Basel/Frankfurt, 1998
- KELLER, A.**, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. Auflage, Bern, 1998
- KILIÇOĞLU A. M.**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993
- KIRCA, Ç.**, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, YD, S. 3, Ankara, 1999
- KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, N.**, “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasında İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49)”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22/Ekim/1977, İstanbul, 1980
- KOLLER, J.**, Genugtuung aus Vertragsverletzung, Zürich, 2003

- LANDOLT, H.**, Zürcher Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR, 3. Auflage, Zürich, 2007
- LARENZ, K.**, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987
- LORENZ, E.**, Immaterieller Schaden und «billige Entschädigung in Geld». Eine Untersuchung auf der Grundlage des Paragraphen 847 BGB, Berlin, 1981
- MEDICUS, D.**, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 11. Auflage, München, 2003
- MERZ, H.**, Schweizerisches Privatrecht, VI/1, Basel, 1984
- MÜLLER, C.**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2012
- NOMER, H., N.**, Haluk, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996
- OFTINGER, K.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage, Zürich, 1975
- OFTINGER, K./STARK, E.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Auflage, Zürich, 1995
- OĞUZMAN, M. K./ÖZ, T.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2015
- ÖĞÜZ, T.**, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007
- REY, H.**, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich, 2008
- ROBERTO, V.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, 2002
- SAYMEN, F. H.**, Manevi Zararı ve Tazmini Sureti, İstanbul, 1940
- SCHAFFHAUSER, R./ZELLWEGER, J.**, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bern, 1988
- SCHNYDER, A.**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5. Auflage, Basel, 2011
- SCHWENZER, I.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern, 2006
- SEROZAN, R.**, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, MHAD, C. 11, S. 14, 1977
- SEROZAN, R.**, “Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği”, Prof. Dr. Özer Seliç’ye Armağan, Ankara, 2006
- SEROZAN, R.**, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990 (Manevi Tazminat)
- SEROZAN, R.**, Eine differenzierte Beurteilung des Anspruchs auf immateriellen Schadenersatz, Türkisch-schweizerische Juristentage 1989, Zürich, 1990 (Immateriellen Schadenersatz)
- STARK, E.**, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Auflage, Zürich, 1988
- TANDOĞAN, H.**, Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul, 2010

**TEKİNAY, S.S./AKMAN S./BURCUOĞLU H./ALTOP A.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993

**TERCIER, P.,** Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Fribourg, 1971

**ÜNAL, M.,** "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD, C. 35, S. 1-4

**WINTER, U.,** Genugtuung und Vorteilsausgleich, in: SJZ 1971

# NAFAKADAN FERAGAT

## (Waive From Maintenance Payment)

Ar. Gör. Eray Aksın ATAR \*

### ÖZET

Nafaka, karı veya kocanın ayrılık veya boşanmadan sonra veya bu davalar sırasında, eşi ve çocukları için maddi anlamda katkı sağlaması anlamına gelir. Nafaka karı veya koca için olabileceği gibi, çocuklar için de söz konusu olabilir. Bu makalede, Türk Medeni Kanunu'nda nafaka türleri, Medeni Usul Hukukunda feragat kavramı ve son olarak nafaka talebinden feragat talebi incelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Feragat, Nafaka Türleri, Nafaka Talebinden Feragat, Tedbir Nafakası, Yoksulluk Nafakası

### *Abstract*

Alimony is meaning that a husband's or wife's provision about financial support for a spouse or their children after separation or divorce or process of these lawsuit. Alimony is a matter for not only husband or wife but also children. In this article, we focus on types of alimony in Turkish Civil Code, the concept of waiver in Civil Procedural Law, and finally, waiver a claim for alimony.

**Keywords:** Waiver, Types of Alimony, Waiver of Claim of Alimony, Temporary Alimony, Supplementary Welfare Allowance

## GİRİŞ

Feragatin kelime anlamı, hakkından kendi isteğiyle vazgeçmedir<sup>1</sup>. Hal böyle olunca, feragat eden kişinin öncelikle bir hakkı bulunmalı ve kişi bu hakkından kendi arzusuyla vazgeçmelidir. Feragat maddi hukuk anlamında olabileceği gibi usul hukuku açısından da söz konusu olabilir. Bazı durumlarda ise, hem usul hukuku hem de maddi hukuk açısından feragat aynı anda gerçekleşebilir. Bu çalışmada nafaka

---

\* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

alacağından feragatin söz konusu olup olamayacağı, bu alaktan feragatin maddi ve usul hukuku açısından sonuçları inceleme konusu yapılacaktır<sup>1</sup>.

Feragat kavramı usul hukuku yönünden önemli olduğu kadar, maddi hukuk bakımından da önem arz etmektedir. Nafakadan feragatin geçerli bir şekilde hüküm ifade etmesi için, maddi ve usul hukukunda aranan şartlar ile bu şartların nafakadan feragat açısından incelenmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda tek tip bir nafaka sistemi belirlenmemiş olup, nafaka türleri tek bir madde altında da toplanmamıştır. Kanunun sistematiğine bakacak olursak, nafaka türleri gibi bir ayırımı açık başlıklar altında yer almadığını, nafaka yükümlüsü, nafaka talep etme hakkı bulunan kişi, nafakanın verilme koşulları gibi hükümlerin yer aldığını görmekteyiz. Nafakadan feragat kavramı, kanunda kendisine yer bulmuş her bir nafaka türü için aynı anlamı ifade etmemektedir. Doktrinde, nafakalar bakım ve yardım nafakaları olarak bir ayırımı tabi tutulmuş olup, bu çalışma kapsamında özellikle çocuk için öngörülen nafakalarda velayet hakkı sahibinin nafakadan feragat hakkı ve bunun yanı sıra genel olarak bakım nafakalarından feragat incelenecektir.

## I. Feragat Kavramı ve Hukuki Niteliği

Davadan feragat iki taraftan birinin, talep sonucundan (netice-i talebinden) vazgeçmesidir<sup>2</sup>. Dava açmak bir hak olduğu gibi açılmış bulunan bir davadan feragat etmek de bir haktır. Kural olarak davacı her davadan hiçbir kayda tabi olmaksızın feragat edebilir. Hiç kimse kendi lehine de olsa bir davayı açmaya ve açmış olduğu bir davayı da sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz<sup>3</sup>. Ancak Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemeyeceklerinden, bu gibi davalarda davacının feragat etmesi de sonuç doğurmayacaktır<sup>4</sup>.

Davadan feragat, davacının mahkemeye karşı yapacağı tek taraflı bir irade beyanı ile gerçekleşir<sup>5</sup>. Feragatin geçerliliği için, bunun davalı ve mahkeme tarafından kabul edilmesine de gerek yoktur<sup>6</sup>. Çünkü davacı, davadan feragat etmekle, yalnız davasını geri almakla kalmaz, ayrıca dava konusu yapmış olduğu haktan da vazgeçer. Davadan feragat etmekle dava konusu haktan feragat edilmiş olacağı için artık aynı

<sup>1</sup> <http://www.tdk.gov.tr>

<sup>2</sup> Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt IV, 6. Basım, İstanbul, 2001, s. 3544, Kılıçoğlu Mustafa, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi**, İstanbul, 2012, s. 1223., Muşul Timuçin, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 2012, s. 436.

<sup>3</sup> Yılmaz Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2013, s. 1326, Karlı Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2011, s. 345, Kuru, s. 3545.

<sup>4</sup> Muşul, s. 345, Kılıç Halil, **Açıklamalı – İhtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, Cilt – II, Ankara, 2011, s.2542, Karlı, s. 345. Yılmaz, s. 1324, Kuru, s. 3545.

<sup>5</sup> Muşul, s. 437.

<sup>6</sup> Kuru, s. 3546.

netice-i talep, aynı davalıya karşı, aynı dava sebebine dayanılarak ikinci bir dava konusu yapılamaz<sup>7</sup>.

Feragat işleminin yapılabilmesi için feragat sözcüğünün kullanılması zorunlu değildir. Zira davacının açık bir şekilde feragat ettiği manasına gelecek ifadeler bulunması yeterlidir<sup>8</sup>. Davacının beyanından onun gerçek amacının davadan feragat etmek olup olmadığı anlaşılamiyorsa, mahkemenin davacıya gerçek amacının ne olduğunu açıklaması ve davacının talebini ondan sonra işleme koyması gerekir<sup>9</sup>.

Davadan feragat, yazılı şekilde gerçekleştirilebileceği gibi sözlü şekilde de gerçekleştirilebilir. Davacı dava sırasında sözlü olarak davasından feragat edebilir. Aynı şekilde duruşma sırasında veya duruşma dışında mahkemeye vereceği bir dilekçe ile de davasından feragat edebilecektir<sup>10</sup>.

Davadan feragat edebilecek kişi davanın tarafı olan davacıdır<sup>11</sup>. Davacının velisi davadan feragat edebilir, bunun için sulh mahkemesinden izin almasına gerek yoktur<sup>12</sup>. Davacının vasisinin davadan feragat edebilmesi için ise sulh mahkemesinden ayrı bir dava ile feragat izni almış olması gerekir<sup>13</sup>.

Davadan feragat, tek taraflı irade beyanıyla yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olduğu için feragatten geri dönülmesi mümkün değildir<sup>14</sup>.

Diğer maddi hukuk işlemlerinde olduğu gibi, irade sakatlıkları halinde feragatin iptali istenebilir<sup>15</sup>. Davacının davadan feragat ettiğine dair beyanı yanlış, aldatma veya korkutma sebeplerinden biri ile sakatlanmış ise feragat eden davacı borçlar hukuku çerçevesinde iradeyi sakatlayan sebebi ispat etmek şartıyla feragatin iptali için dava açabileceği gibi, iptal talebini ayrı bir dava açmayarak görülmekte olan davada da ileri sürebilir<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> Kuru'nun ifade ettiği gibi: "Davasından feragat eden davacı, bununla, dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde istemiş olduğu haktan vazgeçmektedir. Eğer dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde istenmiş olan hak gerçekten mevcut idi ise, bu hak, davacının davasından feragat etmesiyle düşer. Buna karşılık, dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde istenmiş olan hak gerçekten mevcut değil idi ise, davacı, davasından feragat etmekle bu hakkın mevcut olmadığını bildirmiş sayılır. Her iki halde de, davadan feragat ile düşen veya mevcut olmadığını bildirilen hak, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanarak yeni bir dava konusu yapılamaz", Kuru, s. 3546.

<sup>8</sup> Umar Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2011, s. 859.

<sup>9</sup> Kuru, s. 3593.

<sup>10</sup> Muşul, s. 438.

<sup>11</sup> Karslı, s. 346.

<sup>12</sup> Kuru, s. 3554, Kılıç, 2457.

<sup>13</sup> Kuru, s. 3554, Kılıç, 2457.

<sup>14</sup> Karslı, s. 348.

<sup>15</sup> Kuru, s. 3647, Karslı, s. 348.

<sup>16</sup> Kuru, s. 3647, Karslı, s. 348.

## II. Türk Medeni Hukukunda Nafaka Türleri ve Nafakadan Feragat

Nafaka kavramı karşılığını salt bir şekilde hukuktan almadığı, toplumun ahlaki ve sosyal yapısının da önemli katkısının olduğu, bu nedenledir ki kurallarının toplumlara göre bazı farklılıklar arz ettiği hukuki ve sosyal bir kavramdır. TMK' da düzenlenmiş olan nafaka yükümlülükleri incelendiği takdirde, Türk toplumunun sosyal yapısını, aile içi ilişkilerini ve geçmişten gelen dayanışma kültürünü görebiliriz.

Kanunda soyut olarak düzenlenmiş olan nafaka türleri, nafaka ödemesine karar verilen kişi üzerinde doğan bir yükümlülük şeklinde somutlaşır<sup>17</sup>. TMK m. 322' de; ana, baba ve çocuk birbirlerine karşı aile yararının gerektirdiği özveriyi, sevgiyi ve saygıyı göstermek, karşılıklı yardımda ve dayanışmada bulunmak ve aile onurunu gözetmek zorunda oldukları düzenlenmiş ve gerektiği takdirde hakime bu konuda hakkaniyet ölçüsünde geniş bir yetki tanınmıştır<sup>18</sup>.

Öğretide nafaka türlerinin iki ana başlık altında toplanmaya çalışıldığı görülmektedir<sup>19</sup>. Bakım ve yardım nafakaları şeklindeki ayırımın temelini nafaka borcunun kapsamı ve nafaka borcunun yükümlüsü teşkil eder<sup>20</sup>.

Bakım nafakaları, evlilik birliği içinde eşlere yükletilmiştir ve eşle çocukların zorunlu ihtiyaçlarının karşılanmasını amaçlamaktadır<sup>21</sup>. Bu nedenle; bakım nafakaları, evlilik ilişkisine dayalı olarak eşler arasında veya soybağına dayalı olarak ana baba ile çocuk arasında söz konusu olabilir<sup>22</sup>. Eş için öngörülmüş olan bakım nafakaları, tedbir ve yoksulluk nafakası iken çocuk için öngörülmüş olan bakım nafakaları, tedbir nafakası ile iştirak nafakasıdır.

Yardım nafakası ise belirli kan hısımlarını, yardım edilmediği takdirde zor duruma düşecekleri için, bu kimseler arasında karşılıklı bir dayanışma yükümlülüğü altına sokmaktadır<sup>23</sup>.

### A. Tedbir Nafakasından Feragat

TMK m. 169 da “ Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’ sen alır

<sup>17</sup> Sonat Kazım Ali, “**Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü**”, MÜHF – HAD, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013, s. 239.

<sup>18</sup> Serozan Rona, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 242.

<sup>19</sup> Feyzioğlu Necmeddin Feyzi, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1986, s. 572, Tekinay Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, 1990, s. 586.

<sup>20</sup> Tekinay, s. 589.

<sup>21</sup> Feyzioğlu, s. 572.

<sup>22</sup> Sonat, s. 239.

<sup>23</sup> Feyzioğlu, s. 574.



” hükmü ile boşanma veya ayrılık davası açıldığında eşlerden birinin geçimini sağlamada güçlük çektiği durumda, diğerinin onun geçimine katkıda bulunacağı düzenlenmiştir.

Tedbir nafakası, eşlerden birinin yoksulluk çekeceği endişesini gidermek amacıyla ortaya çıkmış bir nafaka türü değildir. Tedbir nafakasının arka planında evliliğin devam ettiği boşanma ve ayrılık süreçlerinde eşlerin TMK 185 ve TMK 186’daki yükümlülüklerinin yerine getirilmesini güvence altına alma düşüncesi yer almaktadır.

Tedbir nafakası yükümlülüğü, eşler açısından boşanma veya ayrılık davasının açıldığı tarihten itibaren başlayarak boşanma hükmünün kesinleştiği tarihe kadar devam eder<sup>24</sup>. Çocuk için öngörülen tedbir nafakası ise, boşanma hükmü kesinleştikten sonra çocuk ergin oluncaya kadar iştirak nafakası adı altında devam eder.

Tedbir nafakasından feragat, öncelikle eşler açısından, daha sonra da çocuk açısından hükmedilecek tedbir nafakası bakımından incelenecektir.

Eşler arasında istenebilecek tedbir nafakası, ancak boşanma veya ayrılık davası sırasında ve boşanma hükmü kesinleşinceye kadar istenebilir.

Tedbir nafakasından, boşanma veya ayrılık davası sırasında feragat edilmesi mümkündür ve tedbir nafakası almakta olan taraf, tedbir nafakasından feragat etmişse feragat tarihinden itibaren nafaka yükümlüsünün tedbir nafakası sorumluluğu kendiliğinden ortadan kalkar<sup>25</sup>.

Kural olarak, feragat neticesinde feragata konu teşkil eden haktan da feragat edildiğinden feragat edilen hak yeniden dava konusu yapılamaz<sup>26</sup>. Ancak tedbir nafakası isteminden feragat eden taraf daha sonra tedbir nafakasına ihtiyacı bulunduğu bahisle geçici tedbir nafakası takdir edilmesini istemişse, yeni istek tarihinden itibaren tedbir nafakasına hükmedilir. Yargıtay eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı olan bakım, barınma, koruma, gözetme yükümlülükleri sürekli yinelenen yükümlülüklerden olduğu için feragat edildikten sonra tedbir nafakasına daha sonradan hükmedilebileceğini ve nafakanın dava tarihinden itibaren değil, istek tarihinden itibaren verilmesi görüşündedir<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Ceylan Ebru, **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2006, s. 36.

<sup>25</sup> Y. 2. H.D, 21.09.2004, 9413 – 10364, “ ... Davacı 15.03.2004 tarihli oturumda tüm nafaka talebinden vazgeçtiğini bildirmiştir. Bu durumda, dava tarihinden itibaren hükmolunan tedbir nafakasının, vazgeçme tarihine kadar devamına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. ”, Gençcan Ömer Uğur, **6100 Sayılı HMK hükümlerine Göre, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Bilimsel Açıklama ve Son İçtihatlar**, 2013, Ankara, s. 876.

<sup>26</sup> Karslı, s. 345.

<sup>27</sup> Y. 2. H.D, 05.07.2006, 4734 – 10765, “... Eşlerin birbirlerine ve çocuklarına karşı olan bakım, barınma, koruma, gözetme yükümlülükleri sürekli yinelenen yükümlülükler olup; eşler yönünden evlilik sona erinceye kadar çocuklar yönünden ise kural olarak ergin olmakla sona erer. Davacının

Geçici tedbir nafakasından, boşanma veya ayrılık kararından sonra, temyiz aşamasında da feragat edilebilir<sup>28</sup>.

Geçici tedbir nafakasından, karar düzeltme aşamasında da feragat edilmesi mümkündür<sup>29</sup>.

Çocuk açısından hükmedilecek tedbir nafakası, boşanma veya ayrılık davası sırasında çocuğun her türlü bakımı için öngörülmüş bir nafakadır. Eşlerden birinin boşanma veya ayrılık davasından önce tedbir nafakasından feragat etmesi, doğmamış haktan feragat olmaz ilkesi gereğince hüküm doğurmayacaktır. Boşanma veya ayrılık davası sırasında ise, çocuk açısından hükmedilecek tedbir nafakasından feragati gerçekleştirebilecek kişi çocuğun velisidir ve sulh hakiminden feragati gerçekleştirmek için izin almasına gerek yoktur.

Ancak, TMK m.327, ana ve babaya çocuğun bakım ve eğitimi için gereken giderleri karşılamaları yükümlülüğünü getirmiştir. Serozan' a göre, "Ana babanın bakım (çocuk) nafakası yükümlününün, onların velayet görevinden bağımsız olduğu, özellikle TMK m.350/I kuralından anlaşılır. Gerçekten de bu kurala göre, ana baba, velayet ellerinden alınsa bile, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılamak zorundadır." Çocuğun velayeti geçici olarak kendisine verilmiş olan eş, gerçekten de çocuk için hükmedilecek veya hükmedilmiş olan nafakadan vazgeçebilecek midir? Kanun koyucu tarafından, eşlere getirilen, bu bakım yükümlülüğü çocukların korunmasına yönelik olarak kamu düzenine ilişkindir<sup>30</sup> ve eşlerden birinin feragati ile bu bakım nafakasından vazgeçilemez. Kendisini koruma, sahip olduğu hakları kullanma bakımından yetersiz olan çocuğun konu olduğu her ihtilafta, onun esenliği, menfaati, yararı kanun koyucu ve hakim tarafından dikkate alınmalıdır<sup>31</sup>. TMK m. 350/I hükmü, eş-

13.10.2005 tarihli oturum beyanı, geriye doğru etkili olup, ileriye dönük sonuç doğurmaz. Bu sebeple davacı eş ve çocuklar yönünden istek tarihi olan 15.12.2005 tarihinden itibaren tedbir nafakasına karar verilmesi gerekirken, dava tarihinden geçerli olmak üzere tedbir nafakası verilmesi usul ve yasaya aykırıdır", Gençcan, s. 865.

<sup>28</sup> Y. 2. H.D., 06.05.2004, 4897-5914, "... Davacı 08.03.2007 tarihli dilekçesinde kendisine takdir edilen tedbir ve yoksulluk nafakasından feragat ettiğinden hükmün tedbir ve yoksulluk nafakası yönünden bozulması gerekmektedir", Gençcan, s. 896.

<sup>29</sup> Y. 2. H.D., 10.09.2012, E, 2012/17556, K. 2012/20544, "... karar düzeltme talebinin incelenmesi gerekmiştir. Davacı Birsen Baba 4.9.2012 tarihli dilekçesiyle velayet talebi, maddi – manevi tazminat, tedbir, yoksulluk ve iştirak nafakalarından feragat ettiğini bildirdiğinden bu husus gözetilerek davalının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 6.4.2012 tarihli ilamının kaldırılmasına ve feragat konusunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmektedir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan sebeple davalının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 6.4.2012 tarih 2011/3014 esas 2012/8574 karar sayılı ilamının kaldırılmasına, hükmün velayet, tazminatlar, nafakalar yönünden BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalının karar düzeltmeye ilişkin itirazlarının incelenmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verilmiştir", Gençcan, s. 896.

<sup>30</sup> Gençcan, s. 919.

<sup>31</sup> Elçin-Grassinger Gülçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşününün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt: 1, İstanbul, 2010, s. 824, Akkurt, Sinan Sami,

lere getirilen bir yükümlülük olduğu kadar, çocuğunun velayeti kendisinden alınmış eş için, çocuğunun bakım ve eğitimi karşılama hakkının devam ettiğini gösterir. Dolayısıyla, çocuğun velayetine sahip olan tarafın, çocuğun menfaatine aykırı olacak şekilde tedbir nafakasından feragati hüküm ifade etmeyecektir.

### B. Yoksulluk Nafakasından Feragat

TMK m.175/I, “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir” hükmü ile eşlerden birinin diğerinden yoksulluk nafakası istemesi imkanını düzenlemiştir. Kanun koyucu, yoksulluk nafakası ile eşler arasında evliliğin sona ermesinden sonra da mali dayanışmanın devam etmesini istemiştir<sup>32</sup>. Yoksulluk nafakası sadece boşanma halinde ve bu yüzden yoksulluğa düşecek olan eş için kabul edilmiştir<sup>33</sup>.

Hakimin, yoksulluk nafakasına karar verebilmesi için, yoksulluğa düşen eşin talepte bulunması gerekir<sup>34</sup>. Talep olmazsa, hakim re’sen yoksulluk nafakasına karar veremez<sup>35</sup>. Yoksulluk nafakasını isteme hakkı, eşlerden her birine tanınmıştır, diğer bir deyişle, hem davacı hem de davalı aynı şartlar altında yoksulluk nafakası talep edebilecektir. Yoksulluk nafakası talebi, isteğe bağlı bir talep olduğu için, boşanma ve ayrılık davasında talep sonucunun değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına tabidir. Yoksulluk nafakasına ilişkin bir dava sırasında, eş tarafından, yoksulluk nafakası ancak dava ya da cevap dilekçesi ile istenilebilir, daha sonra istenmesi yasak kapsamında olacaktır.

Kusursuz olan eş dahi, yoksulluk nafakası ödemekle yükümlü tutulabileceğinden, yoksulluk nafakasının amacının bir ceza veya tazminat olmadığı açıktır<sup>36</sup>. Ne var ki, talepte bulunanın boşanmada daha kusurlu olması, yoksulluğa düşmüş olsa bile, lehine nafakaya karar verilmesine engeldir<sup>37</sup>.

“Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt: 1, İstanbul, 2010, s. 112.

<sup>32</sup> Öztan Bilge, **Aile Hukuku**, Ankara, 2015, s. 832, Kocabaş Gediz, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, MÜHF-HAD, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013, s. 360.

<sup>33</sup> Kılıçoğlu Ahmet, **Aile Hukuku**, Ankara, 2015, s. 169.

<sup>34</sup> Yıldırım Abdülkerim, **Türk Aile Hukuku**, Ankara, 2014, s. 90, Öztan, s. 836, Kılıçoğlu, s. 170.

<sup>35</sup> Y. 2. H.D, 12.11.2012, E. 2012/9105, K. 2012/26786, “Davacı kadının yoksulluk nafakası talebi bulunmadığı gibi; talep ettiği tedbir nafakasının boşanmadan sonra devam etmesi yönünde veya yoksulluk nafakası talebi anlamına gelebilecek başka bir beyanı mevcut değildir. Durum böyleyken; talep olmadan davacı yararına yoksulluk nafakası takdiri usul ve yasaya aykırı olmuş; bozmayı gerektirmiştir”, Gençcan, s. 1142.

<sup>36</sup> Velidedeolu, Hıfız Veldet, **Türk Medeni Hukuku, Cilt- II**, İstanbul, 1965, s. 262, Ceylan, s. 104, Öztan, s. 833

<sup>37</sup> Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Gümüş Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, 2015, s. 149, Kılıçoğlu, s. 171.

Yoksulluk nafakası boşanma davasında istenmişse, boşanma kararının bir ferisi olarak kararda yer alır. Ayrı olarak istenmişse, açılacak bir davada karar verilir<sup>38</sup>.

Boşanma davası söz konusu olmadan önce, yoksulluk nafakasından feragat edileceğine dair sözlü veya yazılı bir beyan hüküm ifade etmeyecektir<sup>39</sup>. Zira doğmamış haktan feragat kural olarak mümkün değildir.

Boşanma davası devam ederken veya dava sona erdikten sonra, yoksulluk nafakasından feragat mümkündür. Yoksulluk nafakasının amacı, evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle yoksulluğa düşen eşin zorunlu ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Hakim yoksulluk nafakasına re'sen hükmedemez. Ancak taraflardan birinin talebi halinde nafakaya hükmedebilecektir. Boşanma davası devam ettiği sırada yoksulluk nafakasından feragat etmek isteyen eş, koşul içermeyen feragati açık ve kesin olarak sözlü veya yazılı şekilde gerçekleştirebilir. Yoksulluk nafakası alacağı, aile hukukundan kaynaklı kişiye bağlı haklardandır<sup>40</sup>. Davanın tarafı, vekili aracılığıyla da yoksulluk nafakasından feragat edebilir, ancak bunun için davacı vekilinin, vekaletnamesinde açık bir feragat yetkisinin bulunması gerekir<sup>41</sup>.

Boşanma davası sırasında ise taraflar boşanmanın mali koşulları konusunda hakim huzurunda anlaşmış ve bu anlaşmada yoksulluk nafakası ödenmesi konusunu düzenlememiş iseler, daha sonradan yoksulluk nafakası talep edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>42</sup>. Eşlerin anlaşması üzerine boşanmaya karar verilmesi için eşlerin evlilik birliğinden kaynaklı mali konularda anlaşmış olmaları gerekir. Bu anlaşmanın kapsa-

<sup>38</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 149.

<sup>39</sup> Uzun Mine, **Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası**, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı İnsan Hakları Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s.68, <http://openaccess.bilgi.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11411/477/T%C3%BCr%20Medeni%20Kanunu%20ve%20Yarg%C4%B1tay%20kararlar%C4%B1%20kapsam%C4%B1nda%20yoksulluk%20nafakas%C4%B1.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (18.02.2016), Ceylan, s. 105, Tekinay s. 598.

<sup>40</sup> Ceylan, s. 105.

<sup>41</sup> Kuru, s. 3551, Y. 2. H.D., 18.10.2005, 11942 – 14368, “ ... Davacı vekili 23.02.2005 tarihli oturumunda .... müvekkili için nafaka talebimiz yoktur...” demiştir. Bu beyan yoksulluk nafakası isteğinden vazgeçme anlamındadır. Buna rağmen davacı yararına yoksulluk nafakası takdiri doğru değildir”, Gençcan, s. 1143.

<sup>42</sup> Y. 3. H.D., 26.2.2004; 889/1319, “ .... Taraflar boşanma davasında mali konularda anlaşmışlar ve bu anlaşmayı hakim huzurunda da kabul etmişlerdir. Bu nedenle davacı kendisi için nafaka ve tazminat talebinden vazgeçmiş ve bu karar kesinleşmiştir. TMK. nun 175. maddesine göre; boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eş yoksulluk nafakası talep edebilir ise de, davacı yönünden kesinleşen bu hüküm yoksulluğa düşmediği yönünde kesin hüküm oluşturmuştur. O halde, davacının artık yoksulluk nafakası talebinde bulunamayacağı düşüncesinden talebin bu yönden kısmen kabulü cihetine gidilmesi doğru görülmemiştir”, Yavuz Nihat, **Öğretide ve Uygulamada Nafaka, Nişan ve Eşlerin Katkı Payı ile İlgili Davalar**, Ankara, 2008, s. 339, “ Davacı kadın dilekçesinde “ .... nafaka ve sair hiçbir şey istemiyorum... ” açıklamasında bulunmuştur. Bu beyan yoksulluk nafakası yönünden feragat niteliğinde olup feragattan dönülemez. Bu yön gözetilmeden davacı kadın yararına yoksulluk nafakası takdiri usul ve yasaya aykırıdır”, Gençcan, s. 1142.

mına boşanmanın ferî sonuçları bu arada yoksulluk nafakası da dahildir<sup>43</sup>. Anlaşmalı boşanma protokolünde yoksulluk nafakası talep edilmemiş ve nihai kararda yoksulluk nafakasına hükmedildiğine dair bir hüküm bulunmuyorsa, sonradan yoksulluk nafakası talep edilemez<sup>44</sup>.

Boşanma kararı verildikten sonra, temyiz aşamasında da yoksulluk nafakasından feragat edilmesi mümkündür<sup>45</sup>. Mahkemenin vermiş olduğu kararda, dava, feragat nedeniyle reddedilmiş ise, davanın temyiz edilebilmesi için usul hukukuna dayanan temyiz sebeplerinin varlığı gerekir<sup>46</sup>. Yargıtay, mahkemenin davanın feragat nedeniyle reddine ilişkin kararını, sadece usul hukuku yönünden inceleme yetkisine sahiptir, bu nedenle yalnızca şekli yönden bir inceleme yapmakla yetinecektir, yoksa mahkemenin kararını, esasa ilişkin bir nedenle bozamayacaktır<sup>47</sup>.

Boşanma kararı verildikten sonra karar düzeltme aşamasında da yoksulluk nafakasından feragat edilebilir<sup>48</sup>.

## C. İştirak Nafakasından Feragat

### 1- Kişisel İlişki Kurulması Bağlamında Konuya Bakış

MK m.182/II, "Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından

<sup>43</sup> Ceylan, s. 126, Tekinay, s. 289.

<sup>44</sup> Y. 3. H.D., 20.9.2004; 8440/9335, "... davalının terk nedeniyle açtığı boşanma davasının duruşmasına gelerek evlilik birliğini yürütmek istemediğini söyleyerek nafaka istemeksizin boşanmayı kabul eden davacı, ayrılmada daha az kusurlu olduğunu ispat etmediği gibi, TMK.nun 134/3. maddesinde düzenlenen anlaşmalı boşanmanın unsurlarından biri de tarafların "boşanmanın mali sonuçlarında da" anlaşmış olmalarıdır. Mali sonuçlar yoksulluk nafakasını da kapsamaktadır. Anlaşmalı boşanma esnasında yoksulluk nafakası talep edilmemiş ve karar yoksulluk nafakasını içermiyorsa, taraflar açısından kesin hüküm olduğundan sonradan yoksulluk nafakası istenemez.", Yavuz, s. 342, aksi yönde görüş için bkz. Uzun, s. 67, 68.

<sup>45</sup> Y. 2. H.D., 14.04.2004, 3807 – 4741, "... davalı kadın temyiz dilekçesinde nafakayı temyiz ettiğine göre kendi lehine doğan bu haktan feragat etmiştir. Yoksulluk nafakası yönünden de feragat sebebiyle gerekli kararın verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir", Gençcan, s. 1184.

<sup>46</sup> Kuru, s. 3630.

<sup>47</sup> Kuru, s. 3631.

<sup>48</sup> Y. 2. H.D., 10.09.2012, E, 2012/17556, K. 2012/20544, "... karar düzeltme talebinin incelenmesi gerekmektedir. Davacı Birsen Baba 4.9.2012 tarihli dilekçesiyle velayet talebi, maddi – manevi tazminat, tedbir, yoksulluk ve iştirak nafakalarından feragat ettiğini bildirdiğinden bu husus gözetilerek davalının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 6.4.2012 tarihli ilamının kaldırılmasına ve feragat konusunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan sebeple davalının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 6.4.2012 tarih 2011/3014 esas 2012/8574 karar sayılı ilamının kaldırılmasına, hükmün velayet, tazminatlar, nafakalar yönünden BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalının karar düzeltmeye ilişkin itirazlarının incelenmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verilmiştir.", Gençcan, s. 1185.

yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır” şeklinde iştirak nafakasını düzenlemiştir.

Ana veya babanın iştirak nafakası ödeme yükümü, çocuk kendisine bırakılan kişinin mali durumunun yeterli olmaması ile ilgili değildir. Bu nedenle, çocuğun velayet hakkına sahip olan eşin mali durumu ne kadar iyi olursa olsun, iştirak nafakasına hükmedilebilir<sup>49</sup>. Ancak nafaka miktarı belirlenirken, nafaka yükümlüsü olan ana veya babanın ekonomik ve mali gücü göz önünde bulundurulmalıdır<sup>50</sup>.

Bu nafakaya karar verilirken “çocuğun tüm bakım ve giderlerinin” velayet kendisine verilmeyen eşe yüklenmesi doğru değildir. Zira MK m.327 de çocuğun bakımı, eğitimi ve koruması için gerekli giderlerin ana ve baba tarafından birlikte karşılanacağı düzenleme altına alınmıştır<sup>51</sup>. Boşanmadan önce, ana ve baba, çocukların bakımını birlikte üstlenme sorumluluğu altında iken, boşanma nedeniyle ortak hayat ortadan kalktığından, boşanmadan sonra bu mükellefiyetin birlikte ifası mümkün olamamaktadır<sup>52</sup>. İştirak nafakası bu amacın gerçekleşmesi için ortaya çıkmış bir nafaka türü ve aynı zamanda çocuk için tanınmış bir haktır<sup>53</sup>.

Ana baba ile çocuk arasındaki ilişki, hukuken kalksa da ana baba ve çocuk olma statüleri ve duygusal bağlılıkları sona ermez. Velâyet hakkına sahip olmayan veya velâyet hakkına sahip olmakla birlikte, çocuğu fiilen yanında bulunduramayan ana veya baba ile çocuk arasında hukuk düzenince bir ilişki kurulması söz konusu olmazsa, ana veya baba ile çocuk yaşam içindeki olumlu olumsuz deneyimleri, sevinçleri, hüznüleri paylaşamayacağı için zaman geçtikçe birbirlerine yabancı olacaklardır. Bunun oluşmaması için ana baba ile çocuk arasındaki olumlu olumsuz deneyimlerin, duygusal paylaşımın devam etmesi gerekir. Bu ise, hukuken ana baba ile çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına sahip olması ile gerçekleşebilir. Bu nedenle, kişisel ilişki hakkı; çocuktan ayrı olan ana ve babanın, yetişmesine katkıda bulunmuş olduğu çocuğun gelişimi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak, hısımlık ilişkilerini sürdürmek, yabancılaşmayı önlemek ve nihayet her iki tarafın da sevgi gereksinimlerini tatmin amacını güder<sup>54</sup>.

Kişisel ilişki hakkı, önceleri ana baba hakkı olarak tanınmaktayken çocuk haklarının tanınmasıyla, çocuk, hakkın konusu olmaktan çıkıp, hak sahibi olmuştur. Kişisel ilişki hakkı ilk planda çocuğun yararı düşünülerek tanınmaktadır. Çocuk, ana

<sup>49</sup> Fezyioğlu, s. 391.

<sup>50</sup> Kılıçoğlu, s. 195.

<sup>51</sup> Kılıçoğlu, s. 195.

<sup>52</sup> Fezyioğlu, s. 389.

<sup>53</sup> Fezyioğlu, s. 390.

<sup>54</sup> Serdar İlknur, “**Kişisel İlişki Kurma Hakkı**”, Dokuz Eylül Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 740.

babasını tanımak, onlarla iyi ilişki kurmak ve onlar tarafından sevildiğini, kabul edildiğini hissetmek ister<sup>55</sup>. Kişisel ilişkinin kurulmasının amaçlarından birinin, çocuk ile velayet hakkı sahibi olmayan anası veya babası arasında yakınlık kurmak olduğunu ifade etmiştik. Çocuğun ergin olmasına kadar olan süreçte ancak belli bir yaş olgunluğuna eriştiğinde ayırt etme gücüne sahip olduğunu kabul ediyoruz. Çocuk bu olgunluğa eriştikten sonra yani hayat olgularını anlamlandırmaya başladığında, gelişim sürecinde kendisine ekonomik olarak katkıda bulunmuş olan velayet hakkına sahip olmayan anası veya babasına karşı oluşması muhtemel vefa duygusunun, yakınlığın oluşmasına da engel olma ihtimali söz konusudur.

Velayet hakkına sahip olmayan taraf açısından, çocuğa verilecek nafakanın, çocuk ile arasındaki bağı kuvvetlendireceğini yukarıda da ifade etmiştik. Çocuk ergin olana kadar, çocuğa ekonomik anlamda destek olmak velayet hakkına sahip olmayan ana veya babanın en tabii hakkıdır. Bu vesileyle velayet hakkına sahip olmayan ana veya baba, çocuğunun hayatına ekonomik yönden bir katkı sunarak, analık veya babalık duygularının tatmin olmasını da gerçekleştirecektir. Tekinay' ın deyimiyle, " Herhalde şahsi ilişkiler düzenlenirken ana babalık duygusunun tatmin edilmesine özen gösterilmesi ve önem verilmesi gerekir "<sup>56</sup>.

## 2- İştirak Nafakasından Feragat Edilemezlik ve Nedenleri

İştirak nafakasından feragat edilmesi ile ilgili olarak, iştirak nafakasının kamu düzenine ilişkin bir çocuk hakkı olması, nafakadan feragatin, çocuğun velayetine sahip olmayan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin kurulmasına engel teşkil edebilecek olması ile ana ve babalık duygularının tatmin edilmesi ve özellikle ayırt etme gücüne sahip çocuk ile velayet hakkı sahibinin nafakadan feragat konusunda çatışma yaşamaması sebepleri gösterilebilir.

Çocuğa ana ve babası veya üçüncü kişiler tarafından yapılan karşılıksız kazandırmalar özellikle lehine bankaya yatırılan paralar çocuğun malvarlığına dahildir<sup>57</sup>. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün veya kendisine fiilen bakan ana ya da babasının diğerine karşı çocuk adına talep edebileceği nafaka da çocuk malvarlığına dahildir<sup>58</sup>. Medeni Kanununun çocuk malları konusunda getirdiği düzenlemelere bakıldığında çocuğun yararının korunması düşüncesinin hakim olduğu görülür. Mevcut yasal düzenlemelere rağmen çocuğun malvarlığına ilişkin çıkarlarının tehlikeye düşmesi durumunda hakim müdahale de bulunmasına MK m.352/II ve m.360 vd. hü-

<sup>55</sup> Serdar, s. 742.

<sup>56</sup> Tekinay, s. 278.

<sup>57</sup> Özdemir Hayrunnisa, " **Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması** ", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 3, 2013, s. 83.

<sup>58</sup> Özdemir, s. 84.

kümlerinde açıkça yer verilmiştir<sup>59</sup>. Kanun, ana babanın çocuk mallarını yönetirken her ne sebeple olursa olsun gereken özeni göstermemeleri halinde hakimın müdahalesini öngörmüştür<sup>60</sup>.

Hakimin ana baba ve çocukları arasındaki ilişkilere müdahalesi esas itibariyle çocuğun korunmasını sağlayacak tedbirlerin alınması suretiyle olur. Hakim bu tedbirleri bazen ana babanın rızası olmaksızın re'sen alır alırken bazen de ana babanın talebi üzerine alır<sup>61</sup>. İştirak nafakası çocukların korunmasına yönelik olup kamu düzenine ilişkindir. Hakim görevi gereği bu konuda kendiliğinden karar oluşturmak zorundadır. Hakim iştirak nafakasına taraflardan bir istek gelmese dahi karar vermek zorundadır.

İştirak nafakasında hakimın re'sen karar verme yetkisi bulunduğundan taleple bağıllık ilkesi söz konusu olmayacaktır ve hakim iştirak nafakasının miktarını serbestçe tayin edecektir. Hakimın takdir hakkı tarafların istekleriyle sınırlandırılmaz. Hakim, çocuğun velayetinin sahibi olan tarafın isteği ile bağılı kalmamalı, çocuğun menfaatinin aksine karar vermemelidir. Çocuğun menfaati kavram olarak uluslararası hukuk ve ülkelerin iç hukuklarında yer edinmiş bir kavramdır. Ancak çocuğun menfaati, onun yaşı, yaşadığı çevre ve bulunduğu sosyal şartlara göre değişken bir kavram olmasından ötürü düzenlemelerde tanımı yapılmamıştır<sup>62</sup>. Çocuğun menfaati, çocuk yetişkin bir birey olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme konumundaki kişinin aynı yönde karar verebilmesidir<sup>63</sup>. Çocuğun menfaati, çocukla ilgili her uyumsuzlukta alınacak kararlarda ve bu kararların uygulanması sırasında uyulması gereken ana kuraldır<sup>64</sup>. Ancak şu da unutulmamalıdır ki, çocuğun çıkarı, aile bireylerinin özellikleri ana ve babasının çıkarından soyutlanamaz<sup>65</sup>.

Nafaka hakkı, çocuğun bir hakkıdır ancak bunu isteme hakkı, çocuğun velayeti kendisine bırakılmış olan, çocuğun velisine aittir<sup>66</sup>. Ancak çocuğun velisinin, çocuk adına bu haktan feragat etmesi, çocuğun hem ekonomik menfaatleri hem de velayeti altında bulunmadığı ana veya babası ile ilişkisine etkisi açısından dikkatle incelenmelidir. Zira boşanmadan sonra çocuğun velayetini elinde bulunduran taraf ile ço-

<sup>59</sup> Baygın Cem, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 434, Özdemir, s. 85.

<sup>60</sup> Baygın, s. 435, Özdemir, s. 85.

<sup>61</sup> İnan Ali Naim, “**Çocuğun ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Mevzuatımızda Yetersizlik ve Giderilme Çareleri**”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972, s. 274.

<sup>62</sup> Gransinger, s. 825.

<sup>63</sup> Gransinger, s. 827.

<sup>64</sup> Gransinger, s. 827.

<sup>65</sup> Koçhisarlıoğlu Cengiz, “**Aile Hukukuna İlişkin “Tezlerimiz”**”, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt:1, Ankara, 2010, s. 1340.

<sup>66</sup> Velidedeoğlu, s. 272.



cuk arasındaki ilişki ister istemez gelişme gösterecek ancak velayet sahibi nafakadan feragat ettiği takdirde, çocuğun velayetine sahip olmayan taraf açısından, çocuk ile yakınlık kurmasını sağlayacak argümanlardan birinin daha önüne geçilmiş olacaktır.

Son olarak, MK m.341/I' de "Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir." hükmü yer almaktadır. Velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti belirlenirken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Hakim, çocukla ilgili kararları onun menfaatine uygun olacak şekilde vermek zorunda iken, veli de velayet hakkını çocuğun yararını ve esenliğini düşünme yükümlülüğü altındadır<sup>67</sup>. Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse; tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip ise; sınırlı ehliyetsiz statüsü, duruma göre, tam ehliyetsizlerin temsil edilmesine veya sınırlı ehliyetsizlerin temsil edilmesine ilişkin esaslara tabi olacaktır.<sup>68</sup> Eğer vesayet altındaki kişi tam ehliyetsiz ise, vasi vesayet altındaki kişi hesabına olan işlemleri MK m.449' daki yasak işlemler dışında bizzat kendisi yapmak zorundadır. Tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukuksal işlemler kesin hükümsüz olup söz konusu hukuksal işleme ilişkin sonradan verilecek olan izin dahi işlemi geçerli hale getirmez<sup>69</sup>. Vesayet altındaki kişi sınırlı ehliyetsiz ise, vasi vesayet altındaki kişi hesabına olan işlemleri MK 449' daki yasak işlemler dışında bizzat kendisi yapabileceği kişi kendisinin izniyle bizzat vesayet altındaki kişi dahi yapabilir veya izinsiz yapılan hukuksal işlemi vasi, sonradan icazet vererek başından itibaren geçerli kılabilir<sup>70</sup>.

MK m.16, sınırlı ehliyetsizlerin karşılıksız kazandırmalar yönünden tek başlarına hareket edebilecekleri hükmünü getirmiştir. Kazandırmanın ne yolla olduğunun önemi bulunmamaktadır, önemli olan kazanmaya neyin temel olduğu değil, sınırlı ehliyetsizin hiçbir yüküm altına girmeden malvarlığının artması ya da malvarlığındaki bir azalmaya engel olmasıdır<sup>71</sup>. Çocuk adına hükmedilen iştirak nafakası karşılıksız bir kazandırma teşkil ettiği için sınırlı ehliyetsiz nafakadan feragat işlemini tek başına gerçekleştirebilir. Kıyasen uygulanabilecek bir hüküm olan, BK m.287 c.2, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisine yapılan bağışlamaya itiraz etme hakkı vermiştir. Bu veto hakkının amacı, sınırlı ehliyetsizi zararlı olacak bağışlamalardan korumaktır<sup>72</sup>. Yasal temsilci, açıkça sınırlı ehliyetsize hiçbir zararı dokunmayacak bir bağışlamaya itiraz edecek olursa, bir kayyım atayarak çekişmeye bir çözüm getirmek yerinde olur<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> Gransinger, s. 830.

<sup>68</sup> Dural/Öğüz, s. 347.

<sup>69</sup> Dural/Öğüz, s. 419.

<sup>70</sup> Dural/Öğüz, s.419.

<sup>71</sup> Dural Mustafa / Öğüz Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt – II, Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2014, s. 92, Helvacı Serap, **Gerçek Kişiler**, İstanbul, 2013, s. 85.

<sup>72</sup> Dural/Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 93, Helvacı, s. 85.

<sup>73</sup> Dural/ Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s. 93.

Bir boşanma davası sırasında, velayetin kime verileceği belli olmadan, tarafların duruşma sırasında iştirak nafakası talebinden feragat etmesi geçerli olmayacaktır<sup>74</sup>.

Boşanma davasında hüküm verildikten sonra da, velayet hakkı kendisine verilen tarafın, çocuğun menfaatine aykırı olacak şekilde<sup>75</sup> veya velayet hakkına sahip olmayan tarafın çocuk ile ilişki kurmasını engellemek, çocuk ile duygusal yakınlığının artmasına mani olmak amacının bulunduğu anlaşıldığı takdirde velayet kendisine verilen tarafın feragat etmesi kabul edilmemelidir. Hakim somut olayda, iştirak nafakasına hükmedilmesinin çocuk için gerekliliğini araştırarak, velayet hakkı sahibinin talebi ile bağlı kalmaksızın, çocuğun menfaatine uygun bir karar vermelidir.

İştirak nafakasından geçerli bir şekilde feragat edildiği takdirde, iştirak nafakasının her an doğup işleyen haklardan olmasından ötürü, feragata ilişkin beyan, küçüğün ergin olacağı tarihe kadar sürecek olan nafakayı kapsamayacaktır<sup>76</sup>.

Yukarıda ifade edilen haller ayrı tutulacak olursa, iştirak nafakasından temyiz aşamasında ve karar düzeltme aşamasında feragat edilmesi mümkündür<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Y. 2. H.D, 24.12.1971, 7598/7386 sayılı kararında “... doğmamış haktan feragat caiz bulunmadığından, davacının duruşma sırasındaki beyanı nazara alınarak velayeti analarına verilen çocuklar için iştirak nafakası takdir edilmemesi bozmayı gerektirir.” Kuru, s. 3554. 3. HD, 1.6.2004; 5791/5943 sayılı kararında, “Davada, davalı eşin yeniden evlendiği gerekçesiyle yoksulluk nafakasının kaldırılması ve davalıya haricen 1500 Euro ödenmesi üzerine iştirak nafakasından feragat etmesi nedeniyle bu nafakanın da kaldırılması istenilmiş, mahkemece her iki istem yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmesine göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak davalı annenin velayeti altında bulunan küçüğün menfaatine aykırı olarak ve henüz tahakkuk etmemiş iştirak nafakasından feragati geçersiz olup davalıyı bağlayıcı değildir.” Yavuz, s. 525.

<sup>75</sup> Y. 3. H.D, 13.09.2010, E. 2010/9685, K. 2010/13957, “Boşanma davası sırasında annenin, velayeti altında bulunan küçüğün menfaatine aykırı olarak ve henüz tahakkuk etmemiş ( doğmamış bir alacaktan ) iştirak nafakasından feragati geçersizdir. Feragata ilişkin beyanı, küçüğün ergin olacağı tarihe kadar sürecek olan nafakayı kapsamaz. İştirak nafakası her an doğup işleyen haklardandır. O halde mahkemece, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile küçüklerin ihtiyaçları nazara alınarak uygun miktarda iştirak nafakasına karar verilmesi gerekirken, yazılı ve yanılıgı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Bu itibarla, yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'nın 428. maddesi gereğince (BOZULMASINA) ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 13.09.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”, <http://www.kazanci.com>. (27.04.2015)

<sup>76</sup> Y. 2. H.D, 26.04.2004, E. 2004/4671, K. 2004/5292, “...Boşanma sırasında annenin iştirak nafakası istemiyorum şeklindeki sözleri, küçüğün ergin olacağı tarihe kadar sürecek olan nafakayı kapsamaz. İştirak nafakası her an doğup işleyen haklardandır. Mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile küçüğün ihtiyaçları dikkate alınıp uygun bir nafaka takdir edilmesi gerekir....” <http://www.legalbank.net>. (27.04.2015)

<sup>77</sup> Y. 2. H.D, 10.09.2012, E. 2012/17556, K. 2012/20544, “..... karar düzeltme talebinin incelenmesi gerekmiştir. Davacı Birsen Baba 4.9.2012 tarihli dilekçesiyle velayet talebi, maddi – manevi tazminat, tedbir, yoksulluk ve iştirak nafakalarından feragat ettiğini bildirdiğinden bu husus gözetilerek davalının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 6.4.2012 tarihli ilamının kaldırılmasına ve feragat konusunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan sebeple davalının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin 6.4.2012

## SONUÇ

Nafakadan feragati, yoksulluk, tedbir ve iştirak nafakası açısından incelemiş bulunmaktayız. Nafakadan feragat edilebilirlik hususunda temel kriterimiz feragatin zamanı ve velayet hakkı sahibinin çocuk için öngörülmüş nafakadan feragat edip edemeyeceğidir.

Feragatin zamanı ile ilgili olarak, doğmamış haktan feragat mümkün olmadığından, nafakadan feragatin gerçekleştirildiği zaman önem arz edecektir.

Yoksulluk nafakasında hak sahibi olan eşin hakkından feragat etmesi mümkündür. Zira yoksulluk nafakasında taleple bağlılık ilkesi söz konusu olduğundan, hakimin yoksulluk nafakası talebinde bulunan eşin talebi ile bağlı olduğunu re'sen yoksulluk nafakasına hükmedemeyeceği gibi, yoksulluk nafakası talebinde bulunan eşin talep ettiği miktarı aşacak şekilde nafakaya hükmedemeyecektir.

Çocuk için öngörülmüş tedbir nafakası ve iştirak nafakası açısından ise velayet hakkı sahibinin çocuk için öngörülmüş iştirak nafakasından bazı durumlarda feragat edememesi gerektiği ile ilgili olarak bazı argümanlar ileri sürülebilir.

Öncelikle iştirak nafakasının ve çocuk için öngörülmüş olan tedbir nafakasının, kamu düzenine ilişkin bir çocuk hakkı olması nedeniyle feragatin hüküm ifade etmemesi gerekecektir.

İştirak nafakası açısından feragatin çocuğun velayetine sahip olmayan taraf ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin kurulmasına engel teşkil edebilecek olması ile ana ve babalık duygularının tatmin edilmesi amacıyla, velayet hakkı sahibinin iştirak nafakasından feragat edemeyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Çocuğun ergin olana kadar sürecek hayat mücadelesinde, velayet hakkına sahip olmayan ana veya babasından ekonomik anlamda bir destek görmemesi, çocuğun, velayet hakkı sahibi olmayan ana veya babasına karşı olan tutumunu etkileyebileceği gibi, bu süreçte velayet hakkı sahibi olmayan ana veya baba nafaka vermiş olsaydı çocuk açısından ortaya çıkması muhtemel vefa duygusu da oluşmamış olacaktır. Nafakadan feragat, velayet hakkına sahip olmayan ana veya babanın, çocuğun ergin olana kadar ki hayat sürecinde, çocuklarına ekonomik yönden katkıda bulunarak ana babalık duygularını tatmin etmesinin yanı sıra ana babalık vasfının yerine getirilememesi vesilesiyle ortaya çıkacak bozuk ilişkilere de meydan vermektedir.

Son olarak, ayırt etme gücüne sahip çocuk ile velayet hakkı sahibinin nafakadan feragat konusunda çatışma yaşamaması halinde, kendisi için öngörülmüş tedbir ve iştirak nafakası ile ilgili olarak ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun mahkeme tarafından dinlenilmesi ve ayırt etme gücüne sahip çocuğun düşüncelerinin de dikkate alınarak karar verilmesi daha doğru sonuçlar verecektir.

---

*tarikh 2011/3014 esas 2012/8574 karar sayılı ilamının kaldırılmasına, hükmün velayet, tazminatlar, nafakalar yönünden BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalının karar düzeltmeye ilişkin itirazlarının incelenmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verilmiştir*", Gençcan, s. 1418.

**KAYNAKÇA**

- Akkurt Sinan Sami, “**Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu**”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt: 1, İstanbul, 2010.
- Baygın Cem, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 2010.
- Ceylan Ebru, **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2006.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt – II, Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2014.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku**, İstanbul, 2015.
- Elçin-Grassinger Gülçin E., “**Çocuğun Menfaati Gereği Görüşününün Alınmaması Gereken Durumlar**”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt: 1, İstanbul, 2010
- Gençcan Ömer Uğur, **6100 Sayılı HMK hükümlerine Göre, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Bilimsel Açıklama ve Son İctihatlar**, Ankara, 2013.
- Feyzioğlu Necmeddin Feyzi, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1986.
- Helvacı Serap, **Gerçek Kişiler**, İstanbul, 2013.
- İlknur Serdar, “**Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**” Cilt: 9, Özel Sayı, İzmir, 2007.
- İnan Ali Naim, “**Çocuğun ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Mevzuatımızda Yetersizlik ve Giderilme Çareleri**”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara, 1972.
- Karlı Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul, 2011.
- Kılıç Halil, **Açıklamalı – İctihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Cilt – II**, Ankara, 2011.
- Kılıçoğlu Ahmet, **Aile Hukuku**, Ankara, 2015.
- Kılıçoğlu Mustafa, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi**, İstanbul, 2012.
- Kocabaş Gediz, “**Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler**”, MÜHF-HAD, Cilt: 19, Sayı:1, 2013.
- Koçhisarlıoğlu Cengiz, “**Aile Hukukuna İlişkin “Tezlerimiz”**”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt:1, Ankara, 2010.
- Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt IV**, 6. Basım, İstanbul, 2001.
- Muşul Timuçin, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 2012.
- Özdemir Hayrunnisa, “**Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 3, 2013.
- Öztan Bilge, **Aile Hukuku**, Ankara, 2015.
- Serozan Rona, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 2005.

Sonat Kazım Ali, “**Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yü-  
kümlülüğü**”, MÜHF – HAD, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013.

Tekinay Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, 1990.

Umar Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2011.

Uzun Mine, **Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafa-  
kası**, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı İn-  
san Hakları Hukuku, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s.68, [http://  
openaccess.bilgi.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11411/477/T%C3%BCrk%20  
Medeni%20Kanunu%20ve%20Yarg%C4%B1tay%20kararlar%C4%B1%20kapsam%  
C4%B1nda%20yoksulluk%20nafakas%C4%B1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://openaccess.bilgi.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11411/477/T%C3%BCrk%20Medeni%20Kanunu%20ve%20Yarg%C4%B1tay%20kararlar%C4%B1%20kapsam%C4%B1nda%20yoksulluk%20nafakas%C4%B1.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (18.02.2016),

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku, Cilt- II**, İstanbul, 1965.

Yıldırım Abdülkerim, **Türk Aile Hukuku**, Ankara, 2014.

Yılmaz Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, 2013.

#### **İnternet Kaynakları:**

<http://www.kazanci.com>

<http://www.legalbank.net>



# KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA SOSYAL MEDYADA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE VERİ SAHİBİNİN RIZASI

(Protection of Personal Data in Social Media With Regard to  
Personality Right and Consent of The Data Owner)

Ar. Gör. Kemal ATASOY\*

## ÖZET

Sosyal medyada kişisel verilerin işlenmesi sonucu hukuken korunması gereken kişisel değerler, kişinin özel hayatının gizliliği, resmi, sesi, şerefi ve onurudur. Ayrıca kişinin ırkına, etnik kökenine, sağlığına veya cinsel yaşamına dair bilgiler, daha nitelikli bir hukuki korumaya sahip olan hassas veriler kategorisindedir. AB Hukuku'nda internet içerik sağlayıcıları ve kullanıcılar veri denetçisi sorumluluğuna sahiptir. Sosyal medyada kullanıcıların kişisel veya ailevi amaçlarla paylaşım yapması halinde veri denetçisi sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesine veri sahibinin vereceği rıza, bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu irade beyanı iki şekilde ortaya konabilir. İlk olarak, internet sitelerinde veri işlenmesi işlemine kullanıcının önceden rızası olduğu varsayımı ile başlanması halinde kişinin bu işleme onayının olmadığını belirtmesi gerekir. Kişilik hakkını korumaya elverişli diğer durumda ise, veri işlenmesi ancak veri sahibi kullanıcının öncelikli olarak rıza beyanının bulunması halinde söz konusu olur. Veri sahibinin rızasının hukuka uygun olması için bazı kriterler vardır. Bunlar; hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olma, özgür bir iradeye dayanma, belirli bir konuya özgülenme ve aydınlatılmış bir irade beyanının bulunmasıdır.

**Anahtar Sözcükler:** Kişilik Hakkı, Sosyal Medya, Kişisel Veri, Veri İşlenmesi, Veri Sahibinin Rızası, Hukuka Aykırılık, Opt-in, Opt-out

## Abstract

Personal values that must be legally protected in processing personal data in the social media are people's right of privacy, picture, voice and self-respect. On the other hand, information about people's race, ethnical culture, health and sexual life are considered as sensitive data that should be assured more intense legal protection. In the EU Law, Internet Content Provider has the responsibility of data

---

\* Anadolu Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

controller. In social media, users' household activities are not within the scope of the responsibility of data controller. Consent of the data owner is a reason for compliance with laws. This declaration of intention could be in two ways. At first, data controller should object the processing of personal data that begins on the assumption that data controllers' present consent. The second way that lends to protection of personality right is the processing of personal data is illegal, unless the data owner's consent is prior. There are several criteria for consent in compliance with laws. These are to be explicit in the manner of avoidance of doubt, to base on freewill, to be specified in certain topics and to be informed consent.

**Keywords:** Personality Right, Social Media, Personal Data, Data Processing, Consent of the Data Owner, İlllegality, Opt-in, Opt-out

## GİRİŞ

Günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte hem Türk Hukuku'nda anayasal ve yasal düzeyde hem de uluslararası hukukta mutlak olarak korunan kişisel değerlere yapılan hukuka aykırı fiillerin tespiti ve bu saldırılara karşı kişilik hakkının korunması giderek zorlaşmaktadır. Facebook, Twitter, Instagram vb. sosyal medya sitelerine üye olan kullanıcılar, kendi fikir ve düşüncelerini yansıtanın yanı sıra, kendilerine veya üçüncü kişilere ait fotoğraf ve videoları paylaşma, 'etiketleme' yoluyla kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren iletileri kamuoyunun erişimine açma gibi faaliyetlerde bulunmaktadır. Buna ek olarak, başta sosyal medya siteleri olmak üzere, internet siteleri, ziyaretçilerin adres, telefon veya kişiliğine ait diğer bilgileri, geçmişte ziyaret ettiği siteler gibi kişisel verileri depolayarak bir kullanıcı profili oluşturmaktadır. Oluşturulan bu profiller daha sonra ticari şirketlere, siyasi partilere bedel karşılığı transfer edilmektedir.

Sosyal medya üzerinden kullanıcıların yaptığı paylaşımların kendi iradeleri ile siteye yüklenmesi sonucu daha sonra bu kişisel verilerin başka hesaplarca kişilik hakkına saldırı niteliğinde ele geçirilmesi, saklanması ve transferi halinde, bu işlemleri hukuka uygun kulan kişisel veri sahibinin rızasının geçerli olup olmadığının tespiti önem kazanmıştır. Ayrıca internet sitelerinde kişisel verilerin işlenmesi için ziyaretçinin rızasını elde etme yöntemleri tartışmalı bir konudur. Bu noktada opt-in ve opt-out yöntemlerinden hangisinin ziyaretçi lehine olduğu ve bu yöntemlerin kişilik hakkının korunması için ne şekilde oluşturulması gerektiği incelenmelidir.

Bu amaçla çalışmamızda önce Türk Hukuku'nda kişilik hakkının ve hukuken korunması gereken kişisel değerlerden biri olan kişisel verilerin korunması hakkındaki pozitif düzenlemeler ve doktrindeki görüşlere değineceğiz. Daha sonra AB Hukuku'nda sosyal medyada kişisel verilerin korunmasına özgülenmiş direktifler ve 29. Madde Veri Koruma Grubu'nun çalışma raporunda benimsenmiş ilkeler ele alınacaktır. Çalışmamızda son olarak, veri sahibinin rızasına ilişkin AB Hukuku ve Türk Hukuku çerçevesinde genel bir bilgi verildikten sonra, opt-in ve opt-out kavramları



incelenecektir. Veri sahibinin rızasına ilişkin hukuka uygunluk kriterleri ayrı başlıklar halinde tespit edilmesinin ardından veri sahibinin rızasına ilişkin AB Hukuku'nda ilk defa bu kadar ayrıntılı ve açıklayıcı bir düzenleme getiren 2012 tarihli AB Veri Korumasına İlişkin Genel Kanun'un ilgili hükmü ele alınacaktır.

## I. Türk Hukukunda Kişilik Hakkının ve Kişisel Verilerin Korunması

### A. Kişilik Hakkının Korunması

#### 1. Genel Olarak

Türk hukukunda başta Anayasa'nın 20. maddesi ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun md. 23 vd. hükümleri olmak üzere çeşitli kanunlarda kişilik hakkı ve özel hayatın gizliliği pozitif hukuk kuralları ile koruma altına alınmıştır. Normlar hiyerarşisinde en üst sırada olan Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, kişinin korunmaya değer varlıklarından biri olan özel hayatın gizliliği ve bunun korunmasına ilişkin ilke şu şekilde düzenlenmiştir; *'Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.'*<sup>1</sup> Bu hükümlerle beraber kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını konu alan md. 17, düşünce özgürlüğünü koruma altına alan md.25 ve çalışmamızda inceleyeceğimiz AB Hukuku'ndaki kişisel verilerin korunmasına ilişkin direktiflerin uygulama alanı bulabilmesinde önem kazanan md.90, kişilik hakkının korunmasında dikkate alınması gereken Anayasa'daki diğer hükümlerdir.

Kişilik hakkının yasal olarak nasıl düzenleneceği konusunda iki yöntemden bahsedilmektedir. Bunlar, kişilik hakkının kapsamının hangi kişisel değerleri içine aldığını teker teker sayma veya kişilik hakkına ilişkin çerçeve bir hüküm düzenlenerek, bu hakkın içeriğine giren kişisel değerlerin tespitini doktrin ve içtihatlarla bırakmadır.<sup>2</sup> İsviçre/ Türk hukukunda, Alman Medeni Kanunu'ndan<sup>3</sup> farklı olarak, Medeni Kanun'da kişilik hakkı düzenlenirken kanun koyucu ikinci yolu tercih etmiş ve kişilik hakkına ilişkin genel bir hüküm getirmiştir.<sup>4</sup> Bu kanun yapma tekniğinin isabetli

<sup>1</sup> Bu noktada Anayasa md.20'ye atfedilen önem, çalışmamızın konusunu oluşturan kişisel verilerin korunması ile yakından ilişkili olmasıdır. Sosyal medya sitelerinde kişisel verilerin işlenmesi ve toplanması işlemlerinin kişilik hakkına aykırı şekilde yapılması, öncelikle veri sahibi kullanıcının özel hayatının gizliliğini ihlali anlamına gelmektedir.

<sup>2</sup> Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, C.II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 100, Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, Legal Yayınevi, İstanbul 2013, s. 71.

<sup>3</sup> Alman Medeni Kanunu (BGB) md. 823/ f. 1 hükmü, kişilik hakkına saldırının haksız fiil niteliğinde olduğu için, kişinin hayatı, sağlığı, özgürlüğü, malvarlığına yönelik saldırılar sonucu oluşan zararları tazmin etme yükümlülüğü getirmiştir. Bu hüküm dolayısıyla kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel değerlerin yasada sayılması metodu Alman Medeni Kanunu'nda benimsendiği görülmektedir. Söz konusu madde için bkz. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p3481](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3481) (Son Erişim Tarihi: 26.05.2015).

<sup>4</sup> Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 28, Dural/ Ögüz, s. 100, Helvacı, s. 71,.

olduğu kabul edilmekte, böylece kişisel değerlerin gelişen teknoloji karşısında yeni görünümlemlerle karşımıza çıktığı takdirde, kişilik hakkı başlığı altında hukuken korunabileceği isabetli olarak savunulmaktadır.<sup>5</sup> Bu başlık altında değinilmesi gereken son husus, kişilik hakkına ilişkin genel bir hükmün yanı sıra özel olarak bazı kişisel değerlerin düzenlenmesi karşısında kişilik hakkı kavramının çoğul veya tekil olarak kullanılması konusunda doktrindeki tartışmadır.<sup>6</sup> Bir görüş<sup>7</sup>, kişilik hakkı kavramını kullanmakla beraber, bu hak kapsamındaki kişisel değerlerin ayrı birer kişilik hakkı olarak dikkate alınması gerektiğini savunurken, diğer bir görüş ise<sup>8</sup>, kişisel değerlerin her birini ayrı birer kişilik hakkı olarak ele aldığı için 'kişilik hakları' kavramını kullanmaktadır. Bizce de isabetli olan doktrindeki hakim görüşe göre ise, kişilik hakkı uygulamada her kişisel değere ait farklı görünümlere sahip olan tek ve genel bir hak niteliğinde olup, bu nedenle 'kişilik hakları' yerine 'kişilik hakkı' kavramının kullanılması gerekir.<sup>9</sup>

## 2. Kişilik Hakkının Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

### a) Genel Olarak

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 23, md. 24 ve md. 25 hükümleri ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 58 hükmü, özel hukuk alanında yer alan kişiliğin korunması ile ilgili genel hükümlerdir. Ayrıca çalışmamızla bağlantılı olarak, 2003

<sup>5</sup> M. Kemal Oğuzman/ Özer Selçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 158, Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 453, Helvacı, s. 71.

<sup>6</sup> *Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman'a* göre, genel kişilik hakkı- özel kişilik hakları ayrımı mevcuttur. Kanunda özel olarak düzenlenen kişilik değerleri, genel özellikteki kişilik hakkı bünyesinde özel birer kişilik hakkı olarak nitelendirilir. Genel nitelikteki kişilik hakkı, pozitif hukuk tarafından kapsamı düzenlenmiş çeşitli özel kişilik haklarına ayrılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jale Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş Karaman, **6098 sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Birinci Cilt, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013 s. 345. Ayrıca doktrinsel görüşlerin tümüne ilişkin bilgi için bkz. Nil Karabağ- Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 58-59, dn. 164.

<sup>7</sup> Oğuzman/ Selçi/ Oktay-Özdemir, s. 155.

<sup>8</sup> Aytekin Atasoy, **Şahıslar Hukuku Giriş- Hakiki Şahıslar**, 3. Bası, İstanbul 1978, s. 122-123. Habip Oğuz, **İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması**, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s. 13

<sup>9</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku Şahsın Hukuku**, C.I, Cüz: 2, 5. Bası, İstanbul 1956, s. 84, Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 252, Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I/ İMK md. 28a fıkra I)**, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 42, Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 57, Hüseyin Can Aksoy, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 42, Dural/ Ögüz, s. 101.

yılında yürürlüğe giren 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu<sup>10</sup> md. 4'te kişinin kendisiyle ilgili toplanmış bilgilerin kendisine açıklanmasını talep etme hakkı yer almakla beraber, bilgi verme yükümlülüğünün kapsamı dışında tutulan veri türlerinin fazlalığı yasal olarak tanınan bilgi edinme hakkının işlevliğini azaltmakta ve kişisel verilerin korunmasını sınırlamaktadır.<sup>11</sup> Ek olarak, ileride değineceğimiz Anayasa md. 20/ f. 3 hükmü ile birlikte 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu da kişilik değerlerini içeren kişisel verilere özgülenmiş bir düzenleme niteliğini taşır.

### b) 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümleri

Söz konusu kanunda kişilik hakkı, iki durum dikkate alınarak koruma altına alınmıştır. MK md. 23'te kişinin girdiği hukuki işlemlerden doğan ve md. 24'te hukuka aykırı fiil sonucu oluşabilecek saldırılara karşı korunması düzenlenmiştir. Günümüze kadar doktrinde hakim görüş olarak, MK md. 23<sup>12</sup> ve md. 24 hükümleri sırasıyla iç ve dış koruma olarak nitelendirilirken, günümüzde hakim görüş, her iki hükmün de kişilik hakkını dıştan gelecek tehlikelere karşı koruduğu şeklindedir.<sup>13</sup> MK md. 23 hükmü, kişilik hakkını kişinin rızası ile girdiği hukuki işlemlere karşı korunmasını öngörürken, MK md. 24 ise, kişinin rızası dışında oluşan saldırılara korunmasını düzenlemektedir. Türk Hukukunda MK md. 23 ile getirilen ilke<sup>14</sup>, kişinin herhangi bir hukuki işlemle hak ve fiil ehliyetlerinden, temel hak ve özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğine, bunları hiçbir şekilde sınırlayamayacağına ilişkindir.<sup>15</sup> MK md. 24 ise, kişilik hakkına saldırı teşkil eden üçüncü kişilerin hukuka aykırı fiilleri karşısında kişinin hâkimden koruma talep edebileceğini düzenlemektedir.<sup>16</sup>

Hakimden koruma talep edilmesi çerçevesinde MK md. 25'te kişilik hakkına

<sup>10</sup> Kanun No. 4982, Kabul Tarihi: 09.10.2003, R.G. No. 25269, Yayın Tarihi: 24.10.2009, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/10/20031024.htm> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2015).

<sup>11</sup> Serozan, s. 467.

<sup>12</sup> MK md. 23 hükmünün hukuki işlemler yoluyla kişilik hakkına saldırılara karşı koruyucu niteliğinin sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarından birini oluşturduğuna ilişkin bkz. Karabağ- Bulut, s. 86.

<sup>13</sup> Pınar Akdemir, **Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 46, Serozan, s. 456, Dural/ Ögüz, s. 145, Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 355, Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 18 vd. Ayrıca kişilik hakkını bu şekilde düzenleyen tek hukuk sisteminin İsviçre-Türk Hukuk sistemi olduğuna ilişkin bkz. Aydın Zevkliler/ Mehmet Beşir Acabey/ K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk- Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s. 478.

<sup>14</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 183 vd. Ayrıca MK md. 23/ f. 1 hükmünün kişiye sıkı sınıra bağlı kişilik değerlerinin korunması (örneğin; yaşama, evlenme, nafaka hakkının sözleşmeye konu olamayacağı), f. 2 hükmünün ise sadece kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği kişilik değerlerinin (kişiliği korunma ve geliştirme hakkı kapsamındaki kişisel değerlerin) korunmasına ilişkin olduğu şeklindeki ikili ayırım için bkz. Karabağ- Bulut, s. 108.

<sup>15</sup> Bu yönde kişilik hakkı ihlallerine örnek için bkz. Serozan, s. 460, Bulut- Karabağ, s. 110 vd.

<sup>16</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 189-190.

saldırı halinde üç farklı dava açılabilceği öngörülmüştür. Saldırının durdurulması, önlenmesi veya tespiti davaları söz konusu olabilir. Ayrıca kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi, tazminat davası açarak maddi veya manevi zararını talep edebilmesinin yanı sıra MK md. 25/ f. 3 uyarınca ihlal sonucu elde edilmiş bir kazancın varlığı halinde vekaletsiz iş görmeye dayanarak bu kazancın iadesini<sup>17</sup> dava konusu yapabilecektir. Bu noktada var olan ve devam eden saldırının sona erdirilmesi talebi ile mağdur saldırının durdurulması davasını açabilir.<sup>18</sup> Somut olayda kişilik hakkının ihlal edilmesine yönelik ciddi ve yakın bir tehdidin söz konusu olması halinde saldırıyı önleme davası açılacaktır.<sup>19</sup> Sosyal medyada kişilik hakkının ihlali olarak kişisel verilerin izinsiz paylaşımı halinde saldırının durdurulması, kişisel verilerin sosyal ağ sitelerinin veri depolarında<sup>20</sup> saklanması halinde ise, ciddi ve yakın bir tehdidin varlığı nedeniyle saldırının önlenmesi davasının açılması gündeme gelebilir.

### c) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri

Kişilik hakkının ihlali, bir önceki başlıkta da bahsedildiği üzere, MK md. 23 uyarınca kişinin kendi rızasıyla girdiği hukuki işlemler yoluyla gerçekleştiği takdirde, karşımıza çıkacak en önemli örnek, Borçlar Hukuku'ndaki kişilik hakkını sınırlayıcı nitelikte, karşı tarafa aşırı ve hakkaniyete aykırı bir güvenceler sağlayan hükümlerden oluşan sözleşmelerdir. Sözleşmeye kendi rızasıyla taraf olan kişinin ölçüsüz ve sınırlayıcı taahhütlerle ekonomik yönden veya özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde 6098 sayılı TBK md. 27 hükmü, *'kişilik haklarına aykırı'* sözleşmeler kesin hükümsüzdür.<sup>21</sup>

Kişilik hakkının ihlalinin aynı zamanda bir haksız fiil oluşturması nedeniyle, kişinin manevi tazminat davası açması halinde TBK md. 58 önem arz etmektedir.

<sup>17</sup> Kişilik hakkının ihlalinden doğan kazancın TBK md. 530 uyarınca gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kapsamında iadesi davasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, **İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 30, Fikret Eren, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 605-606, Akdemir, s. 115 vd., Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 413. Bu davayı bir çeşit tazminat davası olarak gören, böylece MK md. 25/ f. 3 hükmünde üç farklı tazminat davasının düzenlediğini savunan görüş için bkz. Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar**, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 158 vd.

<sup>18</sup> Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 395.

<sup>19</sup> Dural/ Öğüz, s. 154,155, Serozan, s. 476, Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 128-130.

<sup>20</sup> Veri depoları olarak adlandırdığımız merkezi veri bankalarının kronolojik gelişimi için bkz. Küzeci, s. 28 vd.

<sup>21</sup> Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 181, Eren, s. 333, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 185, Serozan, s. 461, Karabağ-Bulut, s. 353.

Çalışmamıza konu sosyal medya alanındaki ihlallere yönelik, *Oğuzman/ Öz*<sup>22</sup>, internet ortamında kişinin özel hayatının gizliliğine veya şeref ve onuruna yapılacak saldırıların, kişilik hakkı ihlallerinin kolaylaştığı ve yaygınlaştığını, bu nedenle de kullanıcılar bakımından manevi tazminat davasının öneminin günümüzde arttığını belirtmektedir. Manevi tazminat davasının şartları, kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırının bulunması, kişilik hakkı ihlal edilen ile zarar görenin aynı kişi olması, yani yansıma zararın olmaması<sup>23</sup>, kişinin manevi bir zararı bulunmalı, saldırı fiilini gerçekleştirenin kusuru ya da kusursuz sorumluluğunu doğuran bir durumu olmalı<sup>24</sup> ve son olarak kişilik hakkına saldırı fiili ile zarar arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır.<sup>25</sup>

TBK md. 58/ f. 2 hükmü, manevi tazminat davasında hakime tazminat bedelinden ayrı olarak, saldırıyı kınayan bir karar verme ve bu kararın basın yoluyla ilanına da hükmedebilme yönünde bir takdir yetkisi vermiştir.<sup>26</sup> Sosyal medyanın klasik kitle iletişim araçlarından daha etkin bir şekilde kullanıldığı günümüzde, kanaatimizce, mahkemede gazetede veya televizyonda ilanını yanı sıra, ihlalin gerçekleştiği sitenin yöneticisinin söz konusu kararın sitenin tasarımında görünecek şekilde bir link yoluyla yayınlamasına karar verilmesi, bu yönde site yöneticisine yasal bir yükümlülük getirilmesi söz konusu olabilir. Manevi zararın tazmini konusunda mağdur konumundaki kullanıcı açısından daha etkili bir hukuki çözümün tanınması, kanun koyucu tarafından dikkate alınması gereken bir konudur.

## B. Kişisel Verilerin Korunması

### 1. Kişisel Verilerin İşlenmesi İle Bağlantılı Kişisel Değerler

#### a) Kişinin Şeref ve Onuru

Kişinin şeref ve onuru, kişiye toplum tarafından çeşitli ahlaki niteliklere sahip

<sup>22</sup> Oğuzman/ Öz, C. II, s. 255.

<sup>23</sup> Ancak örneğin, aile bireylerinden birine yapılan saldırının diğer aile bireylerinin şeref ve onurlarına da saldırı olarak nitelendirilmesi halinde, diğer bireylerin de md. 58 uyarınca manevi tazminat davası açabilmesine ilişkin bkz. Oğuzman/ Öz, C. II, s. 262.

<sup>24</sup> Eren, s. 795, Oğuzman, **Şahsiyetin Korunması**, s. 42. 818 sayılı BK md. 49'da yer alan 'kusurun özel ağırlığı' şartının kaldırılması sonucu kusursuz sorumluluk halinde de manevi tazminatın söz konusu olacağına ilişkin bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 109, Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 411. TBK md. 58'in kusursuz sorumluluk kapsamına girmediği görüşü için bkz. Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.168.

<sup>25</sup> Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 410-411.

<sup>26</sup> Oğuzman/ Öz, C. II, s. 276, Eren, s. 797, Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 408, Dural/ Ögüz, s. 159.

olduğu için verilen, atfedilen değerdir.<sup>27</sup> Bu kişilik değeri, insanın insan olmasından doğan temel değerlerden biridir. Kişinin toplum içinde sahip olduğu özellikler veya atfedilen değerler anlamında şeref ve onurun yanında bir de belirli bir mesleğe sahip veya sanatkar olmasından dolayı sahip olacağı mesleki şeref ve onuru da söz konusudur.<sup>28</sup> Şeref ve onur, kişinin bulunduğu toplum ve zamana göre değişiklik gösterebilirse de, asgari olarak insani bir sınırın bulunduğu ve bu nedenle çekirdek bir şeref kavramı ve bunun çevresinde kişiye özgü şerefe ilişkin değerler kabul edilmelidir.<sup>29</sup>

Kişilik değeri olarak şeref ve onurun ihlali, kişinin toplum nezdinde sahip olduğu varsayılan özellikler ve değerlerin eksik olduğu fikrini yansıtan yazı, söz veya resimle yapılan tüm beyanlar yoluyla gerçekleşir.<sup>30</sup> Şeref ve onur, kişinin toplum içerisindeki konumu baz alındığı için, hukuk düzenince kendisine yüklenen sorumlulukları yerine getirmediği, toplumca kendisine atfedilen değerleri veya yazılı olmayan kuralları ihlal ettiği iddiası bu kişilik değerinin ihlalini oluşturacaktır.<sup>31</sup>

## b) Kişinin Hayat Alanı

Kişinin hayat alanı, kişilik değeri olarak Anayasal düzeyde korunan herkesin özel hayatına saygı duyulmasını isteme ve kendine ait bilgilerin üçüncü kişilerce öğrenilmesini istememe hakkına dayanır.<sup>32</sup>

Kişinin hayat alanı, genel olarak doktrinde üçe ayrılmaktadır. Bunlar, kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanıdır. Kamuya açık alan, kişinin herkesin bilgisine açık, bilinmesinden rahatsız olmadığı hayat çevresidir.<sup>33</sup> Özel alan, kişinin kamuya açık hale gelmesini istemediği, ailesi, yakın arkadaşları veya güvendiği insanlar gibi belirli kişilerce bilinmesi, öğrenilmesini uygun bulduğu olaylar veya davranışlardır. Gizli alan ise, üçüncü kişiler tarafından bilinmesi istenmeyen, hatta kişinin güvendiği kişilerle paylaştığı ve sadece paylaşılan kişilerce bilinmesini istediği olay veya davranışlardan oluşur.<sup>34</sup> Gizli alana örnek olarak, kişinin cinsel yaşamına ait bilgiler, ticari sırların olduğu belgeler, mektuplar, günlükler verilebilir. Bu üçlü ayırmada kamuya

<sup>27</sup> Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. Bası, İstanbul 1979, s. 166, İlknur Serdar, **Radio ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 33, Dural/ Ögüz, s. 127, Özel, s. 35, Helvacı, s. 91.

<sup>28</sup> Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 386.

<sup>29</sup> Dural/ Ögüz, s. 129, Özel, s. 36, Ataay, s. 135. Bu konuda 'normal vatandaş' kriterinin kullanımına ilişkin bkz. Helvacı, s. 92, Serdar, s. 37.

<sup>30</sup> Dural/ Ögüz, s. 129, Özel, s. 37.

<sup>31</sup> Özel, s. 38.

<sup>32</sup> Helvacı, s. 84.

<sup>33</sup> Dural/ Ögüz, s. 135, Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 390, Helvacı, s. 86.

<sup>34</sup> Volkan Sırabaşı, **İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)**, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 37, Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 177, dn. 618, Helvacı, s. 86-87, Özel, s. 31.

açık alan haricinde özel ve gizli alana ait bilgilerin kişinin rızası olmaksızın ele geçirilmesi, saklanması veya üçüncü kişilerle paylaşılması kişilik hakkının ihlalidir. Zira, kişi, özel ve gizli alanlara ait bilgileri, üçüncü kişilerden özellikle saklamakta, hatta çoğu zaman bu bilgilerin yalnızca sır olarak kalacağına güvenerek paylaştığı kişiler tarafından bilinmesini istemektedir.<sup>35</sup>

Bu noktada kişinin özel ve gizli alanlarına ait bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmasının yanı sıra, hukuka aykırı şekilde öğrenilmesi de kişilik hakkının ihlalini oluşturur.<sup>36</sup> Çalışmamızla bağlantılı olarak, günümüzde kişinin özel ve gizli hayat alanlarına, dolayısıyla kişilik hakkına müdahalenin en tehlikeli görünümü, devletin, büyük bilgi bankalarının veya kitle iletişim aracı olarak sosyal medya sitelerinin internet aracılığıyla kişinin özel hayatına ilişkin verilerine kısa zamanda ulaşabilmesi ve bunları depolamasıdır.<sup>37</sup> Verilerin depolanmasından dahi bahsedilmesinin sebebi, verilerin ileride kullanıma hazır bir şekilde tutulmasının potansiyel bir ihlal tehlikesi yaratmasıdır.<sup>38</sup>

### c) Kişinin Resmi ve Sesi

Özellikle günümüzde sosyal medya sitelerinde kullanıcıların paylaşımlarına konu olan bu kişilik değerinin kişisel veri kapsamında hukuken korunması önem arz etmektedir. Kişinin resmi ve sesinin konu edildiği kişilik hakkına saldırı teşkil eden fiil genellikle kişinin şerefine ve onuruna ya da özel hayatına müdahale kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle kişinin fotoğrafı veya ses kaydı gibi kişisel değerlerinin izinsiz kullanımı, yayılması halinde söz konusu kişilik değeri yerine, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesinden veya şeref ve onurun zedelenmesinden bahsedilmektedir.<sup>39</sup>

### d) Kişiyi Ait Hassas Veri

Kişisel verilerin hukuken korunmasında hassas veriler, özelliği ve önemi gereği ayrıcalıklı bir grup olarak yer alır. Hassas veriler, 95/46/ EC sayılı Verilerin Korun-

<sup>35</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 178, Dural/ Öğüz, s. 136, Helvacı, s. 87.

<sup>36</sup> Dural/ Öğüz, s. 138, Helvacı, s. 87, Özel, s. 33. Burada kişinin yalnız kalma hakkının ihlal edildiğine ilişkin bkz. Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 76, Dural/ Öğüz, s. 137, Serdar, s. 40.

<sup>37</sup> Her ülkede konuya özgü yasal düzenleme yapılmasına ilişkin bkz. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 181.

<sup>38</sup> Dural/ Öğüz, s. 138. Bu durumun özellikle 11 Eylül 2001 saldırıları sonrası özel hayatın gizliliği ile birlikte kişisel veriler üzerindeki kişilik hakkının ihlali potansiyelinin hızla artmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Küzeci, s. 80 vd.

<sup>39</sup> Dural/ Öğüz, s. 140, Helvacı, s. 96

masına İlişkin Direktif<sup>40</sup> md.8'de kişilerin ırk veya etnik kökenlerini, politik görüşlerini, dini veya felsefi inançlarını ya da sendika üyeliklerini ortaya çıkararak, sağlık durumuyla veya cinsel hayatıyla ilgili veriler şeklinde tanımlanmıştır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md.6/ f.1'de ise, bu tanımdan farklı olarak, dini inancıyla birlikte mezhebi veya diğer inancı ile ilgili veriler, sendika üyeliğinin yanında dernek ve vakıf üyeliğine dair veriler ve kişinin mahkumiyetine ilişkin veriler de hassas veri olarak kabul edilmiştir.

Hassas verilerin bu şekilde sınırlı sayıda, *numerus clausus* ilkesine bağlı kalarak düzenlenmesine yönelik iki farklı eleştiri getirilmiştir. İçeriğe önem veren yaklaşıma göre, kişisel verinin hassas olarak nitelendirilmesine karar verilebilmesi için veriyi işleyen veya ona ulaşanın menfaatinin, verinin toplanma amacının, veri sahibini etkileyebilecek olası sonuçların göz önünde tutulması gerekir. İkinci görüş olan amaçsal yaklaşıma göre ise, veri işleme işleminin amacı önemlidir. Verinin işlenmesinde amaç, hassas nitelikte bir verinin depolanması veya afişe olması ise bu durumda veri işlenmesi, saklanması ve transferi işlemlerine karşı hukuki koruma arttırılacaktır.<sup>41</sup>

## 2. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Türk mevzuatı çerçevesinde internet ortamında kişisel verilerin işlenmesi, saklanması veya transferi yoluyla kişilik hakkının ihlalini oluşturan durumlara karşı veri sahibinin hukuken korunması, Avrupa Birliği ve Anglosakson Hukuku'na kıyasen yeni gelişen bir alandır.

Bu başlık altında öncelikle bahsedilmesi gereken ve 2010 referandumuyla eklenen Anayasa md. 20/ f. 3 hükmü, kişisel verilerin korunmasına ilişkin anayasal bir ilke koymaktadır. Buna göre, *'Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.'*

Söz konusu Anayasa hükmünde öngörüldüğü üzere, kişisel verilere ilişkin yasal bir düzenlemenin yürürlüğe girmesi ihtiyacı doğmuştur. Uzun bir bekleyişin ardından 26 Aralık 2014 tarihinde TBMM Genel Kurulu'na sunulan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Kanun Tasarısı, 24 Mart 2016 tarihinde TBMM Genel Mec-

<sup>40</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal L 281, 23/11/1995 P. 0031 – 0050, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (Son Erişim Tarihi: 13.05.2015)

<sup>41</sup> Aksoy, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 33.



lisi'nde kabul edilerek yasalaşan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu<sup>42</sup>, AB düzenlemelerine paralel olarak Türk Hukuku'nda da kişisel verilerin yasal olarak korunması açısından önemli bir adım teşkil etmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda hem gerçek hem de tüzel kişilere<sup>43</sup> ilişkin verilerin işlenmesi kapsam altına alınmıştır. Söz konusu Kanunun 4. maddesi, kişisel verilerin işlenmesinde uluslararası düzenlemelerin kabul ettiği temel ilkeleri ulusal mevzuatta tanınması özelliğini taşımaktadır. Bu hükme göre, kişisel verilerin işlenmesine yönelik işlemler hukuka uygun, doğru ve güncel olmalı, veri işleme amacı açık ve meşru olmalı, orantılılık ilkesine uygun, yani işlenecek veriler, işleme amacı ile sınırlı nitelikte ve bağlantılı olmalı, son olarak verilerin saklanma süresi işleme amacının gerektirdiğinden fazla olmamalıdır.

## II. Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Alanında Uygulanabilecek AB Düzenlemeleri

### A. 95/46/EC Sayılı Verilerin Korunmasına İlişkin Direktif

Bu direktif, kişisel verilerin hukuka uygun ve kişilik hakkına zarar vermeyecek şekilde işlenmesine dair kuralları düzenlemektedir. Site yöneticisi, siteyi ziyaret edenlerin kendi kişisel verilerinin işlenme metodu hakkında bilgi sağlamakla yükümlüdür. Bazen ziyaretçilerin bu işlem için izinlerinin alınması gerekir. Bu direktif, ziyaretçilerin kişilik hakkı olarak nitelendirilebilecek gizliliğini ve kişisel verilerinin korunması adına çok çeşitli sınırlamalar ve şartlar barındırmaktadır.

Söz konusu direktifin 2. maddesinde 'veri işlenmesi' ve 'kişisel veri' kavramları çok geniş tutulmuştur. Online ortamda bu verilen toplanmasından silinmesine, doğrudan veya dolaylı olarak bireylerin tanınmasını sağlayacak her türlü bilgiyi konu edinen tüm işlemler 'kişisel verilerin işlenmesi' olarak tanımlanmaktadır. 29. Madde Veri Koruma Grubu, bu direktifin 29. maddesi uyarınca kurulmuş olup, tavsiye kararlar vermektedir. 2000 tarihli bir tavsiye kararında<sup>44</sup> site yöneticilerinin rutin olarak depoladığı ziyaretçilerin IP numaraları<sup>45</sup>, kural olarak tanınmalarına neden olabileceği için, kişisel veri olarak tanımlanmıştır.

<sup>42</sup> <http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/362939.pdf> (Son Erişim Tarihi: 13.05.2015)

<sup>43</sup> Tüzel kişilere ait verilerin tasarı kapsamına alınmasına ilişkin eleştiri için bkz. Küzeci, s. 364.

<sup>44</sup> Article 29 Working Party's Working Document Privacy on the Internet: An integrated EU Approach to Online Data Protection, 21 November 2000, WP 37 [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37en.pdf). Ayrıca bkz. Opinion 4/2007 on the concept of personal data ([http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf)).

<sup>45</sup> IP numarası, internete doğrudan bağlı olan her bilgisayarı tanımlayan bir numaradır. Bu numara aynı zamanda 'IP adresi' olarak da tanımlanır ve birbirinden ayrılmış dört rakam kümesinden oluşur. Bu rakam kümesi internetin hiyerarşik düzenini tanımlar. IP numarası, özellikle, hangi bilgisayardan internete girildiğinin tespiti açısından önemlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sırabaşı, s. 64.

Uygulamada önemli bir sorun olarak, web sitesi yöneticisi, sitenin sadece reklamları ile ilgilendiğini, ziyaretçilerin kimliğini saptamakla ilgilenmediğini ileri sürebilir. Aksi iddia edilmediği sürece, site yöneticisinin, kullanıcıların kimliğine ilişkin bilgileri veya IP numarasını ifşa etme amacının varlığından bahsedilemez. Herhangi bir yetkili kurumun veya yerel mahkemenin site yöneticisini kişisel verilen korunmasına ilişkin kurallara uyma yükümlülüğünü belirlemesi zor bir durum olarak gözükmektedir.<sup>46</sup>

Bu direktif coğrafi olarak da geniş bir alanı kapsamaktadır. Direktifin uygulama alanı, md.4'e göre, sitede herhangi bir işlem üzerinde kontrol sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin işletmesinin olduğu yerleri dahi kapsamaktadır. Bu noktada direktifin çok geniş bir kapsama alanına sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. İşletmenin AB sınırları içerisinde olması durumunda üye ülkenin mevzuatı uygulanmakla beraber, site yöneticisinin işletmesi AB dışında olsa bile çerezlerin<sup>47</sup> yüklenmesini denetleyen sistemin AB sınırlarında olması halinde, örneğin Amerika'da olsa bile, sitenin ana işletim sistemi veya yedekleyici sistemi İrlanda'dan sağlanıyorsa, AB üyesi ülkenin hukuku veri işlemi için uygulanacaktır.<sup>48</sup> 29. Madde Veri Koruma Grubu'nun 2002 tarihli tavsiye kararında AB dışında işletmesi olan bir sitenin çerez programı sayesinde AB vatandaşının bilgileri site tarafından işlenebiliyorsa, bu durumda dahi kişisel verilerin korunması bakımından AB vatandaşının bilgisayarının bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulmalıdır.<sup>49</sup> Diğer bir örnek olarak sosyal medya sitelerinde kullanıcının kendisi hakkındaki bir formu gönüllü olarak doldurarak, kişisel bilgi-

<sup>46</sup> Richard Jones/ Dalal Tahri, **EU law requirements to provide information to website visitors**, Computer Law & Security Review, Vol. 26, 2010, s. 614.

<sup>47</sup> Çerez ya da cookies olarak anılan bu teknik kavram, küçük bir veri topluluğunu ifade eder. Sosyal medya sitelerinde kullanıcının internet kullanımı sırasında tıklama yoluyla ziyaret ettiği web sayfalarının sunucuları tarafından işlemcisine yerleştirilen 'cookie'ler sayesinde sanal dünyada kullanıcının bir profili çıkarılmaktadır. Kullanıcının sosyal medya sitesine girdiğinde tanınması ve 'özelleştirilmiş' bir sayfayla karşılaşmasını sağlayan çerez programlar, veri sahibi kullanıcının kişisel alışkanlıklarına ve ilgi alanlarına yönelik veriyi depoladıkları için kişisel verilerin korunmasına yönelik bir tehdit oluşturur. Çerez programlar yüzünden işlemcide depolanan kişisel veriler üzerinden profil oluşturulması ve e-posta adreslerine ulaşma gibi kişilik hakkı ihlalleri gerçekleşmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Joasia Luzak, **Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies**, European Review of Private Law, Vol. 1, 2013, s. 222-223, Nilgün Başalp, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 90, Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 178.

<sup>48</sup> İnternetteki arama motorları için aynı yönde bir uygulama alanının belirlenmesine ilişkin bkz. Article 29 Working Party's Opinion 1/ 2008 on Data Protection Issues Related to Search Engineers. [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_en.pdf)

<sup>49</sup> Article 29 Working Party's Working Document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites, 30 May 2002, WP 56 [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp56\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp56_en.pdf).

lerini açıklaması durumunda, bir çerez programı sayesinde bireyin kimliği saptanabildiği için bu çerez program AB hukuku çerçevesinde kabul edilebilir. Bu durumda site yöneticileri yine AB mevzuatını göz önünde bulundurmamakla ve mevzuattaki hükümlerle yükümlüdür.<sup>50</sup>

## B. 2002/58/EC Sayılı Gizlilik ve Elektronik İletişime İlişkin Direktif<sup>51</sup> (E-Gizlilik Direktifi)

E-Gizlilik Direktifinde 95/46/EC sayılı direktife nazaran daha koruyucu hükümler vardır. Burada internet servis sağlayıcılarının<sup>52</sup> elektronik iletişimde gizliliğin korunmasına yönelik yükümlülüklerine dair hükümler söz konusudur. Verilerin Korunması Direktifi'ndeki gibi uygulanacak hukuk hükmü 2002/58/EC sayılı direktifte mevcut değil, bu nedenle uygulama alanı belirsiz kalmaktadır.<sup>53</sup> Bunun yanında E-Gizlilik Direktifi, 95/46/EC'nin tamamlayıcısı ve daha özel bir düzenlemesi olarak nitelendirilmektedir. E-Gizlilik Direktifi, genel olarak gelişen iletişim teknolojilerinin olumsuz bir sonucu olan kişisel verilerin işlenmeye karşı savunmasız hale gelmesi ve kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin korunmasının zorlaşması karşısında bu olumsuz sonuçları engelleme amacını taşır.<sup>54</sup>

E-Gizlilik Direktifi 2009 yılında 2009/136/EC sayılı Değişikliğe İlişkin Direktif<sup>55</sup> ile değiştirilmiştir. 2009/136/EC direktifinin kişisel verilerin korunmasındaki etkisi, özellikle çerezlerin indirilmesine ilişkindir. Artık kendi kişisel verilerine ula-

<sup>50</sup> Jones/ Tahri, s. 615.

<sup>51</sup> Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), Official Journal L 201 , 31/07/2002 P. 0037 – 0047, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:en:HTML> (Son Erişim Tarihi: 13.05.2015)

<sup>52</sup> İnternet servis sağlayıcısı, kendi bilgisayar aracılığıyla kullanıcının internete bağlanmasını sağlayan gerçek veya tüzel kişilerdir. İnternet erişimindeki en önemli aktör konumundaki internet servis sağlayıcıları, ticari bir kuruluş olabileceği gibi, üniversiteler gibi akademik kuruluşlar da olabilir. Kullanıcı, bir giriş kapısı olarak servis sağlayıcının bilgisayar olmadan internete erişimi sağlayamaz. İnternete yüklenen verinin sorumluluğu açısından önemli bir nokta ise, internet servis sağlayıcılarının içerdiği ilemeden önce içerik hakkında bilgi sahibi olamamasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, s. 157, Oğuz, s. 48-49.

<sup>53</sup> Jones/ Tahri, s. 616.

<sup>54</sup> Hayrunnisa Özdemir, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükmüne Göre Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 36.

<sup>55</sup> DIRECTIVE 2009/136/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:En:PDF>

şımı sağlayan bu indirme işleminin yapılabilmesi için kullanıcıların öncelikli olarak iznin alınması şart koşulmaktadır.<sup>56</sup>

### C. 29. Madde Veri Koruma Grubunun Çevrimiçi Sosyal Ağlarla İlgili 5/ 2009 Sayılı Tavsiye Raporu<sup>57</sup>

#### 1. Genel Olarak

Sosyal medya siteleri genel olarak bireylere aynı veya benzer görüşlere sahip kişilerle, aile bireyleriyle bir ağ yaratma veya o ağa katılma imkanı veren çevrimiçi iletişim platformları şeklinde tanımlanabilir. Bireylerin kendi tercihleri ve yaşam tarzlarıyla ilgili oldukça fazla paylaşım yaptıkları bu siteler, doğal olarak reklam veren şirketlerin hedef gruplara ulaşmasını kolaylaştırıcı niteliktedir. Bu nedenle doğrudan pazarlama amacıyla kişisel verilerin işlenmesi, sosyal medya sitelerinde daha yaygın olarak görülmektedir.

#### 3. Veri Denetçisi Sorumluluğu ve Ailevi İstisna

AB düzenlemelerinin kişisel verilerin toplanması, depolanması, işlenmesi ve yok edilmesi gibi işlemlerde sorumlu tuttuğu veri denetçisi<sup>58</sup>, sosyal medya açısından sosyal medya sitelerinin yöneticileri/ sağlayıcılarıdır.<sup>59</sup> Veri denetçisi olarak belirlenen bu kişiler, kullanıcı verilerini işlemek için gereken araçları sağlamak ve kullanıcıların yönetimi için gereken temel hizmetleri sunmaktadır. Bu hizmet ve araçlara en temel örnek, site içerisindeki bir hesabın kapatılması veya o siteye kayıt olunmasıdır.

<sup>56</sup> Jones/ Tahri, s. 616.

<sup>57</sup> Article 29 Working Party's Opinion 5/ 2009 on Online Social Networking, Adopted on 12.06.2009, [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_en.pdf).

<sup>58</sup> Veri denetçisi, 95/46 sayılı AB direktifi md. 2/ b. d'de veri işleme işleminin amacını ve hangi yöntem ya da araçlarla yapılacağını belirleyen herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi veya kamu kurumu olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın yanı sıra, 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine Karşı Bireylerin Korunmasına Yönelik Konvansiyon'un md. 2/ b. d'deki tanımda veri denetçisinin aynı zamanda hangi türde kişisel verilerin depolanacağı, saklanacağına da karar vereceğini düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Christopher Kuner, **European Data Protection Law Corporate Compliance and Regulation**, 2. Bası, Oxford University Press, İngiltere 2007, s. 70, European Union Agency for Fundamental Rights, **Handbook on European Data Protection Law**, Publications Office of the European Union, Lüksemburg 2014, s. 51.

<sup>59</sup> Site yöneticisi, teknik olarak 'İnternet İçerik Sağlayıcısı' kavramı içerisinde ele alınmaktadır. İnternet içerik sağlayıcısı, internette belirli bir yayının içeriğini sağlayan, hazırlayan, bilgiyi sunan kişidir. Sosyal medya açısından bu kapsama sosyal ağ sitelerini yöneten şirketlerden başlayıp, sitelere kayıt olup paylaşımlar yapan kayıtlara kadar geniş bir kesim girer. İnternet sayfasının içeriğini hazırlamakla beraber internette indirme yoluyla elde edilebilecek bilgileri hazırlayıp bunları internete yükleyen gerçek veya tüzel kişiler de internet içerik sağlayıcısı konumundadır. Bunun için bkz. Murat Tümerdem, **İnternette Kişilik Hakkı İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 47, Özel, s. 156-157, Sırabaşı, s. 144, Oğuz, s. 52.

Site yöneticileri aynı zamanda kullanıcı verilerinin tanıtım veya pazarlama amacıyla ne şekilde kullanılacağına da karar vermektedir. Site yöneticilerinin yanında AB mevzuatında veri denetçisi olarak sorumlu tutulabilecek diğer bir grup ise, akıllı telefonlarla sosyal medyaya ulaşmamızı sağlayan uygulama sağlayıcıları/ yöneticileridir.

Söz konusu tavsiye raporunda veri denetçisi sorumluluğunun kullanıcılar için de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Başka bir kullanıcının verilerini başka bir veri denetçisi veya üçüncü bir kişiye ifşa etmesi halinde söz konusu kullanıcı, veri denetçisi sorumluluğuna sahiptir. Bu noktada kendi kişisel verilerini sadece kişisel veya ailevi amaçlarla, buna yönelik aktivitelerin yapılmasıyla bağlantılı olarak sosyal medya sitelerinde işlemesi halinde AB Direktiflerinin veri denetçisi sorumluluğuna 'ailevi istisna' getirilmiştir.<sup>60</sup> Ancak bu istisna aşağıdaki üç durumda söz konusu olmayacak ve kullanıcılar, veri denetçisi olarak sorumlu tutulabilecektir;

- Eğer kullanıcı, bir şirket ya da işletme adına hareket ediyorsa veya sosyal medyayı ticari, politik ya da bağış toplama amaçlarıyla kullanıyorsa 'ailevi istisna' dışında tutulmalıdır.

- Sosyal medya kullanıcısı, özellikle kamuya mal olmuş bir kişi olduğunda, hesabındaki kişisel verilerin kamuya açık olması durumunda veri denetçisi sorumluluğu altındadır. Site genelinde kendi seçtiği 'arkadaş' grubu dışında, herkesin kullanıcı hesabındaki verileri görüntüleyebilmesi, bu yönde güvenlik ayarlarının sıkı olmaması halinde söz konusu istisna mevcut olmayacaktır.

- Son olarak, ailevi nitelikteki paylaşımlarda dahi üçüncü bir kişinin kişisel verisini işleme söz konusu olabilir. Veri Koruma Grubu'na göre, sosyal medyada özellikle üçüncü kişiye ait hassas verilerin işlenmesi durumunda ilgili ulusal hukukun medeni veya ceza kanunları çerçevesinde veri işleyen kullanıcının sorumlu tutulması gerekir.<sup>61</sup> Örneğin, Türk kullanıcı, sosyal medyada komşusunun evinde verdiği partiye

<sup>60</sup> Douwe Korff, **WORKING PAPER No. 2: Data protection laws in the EU: The difficulties in meeting the challenges posed by global social and technical developments**, Comparative Study on Different Approaches to New Privacy Challenges in Particular in the Light of Technological Developments, European Commission Directorate- General Justice, Freedom and Security, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Son Versiyon, Londra 20 Ocak 2010, Handbook on European Data Protection Law, s. 50.

<sup>61</sup> Avrupa Adalet Divanı (AAD)'nın önemli bir kararı bu duruma ilişkindir. AAD'nın 2003 tarihli Lindqvist kararında üçüncü kişilerin ismen veya başka yollarla-resim, sağlık bilgileri vb.- tanınmasını sağlayan bilgilerin İnternet sayfasında yayınlanması, başka bir etkinliğe gerek kalmadan 'kişisel verilerin otomatik yolla işlenmesi' olarak değerlendirilmiştir. Veri işleme eyleminin Lindqvist'in bir kilisedeki hayır işleriyle ilgili internet sayfası hazırlaması dolayısıyla gerçekleştiği, ancak bu durumun 'ailevi istisna' kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir. AAD'na göre, kişisel verilerin İnternet ortamına aktarılması ve bu yolla veri işlenmesi karşısında kişisel verilerin sınırsız olarak üçüncü kişilerin erişimine açık hale getirilmesi ailevi istisnanın uygulanmasına engel oluşturur. İsveç'teki ilk derece ve bölge mahkemelerinde Lindqvist'in öne sürdüğü kar gütmeyen etkinliklere 95/46/EC sayılı direktifin uygulanamayacağı iddiası da AAD tarafından reddedilmiş-

ait kendi balkonundan fotoğrafladığı özel resimleri, kişilik hakkına saldırı oluşturabilecek boyutta rencide edici ve hakaret dolu bir yazıyla paylaşması durumunda MK md. 24 ve TBK md. 58 gereğince manevi tazminat ödeme borcu altına girebilmektedir.

Ailevi istisnanın uygulanmadığı hallerde dahi eğer kişisel veri, sanatsal, basın veya ifade özgürlüğüne yönelik amaçlarla işleniyorsa, kullanıcı, bu durumda veri denetçisi sorumluluğu altında tutulamaz. Bu gibi durumlarda Veri Koruma Grubu'na göre, ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliğini koruma hakkı arasında bir dengeyi gözetilmesi gerekir.

#### 4. Hassas Veriler

Sosyal medyada veri sahibinin fotoğrafının paylaşılması halinde özellikle veri sahibinin ırkı veya etnik kökeni ile bilgi sahibi olma ya da inancı, sağlığıyla ilgili verilerin ortaya dökme imkanı kullanıcılara verilmiştir. Hassas veri olarak tanımlanan bu kişisel verilerin korunması adına çoğu AB ülkesi, veri sahibinin sosyal medyada yüklediği fotoğraflarını hassas veri olarak kabul etmiştir. Ancak 29. Madde Veri Koruma Grubu, veri sahibinin fotoğrafını ancak hassas verilerin ortaya çıkması amacıyla paylaşma halinde hassas veri olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Ayrıca sosyal medyada veri denetçisi tarafından hassas verilerin işlenmesi noktasında kullanıcının açık rızası alınmalıdır. Sosyal medya sitesinde kullanıcının/ katılımcının hassas verilerini vermesi gereken bir formun doldurulması halinde hassas veri niteliğindeki kişisel verilerin verilmesinin tamamen gönüllülük esasına dayandığı vurgulanmalıdır. 29. Madde Veri Koruma Grubu, şirketlerin doğrudan pazarlama taktiği olarak kullanıcıların sosyal medyadaki aktivitelerini, ziyaret ettikleri sayfaları inceleyerek belirli ilgi alanlarını ortaya çıkardıkları davranışsal pazarlamada kullanıcıların hassas verilerini kullanmamaları gerektiğini isabetli bir şekilde savunmuştur.

### III. Sosyal Medyada Kullanıcının Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Rızası

#### A. Genel Olarak

##### 1. AB Hukuku Düzenlemelerinde Veri Sahibinin Rızası

AB Temel Haklar Şartı<sup>62</sup> md.8/ f.2'ye göre, kişisel veriler belirli bir amaca uygun

tir. Kararın tamamı için bkz. Case C-101/01 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9409> (Son Erişim Tarihi: 19.05.2015). Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Küzeci, s. 169, Handbook on European Data Protection Law, s. 50.

<sup>62</sup> CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (2000/C 364/01), [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf).

bir şekilde ve ilgili kişinin rızası başta olmak üzere diğer yasal şartların oluşmasıyla birlikte işlenmelidir. Dolayısıyla AB Temel Haklar Şartı ile veri işleme işlemlerinin hukuka uygun sayılabilmesi için verinin niteliği ve belirlenmiş amaç ilkesinin yanında bir diğer önemli unsur, veri sahibi kişinin veri toplama, dağıtma, saklama veya yok etme işlemlerine verdiği rızadır.<sup>63</sup> Bu noktada, AB düzenlemelerinin kişisel verilerin korunması konusunda sorunlu olduğu görüşünün ortaya çıkmasının en temel nedeni, kullanıcıya ihbar ve kullanıcının rızası kavramlarının netleşmemesidir.<sup>64</sup>

29. Madde Veri Koruma Grubunun izin kavramıyla ilgili tavsiye raporunda<sup>65</sup> Verilerin Korunmasına İlişkin Direktifin düzenlenmesi aşamasında veri sahibinin izninin geçerlilik şartlarının, özgür iradeyle verilmesi, belirli bir konuya ilişkin olması ve aydınlatılmış olması yönünde bir fikir birliği sağlandığı belirtilmiştir. 95/46/EC sayılı Verilerin Korunmasına İlişkin Direktif md.2/ b. h'de veri sahibinin rızası, kişinin kendisiyle ilgili verilerin işlenmesini kabul ettiğini gösteren, belirli ve aydınlatılmış özgür iradesinin herhangi bir işareti olarak tanımlanmıştır. 2002/58/EC sayılı E-Gizlilik Direktifi md. 2/ b. f'de kullanıcı veya üyenin rızası kavramı, Verilerin Korunmasına İlişkin Direktif uyarınca veri sahibinin rızası tanımıyla benzer ve ortak noktalara sahip olduğu belirtilmiştir.

2012 tarihli AB Veri Korumasına İlişkin Genel Düzenleme'nin<sup>66</sup> taslak metninde md.4/ f.8'de veri sahibinin rızasına ilişkin tanımda önceki düzenlemelere ek olarak veri sahibinin iradesinin bir açıklamayla veya açıkça anlaşılan olumlu bir eylemle ortaya konması gerektiği vurgulanmıştır. Buna ek olarak, AB düzenlemelerinde ilk olma özelliğine sahip md.7'de veri sahibinin izninin hukuki sonuçlarına ilişkin bir hükme yer verilmiştir.

## 2. Türk Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Veri Sahibinin Rızası

Kişisel verilerin işlenmesine dair veri sahibinin beyan edeceği rıza, kişilik hakkı-

<sup>63</sup> Federico Ferretti, **A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously**, European Review of Private Law, Vol.2, 2012, s. 475, Handbook on European Data Protection Law, s. 87.

<sup>64</sup> Roger Brownsword **Consent in Data Protection Law: Privacy, Fair Processing and Confidentiality**, Edited by Serge Gutwirth/ Yves Poullet/ Paul De Hert/ Cecile de Terwangne /Sjaak Nouwt, Reinventing Data Protection?, Springer Publishing, 2009, s. 84, Ferretti, s. 475.

<sup>65</sup> Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, Adopted on 13.07.2011, [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf).

<sup>66</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance) (SEC(2012) 72 final) {SEC(2012) 73 final} [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com\\_2012\\_11\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf)

nın kullanımının kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasından doğmaktadır. Diğer bir deyişle, veri işleme, saklama veya transferi gibi işlemlere veri sahibinin rıza gösterme hakkı, kişilik hakkının devredilemeyen ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olma özelliğinin birebir yansımaları teşkil eder.<sup>67</sup> Türk hukukunda kişisel verilerin işlenmesi yoluyla kişilik hakkına yapılan saldırının hukuka uygun olup olmadığını konusunda genel hüküm MK md. 24/ f. 2'dir. Bu hükme göre, kişilik hakkına müdahale edilenin rızası, hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınacaktır.<sup>68</sup> Ek olarak, haksız fiil niteliğindeki kişilik hakkını ihlal eden fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi sonucu TBK md. 63 hükmüne göre, mağdur konumundaki veri sahibinin bu fiile göstereceği rıza, hukuka aykırılığı kaldıran bir sebeptir. Hukuka uygunluk nedeni olan mağdurun rızası, mağdur tarafından açık veya davranışlara dayalı örtülü bir irade beyanıyla verilebilir.<sup>69</sup>

Gösterilecek rızanın hukuka ve ahlaka aykırı bir amaca sahip olmaması gerekir.<sup>70</sup> Ayrıca kişilik hakkına saldırı fiiline rıza gösteren mağdur, ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. MK md. 16/ f. 2 uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, tek başlarına kişilik hakkına müdahaleye rıza gösterebilir.<sup>71</sup> Ancak saldırının büyüklüğü göz önüne alındığında, küçük veya kısıtlı kişi, rızanın tüm sonuçlarını öngöremiyorsa, yasal temsilcisinin saldırı oluşturan fiile veya işleme onayının aranması gerekecektir.<sup>72</sup> Kişilik hakkının ihlalini hukuka uygun hale getiren rızanın yeterli ve doğru bir şekilde bilgilendirme yoluyla oluşan bilinçli ve özgür irade ile verilmiş

<sup>67</sup> Hüseyin Can Aksoy, **Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyet-sizin Durumu**, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 59, Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 47.

<sup>68</sup> Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 401, Helvacı, s. 109. Ancak bir görüşe göre, MK md. 24/ f. 2 uyarınca kişinin rızasını genel ve mutlak bir şekilde, hiçbir sınırlamaya tabi tutmaksızın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmek md. 23'ün kişiyi bizzat kendisine karşı koruyan temel felsefesine aykırıdır. Zira kişi, kişiliğine müdahale edilmesine rıza gösteremez. Bu görüş için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, **Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 57.

<sup>69</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 195, Eren, s. 603, Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 401, Serdar, s. 125.

<sup>70</sup> Bu noktada md. 24/ f. 2'de rızanın sınırlama olmaksızın hukuka uygunluk nedeni sayılmasına ilişkin eleştiriler, md. 23'de kişinin vereceği rızanın hukuka ve ahlaka uygun olması ön koşuluna bağlanması ile anlamsız kalacaktır. Zira bu iki hüküm, birbirlerinin tamamlayıcısı konumundadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural/ Ögüz, s. 150, Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 108, Serdar, s. 119. Ayrıca sözleşmeler için kişinin MK md. 23/ f. 2'de *özgürlüklerden vazgeçme*'nin mutlak bir bağlanma yasağı, *özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlanması*'nın ise, ahlaka aykırı ölçüde aşırı bir bağlanmanın hükümsüzlüğü anlamına geleceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, C.I, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 566-567.

<sup>71</sup> Serozan, s. 469, Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 105, Serdar, s. 123.

<sup>72</sup> Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 105, Zevkiler/ Acabey/ Gökyayla, s. 489-490.



olması şarttır.<sup>73</sup> Diğer bir deyişle, söz konusu rızanın aydınlatılmış bir irade beyanı<sup>74</sup> yoluyla açıklanmış olması gerekecektir. Kişisel verilerin korunması açısından önemli kişisel değerlerden biri olan özel hayatın gizliliğine yapılan müdahale, kişinin vereceği rıza kapsamına çıkmamalıdır.<sup>75</sup>

Rızanın kişilik hakkına saldırı teşkil eden fiilden önce veya en geç fiilin işlendiği sırada verilmesi gerekir.<sup>76</sup> Verilen rıza, serbestçe geri alınabilir.<sup>77</sup> MK md. 23/ f. 3 hükmünün düzenleniş tarzından organ nakli konusunda yazılı rızanın geri alınabilme imkanı ortaya çıkacaktır. Bu hükmün tüm kişilik değerlerine saldırı halinde verilen rıza açısından da uygulanması gerekir.<sup>78</sup> Ancak kişisel verilerin işlenmesi yoluyla kişilik hakkına saldırı halinde MK md. 23 uyarınca kişilik hakkından vazgeçmek, bu saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacak, ancak açılacak maddi veya manevi tazminat davasında TBK md. 52 gereğince mağdurun rızası, tazminatın hesaplanmasında bir indirim sebebi olarak hakim tarafından dikkate alınacaktır.<sup>79</sup>

Veri sahibinin rızasının Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerince nasıl düzenlendiğine bakacak olursak, md. 5/ f. 1'de kişisel verilerin işlenmesi ve md. 8/ f. 1'de verilerin aktarılması işlemlerinin ancak veri sahibinin açık bir irade beyanıyla rıza gösterebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kişilik hakkına saldırı halinde kişinin rızası açık veya örtülü bir rıza beyanını ileri sürmüş olması yeterli iken, bu konuda veri sahibinin rızası açık irade beyanına dayanmalıdır. Sosyal medyada hassas verilere ilişkin kullanıcıların paylaşımlarını göz önünde bulundurduğumuzda söz konusu Kanunun md.5/f.2/d bendi hükmü, yol gösterici olacaktır. Bu hükme göre, hassas verilerin veri sahibince alenileştirilmesi durumunda aynı maddenin dördüncü fıkrasında yer alan '*yeterli önlemlerin alınması*' şartıyla hassas verilerin işlenmesi hukuka uygun hale gelecektir. Veri sahibinin özel hayatına ilişkin kendi resim veya sesini sosyal medya sitelerinde paylaşması durumunda kişinin veri işlenmesine rıza gösterdiği kabul edilecektir. Ancak madde metninde hassas veriler gibi korunması önem arz eden verilerin veri sahibi tarafından paylaşılması halinde, işlemenin hukuka uygun

<sup>73</sup> Serozan, s. 469, Helvacı, s. 111.

<sup>74</sup> Türk Hukuku'nda aydınlatılmış rıza kavramına özellikle konumuz dışında kalan tıbbi müdahalelere hastanın rızası durumunda önem atfedilmektedir. Hastaya karşı hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesi neticesinde hastanın tıbbi müdahaleye vereceği rıza, aydınlatılmış rıza olarak nitelendirilerek, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Bunun için bkz. Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 107.

<sup>75</sup> Bu noktada kamuoyu tarafından tanınmış kişilerin kişilik hakkına müdahalelere karşı varsayılan rızasının kapsamı, diğer kişilere kıyasen daha geniş olduğu kabul edilir. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 192, Dural/ Ögüz, s. 139, Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 109.

<sup>76</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, s. 196.

<sup>77</sup> Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 109.

<sup>78</sup> Serozan, s. 470.

<sup>79</sup> Serozan, s. 470, Oğuzamn/ Öz, C. II, s. 119, Hatemi / Gökyayla, s. 121, Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s. 104.

olabilmesini 'yeterli önlemlerin alınması' gibi muğlak ve yetersiz bir şarta bağlaması, veri sahibi tarafından paylaşılmış olsa dahi, hassas veriler üzerindeki hukuki korumayı zayıflatacaktır.

## B. Opt-in ve Opt-out Rıza Kavramları

Sosyal medyada kişisel verilerin işlenmesine verilen rıza konusunun önemli bir noktasını da opt- in rıza ve opt-out rıza türleri oluşturmaktadır. Opt-in ve opt-out rıza arasındaki en büyük fark, kişisel veri sahibinin veri toplama, işleme, saklama gibi faaliyetlere vereceği rıza beyanını aktif mi, yoksa pasif bir davranışla mı karşı tarafa sunacağını belirlenmesindedir.

Opt-in rızanın arandığı hallerde veri sahibinin kabule yönelik olumlu bir davranışının bulunması gerekir. Veri işleme faaliyetlerinin öncesinde veri sahibi kişinin bu işlemeye karşı öncelikli bir rıza beyanı arandığı hallerde işleme faaliyetinin opt-in rızaya bağlı olduğu kabul edilmektedir.<sup>80</sup> Örneğin, davranışsal pazarlama taktiklerine maruz kalan kullanıcının tercihleri, ilgi alanları kaydedilir ve daha sonra bu yönde olduğu düşünülen ürünler veya sitelerin reklamları kullanıcının sanal alemde karşısına çıkar. Bu durumda sosyal medyada veya e-posta hizmeti veren sitelerde *'ilgilenebileceğiniz fırsatlar sunan X markası ile bilgilerinizi paylaşmamıza izin veriyorsanız, bu kutucuğa tıklayınız'* şeklinde bir ibare varsa, kullanıcının kişisel veri işleme faaliyetine opt-in rızası arandığı kabul edilir. Olası bir veri işleme faaliyetine kişisel veri sahibi kullanıcının en başta rızası olmadığı varsayımıyla hareket edilmektedir.

Opt-out rızanın söz konusu olduğu durumda, veri sahibinin rızası pasif bir davranışla ortaya çıkmaktadır. Olası bir veri işleme faaliyetinde kullanıcının rızasının önceden bulunduğu varsayılarak, eğer kişisel verilerini korumak adına kullanıcı, işleme faaliyetine rızası olmadığını sözlü veya yazılı bir irade beyanıyla karşı tarafa yöneltmek durumunda ise, ortada bir opt-out rıza söz konusudur.<sup>81</sup> Örneğin, e-posta hizmeti veren sitelerde *'bu iletileri görmek istemiyorsanız burayı tıklayınız'* şeklinde bir ibare varsa, kullanıcı o kutucuğu tıklayarak opt-out rızasını karşı tarafa irade beyanıyla iletmış olacaktır.<sup>82</sup> Başka bir ifadeyle, kullanıcının kişisel verilerini koruma adına harekete geçmesi ve aktif bir davranışta bulunarak işleme faaliyetini durdurması gerekecektir. Aksi takdirde kullanıcının, pasif kalarak kişisel verilerinin işlenmesine bir nevi 'göz yumacağı' kabul edilmektedir.

95/46 sayılı Verilerin Korunmasına İlişkin Direktif md.14'te veri sahibinin bizzat kendi verisinin işlenmesini reddetme hakkı düzenlenirken bent b'de doğrudan pazarlama amacıyla yapılan veri işleme faaliyetleri için kullanıcıların rıza beyanlarına

<sup>80</sup> Kuner, s. 68, Küzeci, s. 226.

<sup>81</sup> Küzeci, s. 225.

<sup>82</sup> Kuner, s. 68.

ilişkin opt-out bir sistem getirilmiştir. Buna göre, üçüncü kişilere doğrudan pazarlama faaliyetleri içerisinde kişisel verilerin yayınlanması halinde veri sahiplerinin öncelikli iznine ihtiyaç duyulmayacaktır. Veri sahibi kullanıcıların bu işleme faaliyetine herhangi bir ücret ödemeksizin reddetme hakkı vardır. Diğer bir deyişle, veri işleme faaliyetine rızasının olmadığı yönündeki bir irade beyanını veri sahibi, karşı tarafa ücret ödeme yükümlülüğüne girmeden sunma hakkına sahiptir.

2002/ 58 sayılı E-Gizlilik Direktifi md.13'te ise istenmeyen iletişime yönelik bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, otomatik arama sistemlerinden, faksardan veya e-postalarla doğrudan pazarlamaya yönelik iletiler, ancak kullanıcıların önceden verdikleri rıza beyanının bulunması halinde hukuka uygun olacaktır. Bu şekilde 'spam' denilen istenmeyen reklam, tanıtım mesajları ya da e-postalar, kullanıcının opt-in rızası olduğu sürece hukuka uygun olarak kabul edilir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise 95/46 sayılı direktife uygun olarak kullanıcılara ücretsiz olarak doğrudan pazarlama amaçlı veri işlenmesini reddetme hakkının tanınması gerektiği düzenlenmiştir.

Opt-in ve opt-out rıza türleri konusunda kişisel veri sahiplerini daha koruyucu olan opt-in sisteminin çok yaygın olmadığına ilişkin AB düzenlemelerine karşı eleştiriler getirilmektedir. Uygulamada sosyal medya sitelerinin ve diğer sitelerin yöneticisi konumundaki şirketler, her ne kadar 1970'li yıllardan beri AB düzenlemelerine göre veri sahibinin öncelikli (opt-in), aydınlatılmış, spesifik, zorunlu olmaksızın verilen yazılı bir rızasıyla veri işlemesi gerekliyse de, kullanıcının rıza beyanı alınmadan sitelere çerez sistemleri yerleştirmektedir. AB veri koruma kurumları, yasal düzenlemelerini uygulamaya koymadıkları gibi, 2002/58 sayılı E-Gizlilik Direktifi ile şirketlerin ticari amaçlarla veri işleme faaliyeti olarak çerez sistemlerini kullanmasının ancak kullanıcının opt-out rızasının söz konusu olduğu hallerde yasaklanabileceği yönünde bir hüküm getirmiştir.<sup>83</sup>

Buna karşın, 2009/ 136 sayılı direktifle yapılan değişiklik sonucu 2002/58 sayılı E-Gizlilik Direktifi'nin md.5/ f.3 hükmü uyarınca kişisel verilerin depolanması veya saklı tutulan kişisel verilere erişimin tanınması işlemleri için kullanıcı veya üyelerin öncelikli olarak net ve anlaşılır bilgilerle aydınlatılmış rızalarının alınması şarttır.<sup>84</sup> Yine 2009 değişiklikleriyle birlikte md.6/ f.3'e göre, doğrudan pazarlama amacıyla elektronik iletişim hizmet sağlayıcıları tarafından kişisel veri olarak kabul edilen online trafik verilerinin işlenmesi ve saklanması kullanıcıların öncelikli iznine

<sup>83</sup> Lothar Determann, **Social Media Privacy: A Dozen Myths and Facts**, Stanford Technology Law Review, Vol.7, 2012, s. 5. Ayrıca Determann'a göre, veri işleme teknolojileri üzerindeki kısıtlamaların katılığı ve bu anlamda teknolojik gelişmelere karşı geliştirilen düşmanca mevzuat, girişimcileri Avrupa Ekonomik Topluluğu üyesi ülkelerden kaçırmış ve bu nedenle sosyal medyanın gelişimi, Amerika'ya kaymıştır.

<sup>84</sup> Luzak, s. 231.

bağlanmıştı. Opt-in rızayı öngören bu hükümlerin 2009 değişikliğiyle düzenlenmesine rağmen, 2002/58 sayılı E-Gizlilik Direktifi md.4'te kişisel verilerin işlenmesi güvenliğini sağlamak için alınacak önlemler arasında kullanıcıların opt-in rızası yer almamaktadır.

Kişisel verilerin daha etkin korunması ve opt-in rızanın önemli bir unsur olabilmesi için belirli bir yol izlenmesi gerekmektedir. Teknolojik gelişmelerle kişisel verilerin korunmasındaki yararın dengelenmesi amacıyla site tasarımının gizliliği sağlaması ilkesi ile yasal çerçeve doldurulmalıdır. Veri koruma önlemleri, site tasarımının ve teknolojik işlemlerin bir parçası olması adına 'varsayılan ayarlar' kademesine yükseltilmelidir. Bu şekilde, site tasarımcıları ve teknoloji üreticileri yeni yasal düzenlemelerle söz konusu varsayılan ayarları sağlamakla yükümlü olacaktır. Böylece opt-in rıza, kişisel verilerin işlenmesi için kilit rol oynayan, temel bir unsur olacak ve veri denetçilerinin opt-in rıza olmaksızın veri işleme faaliyetlerini sürdürmesi yasaklanabilecektir.<sup>85</sup>

### C. Veri Sahibinin Rızasının Hukuka Uygunluk Şartları

#### 1. Veri Sahibinin İradesinin Açıkça, Hiçbir Şüpheye Yer Bırakmayacak Şekilde Ortaya Konması

Verilerin Korunmasına İlişkin Direktif md.7'e göre, veri sahibinin açık rızası, kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenebilmesi için gereken temel bir şarttır. Aynı direktifin 8. maddesi uyarınca AB ülkelerinin ilgili mevzuatlarında hassas verilerin işlenmesi, veri sahibinin açık rızası olmaması halinde yasaklanmalıdır. Direktif md.7/bent a'ya göre, rızanın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak nitelikte olması aranmıştır. 2012 tarihli taslak metnin 33. paragrafında veri sahibinin işleme yönelik verdiği rızanın gerçek ve özgür bir irade niteliğinde olması gerektiğini belirtmektedir.<sup>86</sup> Açık rıza, rıza beyanını açıklayan veri sahibinin rızayla ilişkili konunun ne olduğunun farkında olması ve rızanın hukuki sonuçları hakkında bilgi sahibi olması anlamına gelmektedir.<sup>87</sup> Bu noktada doktrinde, veri sahibinin rıza beyanında bulunma arzusu, kanaat verici bir davranış ile ortaya çıkıyorsa, örtülü rızanın da üye devletlerce kabul edilmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> Ferretti, s. 487, Luzak, s. 235.

<sup>86</sup> Gerrit Hornung, **A General Data Protection Regulation For Europe? Light and Shade in the Commission's Draft of 25 January 2012**, Scripted, Vol.9, Issue 1, Nisan 2012, s. 73.

<sup>87</sup> Bart Custers / Simone van der Hof / Bart Schermer / Sandra Appleby-Arnold / Noelle Brockdorff, **Informed Consent in Social Media Use- The Gap Between User Expectations and EU Personal Data Protection Law**, Scripted, Vol.10, Issue 4, 2013, s. 445.

<sup>88</sup> Başalp, s. 40.

29. Madde Veri Koruma Grubu'nun rızanın tanımlanmasına ilişkin tavsiye raporunda yapılan tanımına göre, açık rıza, veri sahibinin rıza vermeye yönelik iradesi için hiç bir şüpheye yer vermeyecek şekilde bir prosedürün işletilmesi ve bu prosedür sonucu rıza beyanının verilmesidir.<sup>89</sup> Veri sahibinin kişisel verilerinin işlenmesine verdiği rızanın açık rıza niteliğinde olduğunu ispat yükü, veri denetçisine aittir.<sup>90</sup>

Sosyal medyaya ilişkin bir örnek vermek gerekirse, sosyal medyada varsayılan ayarlar doğrultusunda kullanıcıların kişisel verileri 'arkadaşının arkadaşları' kategorisi tarafından da erişilebilir durumdadır. Site içerisinde bir kutuya tıklama şeklinde bu ayarı değiştirebilir ve bu kategorideki kullanıcıların erişimini sınırlandırabiliriz. Ancak bu durumda sosyal ağ sitelerinin, kullanıcıların bu özel kullanıcı kategorisinin kişisel verilere erişimine açık rıza gösterdiği iddiası hukuken geçerli olmayacaktır. Pasif kalması veya söz konusu işlemi yapamaması, kullanıcı açısından verilerin işlenmesine rıza gösterdiğini kanıtlamaz. Zira varsayılan ayarların değiştirilmesi için bir kutuya tıklamama, rızanın belirsizliğini ortaya çıkaracaktır.<sup>91</sup>

2012 tarihli AB Veri Korumasına İlişkin Genel Düzenleme'nin taslak metninde rıza, tıpkı 95/46 sayılı direktif md.2/ b.h'deki gibi, yalnızca iradenin belirtilmesinin meşru bir yöntemi olarak kabul edilmemektedir. Taslağın md.4 hükmünde rızanın, tanımında bahsedildiği üzere belirli, aydınlatılmış olma ve açıkça iradenin ortaya konması unsurlarıyla beraber makul derecede güçlü olması gerekir. Taslak metindeki bu hüküm, sosyal medyada çoğunlukla karşımıza çıkan e-ticaret uygulamalarında kullanıcının veri işlenmesine rızasını belirlemek için pop-up kutularının veya benzeri yöntemlerin kullanılmasını gerektirecektir.<sup>92</sup> Aynı zamanda bu durum, taslak metinde 'elektronik rıza'nın e-ticareti gereksiz yere yavaşlatan veya zorlaştıran nitelikte olmaması gerektiğini belirten 25. paragrafla örtüşmemektedir.

## 5. Veri Sahibinin Rızasının Özgür İradeyle Verilmiş Olması

Verilerin Korunmasına İlişkin Direktif'in Tanımlar başlıklı 2. maddesinde veri sahibinin rızası tanımlanırken bu unsura yer verilmiştir. 29. Madde Veri Koruma Grubu, özgür iradenin oluşma koşullarını genel hatlarıyla belirlemiştir. Buna göre, veri sahibi gerçek seçimini ortaya koymalı ve veri işlenmesine izin vermediği durumda irade sakatlığına yol açan aldatma, korkutma, baskı veya zorlama ya da herhangi bir olumsuz durumun oluşma riski söz konusu olmamalıdır.<sup>93</sup> Rızanın veri sahibine

<sup>89</sup> Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 21.

<sup>90</sup> Custers / van der Hof / Schermer / Appleby-Arnold / Brockdorff, s. 445, Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 21.

<sup>91</sup> Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 24.

<sup>92</sup> Custers / van der Hof / Schermer / Appleby-Arnold / Brockdorff, s. 449.

<sup>93</sup> Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 12.

getirdiği sonuçların ciddi ve bağlayıcı olması da söz konusu irade beyanının genellikle özgürce yapılmadığı, veri işlemenin hukuka aykırı olduğu sonucunu ortaya çıkarır.<sup>94</sup> Örneğin, alışveriş marketlerinin belirli oranda indirim sağlayan müşteri kartı uygulamaları için müşterilerinin kişisel verilerini işlemesine verilen rıza, ekonomik olarak ciddi ve bağlayıcı bir sonuç ortaya çıkarmaz. Ancak sunulan kart hizmeti, müşteri açısından önemli derecede ekonomik sonuç doğuruyorsa, belirli bir üst limitin altında önemli ihtiyaçlarına yönelik alışveriş yapılmasını imkansız hale getirecek düzeyde bağlayıcı sonuçları varsa, kart hizmeti için kişisel verilerin işlenmesine gösterilen rıza, özgür bir iradeyle verilmemiş kabul edilir.

Kişisel verilerin işlenmesi için veri sahibinin rıza beyanının özgür bir iradeyle dayanmasının önem taşıdığı haller, özellikle veri denetçisi ile veri sahibi arasında işçi- işveren ilişkisinin bulunması, elektronik ortamda sağlık bilgilerinin işlenmesi ve Dünya Anti-Doping Ajansı (WADA)'nın veri işlemesi olarak sayılabilir.<sup>95</sup>

Veri sahibinin rızasının özgür iradeyle bağlı olarak verilir verilmemesi noktasında, 'haksız şart' terimi de kullanılmaya başlanmıştır. Özellikle işçi- işveren ilişkisi çerçevesinde veri sahibi ile veri denetçisi arasındaki hukuki ilişkiye dayanarak kişisel verilerin işlenmesinde taraflar arasında bir güç dengesizliği görülmektedir.<sup>96</sup> Haksız şart kavramı da bir sözleşme ilişkisi içerisinde kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi söz konusu olduğunda veri sahibinin, veri denetçisi karşısında güçsüz ve eşit olmayan konumunu vurgulamak için kullanılmaktadır. Veri sahibinin özgür iradeyle verilmiş bir rızasının söz konusu olabilmesi için sözleşme metninde genel işlem şartları niteliğinde hükümler bulunmamalıdır. Aksi takdirde, ister online ortamda, ister yazılı veya sözlü olarak, güçsüz taraf olan veri sahibinin (örneğin, işçi veya tüketici sıfatına sahip olması durumunda) veri işleme faaliyeti için verdiği rıza, hukuken geçerli olmayacaktır.<sup>97</sup>

## 6. Verilen Rızanın Belirli Bir Konuya İlişkin Olması

Verilerin Korunmasına İlişkin Direktif md.6/ f.1 b bendi uyarınca kişisel veriler yalnızca belirli, açık ve meşru amaçlar doğrultusunda işlenmeli ve bu amaçların dışına çıkacak şekilde veri işleme faaliyeti sürdürülmemelidir. Bu nedenle verinin işleme amacı göz önüne alındığında, rıza isabetli ve belirlenmiş bir konuyla alakalı olmalıdır. Veri sahibinin rıza beyanının ucu açık bir veri işleme sürecine ilişkin verilmesi halinde söz konusu rıza beyanı geçersiz sayılacaktır. Rızanın özgülenmiş olması, aynı zamanda veri denetçisinin veri işleme amacının belli bir zaman sonra değişmesi halinde kullanıcının bilgilendirilmesi ve kullanıcıya kişisel verilerinin yeni amaçla

<sup>94</sup> Handbook on European Data Protection Law, s. 59.

<sup>95</sup> 29. Madde Veri Koruma Grubunun bu üç konuya da ilişkin tavsiye raporlarının bulunduğu ilişkin bkz. Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 13.

<sup>96</sup> Handbook on European Data Protection Law, s. 59.

<sup>97</sup> Ferretti, s. 487, s. 494

işlenmesi için hukuka uygun bir rıza beyanında bulunabilme imkanı tanınmasını gerektirir.<sup>98</sup>

Kural olarak, veri denetçisinin birden fazla veri işleme işlemi için veri sahibinin yalnızca bir kez izin beyanını alması, ancak söz konusu işlemin veri sahibinin malik beklentileri içinde kalması halinde mümkündür.<sup>99</sup> Avrupa Adalet Divanı (AAD) 2011 yılında önüne gelen bir dosyada<sup>100</sup> 2002/58 sayılı E-Gizlilik Direktifi md.12/ f.2 hükmünü<sup>101</sup> uygulanmasına ilişkin bir görüş belirtmiştir. Alman Federal İdare Mahkemesinde görüşülen davada bir rehber hizmeti için kullanıcıların kişisel verilerini belirli bir rehber işlenmesi için alınan iznin başka bir rehber hizmetinde yayınlanması için verilerin transferi için yenilenmesi ihtiyacı söz konusudur. AAD, kullanıcının bu işlem sonrası kişisel verilerinin üçüncü bir işletmeye geçme riski konusunda doğru bir şekilde bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlgili kişisel verilerin ilk yayınlanması sırasında gözetilen amacın dışında verilerin kullanılmayacağı garantisini verilmesi şartıyla AAD, aynı verilerin diğer bir rehber transferi konusunda kullanıcılardan yeni bir rıza beyanının alınmasına gerek görmemiştir.

Sosyal medya sitelerine kayıt yaptırabilmek için çoğu zaman kullanıcıların davranışsal pazarlama taktikleri doğrultusunda kişisel verilerinin işlenmesine izin vermeleri gerekmektedir. Günümüzde sosyal medyanın gücü düşünüldüğünde kayıt olmanın göreceli olarak kaçınılmaz olması karşısında kullanıcıların ziyaret ettikleri sayfalar veya profillere göre yapılan tanıtımlar için verecekleri rızanın özgür bir iradeye dayalı ve belirli bir konuya özgülenmiş olması gerekir. 29. Madde Veri Koruma Grubu, bu konuda sosyal medya sitelerinin kullanıcılarına pop-up kutusu ile izin veremeyeceklerini sormalarını tavsiye etmektedir.<sup>102</sup>

## 7. Aydınlatılmış Bir İrade Beyanının Bulunması

### a) Genel Olarak

Sosyal medya kullanıcısının kişisel verilerinin işlenmesine dair vereceği rızanın aydınlatılmış bir irade beyanı olarak kabul edilebilmesi için öncelikle veri sahibi kişilerin veri denetçileri tarafından bilgilendirilme hakkına uygun bir prosedürün bulun-

<sup>98</sup> Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 17, s. 19.

<sup>99</sup> Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 17.

<sup>100</sup> Judgement of the Court of 5 May 2011, Deutsche Telekom AG (Case C-543/09). Ayrıca kararlar ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Handbook on European Data Protection Law, s. 60.

<sup>101</sup> 2002/58 sayılı Direktif md.12/ f.2'e göre, kullanıcılar, adres rehberi sağlayıcısı tarafından belirlenen amaç doğrultusunda işlenmesi öngörülen kişisel verilerinin kamusal bir rehberde bulunup bulunmayacağını belirlemek, kişisel verilerini doğrulamak, düzeltmek ya da sildirmek hakkına sahiptir.

<sup>102</sup> Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 18.

ması gerekir.<sup>103</sup> Bu nedenle sosyal medya sitelerinin yöneticilerinin aldığı güvenlik önlemleri ve kullanıcıları bilgilendirme yükümlülüğünü genel olarak incelemenin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

### **b) Sosyal Medyada Güvenlik Önlemleri ve Veri Denetçisinin Kullanıcıyı Bilgilendirme Yükümlülüğü**

Site yöneticilerinin kişisel verilerin işlenmesi ve çerez kullanımı ile ilgili bilgi vermesi hakkında 95/46 sayılı Verilerin Korunmasına İlişkin Direktifin 10. ve 11. maddelerine göre ziyaretçilerin kendi verilerinin işlenmesine ilişkin şu bilgileri site yöneticilerin vermesi gerekir; veri denetçisinin Avrupa Ekonomik Bölgesinde bir işletmesi olmaması halinde, yerel temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin işleme amaçlarını, işleme faaliyetinin haklı olduğunu göstermek için gereken herhangi bir başka bilgi varsa bu bilgi sunulmalıdır. Bir istisna olarak 95/46 sayılı direktifin md.11/f.2 hükmüne göre, dolaylı veri toplanması, örneğin, istatistiksel, tarihsel ve bilimsel amaçlarla, yapıldığı takdirde site yöneticisinin bilgi verme yükümlülüğü, aşırı bir çaba gerektiriyorsa, mevcut değildir. Üye devletlerin uygulamaları 'aşırı çaba gerektirme' kriteri açısından farklı niteliktedir. İngiltere'de site yöneticisi, sitede sadece aşırı çaba gerektirecek durumları yazılı olarak belirtme yükümlülüğü altındayken, İtalya'da bu istisna, yalnızca yetkili kurumun verinin işlenmesinden önce vereceği izinle söz konusu olabilir.<sup>104</sup> Ek olarak, kullanıcının bilgilendirilme ve ihbar edilme hakkı 2012'de yapılan verilerin korunmasına ilişkin taslak metinde daha kısa ve öz bir şekilde belirtilmiştir.<sup>105</sup>

Bu bağlamda veri işlemenin haklı olduğunu göstermek için verilmesi gereken bilgilerden bazıları, verilerin kimlere veya hangi gruptaki insanlara açıklanacağı, ulusal veri koruma yasasına göre ziyaretçinin kendi verilerine erişim ve bilgileri düzeltme hakkına ilişkin bilgiler, doğrudan ziyaretçiden bilgilerinin alınması halinde kişisel verilerin verilmesinin zorunlu mu, yoksa gönüllü mü olacağı ve bunların verilmemesinin sonuçları, kişisel veriler dolaylı olarak toplanıyorsa, toplanan verilerin türleridir. Bu bilgi türleri, her somut olayda değişebilir.<sup>106</sup> Örneğin, ziyaretçileri verdiği bilgilerin Avrupa Ekonomik Topluluğu dışında olan ve gelişmiş, yasal bir veri koruma sistemi olmayan ülkelerle paylaşılabilmesi ihtimalinin varlığı kullanıcıya açıklanmalıdır.<sup>107</sup> Kullanıcıların kendi verilerinin doğrudan pazarlama amacıyla kullanılmasını reddetme hakkı olmalıdır. Bu özellikle istenmeyen ileti (spam) durumu için önemlidir. Ayrıca kişinin bu hakkı kullanabileceği da net olarak açıklanmalıdır. Doğrudan pazarlamaya ilişkin veri işlenmesi için opt-in rızanın gerekli olmadığı durumlarda dahi,

<sup>103</sup> Handbook on European Data Protection Law, s. 60.

<sup>104</sup> Jones/ Tahri, s. 620.

<sup>105</sup> Hornung, s. 73.

<sup>106</sup> Custers / van der Hof / Schermer / Appleby-Arnold / Brockdorff, s. 445.

<sup>107</sup> Jones/ Tahri, s. 617.



opt-out hakkının varlığı açıkça belirtilmeli, kişiye bilgilerinin kullanılmasına rıza vermemeye imkanı tanınmalıdır.<sup>108</sup>

95/46 sayılı Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Direktif md.17'ye uygun olarak, sosyal medyadaki veri denetçileri, veri işleme sisteminin tasarımına ve bizzat sistemin kendisine ilişkin teknik önlemleri alma, yetkisiz veri işlemlerini önleme ve güvenliği sağlama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, Veri Koruma Grubu'nun tavsiye kararına göre, kullanıcı ister gerçek ismini isterse takma ismini kullanсын, daima mevcut olacaktır.<sup>109</sup> Ancak veri denetçisinin bu yükümlülüğüne ek olarak 95/46 sayılı Direktifte kullanıcılara hangi güvenlik önlemlerinin alındığını bildirme yükümlülüğü getirilmemiştir.<sup>110</sup>

Sosyal medya sitelerinde öncelikle gizliliğe saygılı varsayılan ayarlar konulmalı, bu şekilde kullanıcının isteği doğrultusunda özgürce profiline erişimi kısıtlayabilme özgürlüğü tanınmalıdır. Sosyal medyada getirilmesi gereken güvenlik önlemlerine bir örnek olarak, erişimi kısıtlanmış bir hesabın internetteki arama motorlarında basit bir arama ile bulunmasının önüne geçilmesidir. Önemle belirtilmelidir ki, sosyal medyada hesabın erişime ne derecede açılacağına belirlenmesine yönelik iradenin örtülü bir irade beyanı ile ortaya konmaması gerekmektedir. Veri denetçisi tarafından erişimle ilgili varsayılan ayarların opt-out rıza beyanına bağlanması durumunda kullanıcının bu ayarlara ilişkin vereceği rıza, örtülü bir rıza olacaktır.

Sosyal medyada veri denetçileri, Veri Koruma Direktifi'nin 10. maddesinde belirtilen veri sahibini bilgilendirme yükümlülüğü uyarınca aydınlatılmış rıza için gerekli olan bilgileri ilgili kişiyle paylaşmış olmalıdır. Veri sahibinin bilmesi gereken konulara örnek olarak, doğrudan pazarlama amacıyla verilerin kullanımı, belirli kategorideki üçüncü kişilerle veri paylaşımı, profillerin yaratılması ve başlıca veri kaynakları ve hassas verilerin kullanımına ilişkin bilgiler sayılabilir. Aynı zamanda Veri Koruma Direktifi md.10'a göre kullanıcının kişisel veriye ulaşma ve düzeltme haklarının mevcut olduğu veri denetçisi tarafından kullanıcıya aktarılmalıdır. Veri sahibinin haklarını kullanabilmesi açısından, 2012'de hazırlanan tasarı da göz önüne alındığında, veri denetçisi kendi sitesinde şeffaf ve kolay erişilebilen veri işleme kurallarını kullanıcıların bilgisine sunmalıdır.<sup>111</sup> Kullanıcının anlayabileceği dilde, ona özgülenmiş bir şekilde, gerektiğinde ergin olmayan ve hukuken küçük olarak kabul edilen kullanıcılara yönelik bir bilgilendirilme yapılmalıdır.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> Jones/ Tahri, s. 618.

<sup>109</sup> Article 29 Working Party's Opinion 5/ 2009 on Online Social Networking

<sup>110</sup> Küzeci, s. 225, Custers / van der Hof / Schermer / Appleby-Arnold / Brockdorff, s. 446.

<sup>111</sup> Custers / van der Hof / Schermer / Appleby-Arnold / Brockdorff, s. 449, Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent, s. 20.

<sup>112</sup> Ayrıca 95/46 sayılı Direktif, bunu şart koşmazken, 29. Madde Veri Koruma Grubu'nun izin konusundaki tavsiye kararında yer alan bu yükümlülük, AB Veri Korunmasına İlişkin Genel Düzenleme'ye ilişkin tasarıda md.11'de yer almıştır.

29. Madde Veri Koruma Grubu sosyal medya açısından, siteye yüklenen kişisel verilerle ilgili bilgilere ilişkin güvenlik riskleri hakkında veri denetçilerinin kullanıcılara yeterli düzeyde uyarı yapması gerektiğini belirtmiştir.<sup>113</sup> Ayrıca sosyal medyada üçüncü kişinin kişisel verilerinin 'etiketleme' yoluyla kullanıcılar tarafından işlenmesi mümkündür. Üçüncü kişinin kişisel verilerini korumak adına site yöneticilerinin kullanıcılarına bu kişilerin kişisel verilerini içeren bilgi veya fotoğrafların yüklenmesi durumunda kullanıcılarını uyarmaları gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu yükleme faaliyeti, kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olacağından öncelikle üçüncü kişinin izninin alınması gerektiği kullanıcılara hatırlatılmalıdır.<sup>114</sup> Üçüncü kişilerin kişisel verilerini 'etiketleme'den koruyabilmek için üçüncü kişilerin etiketler üzerindeki kontrolünü arttırıcı önlemler alınmalıdır.

#### **D. Rızanın Hüküm ve Sonuçlarına İlişkin 2012 AB Veri Korumasına İlişkin Genel Kanun Tasarısı md. 7 Hükümü**

2012 AB Veri Korumasına İlişkin Genel Kanun'un taslak metninde veri sahibinin kişisel verilerin işlenmesi için verdiği rıza beyanı hakkında kapsamlı bir madde yer almaktadır. Tasarının 7. maddesi, veri sahibinin rızasının şekli, varlığını ispat yükünün hangi tarafa ait olduğunu, rızanın geri alınması hakkının kullanımı ve sözleşme hukukunda opt-out rızaya benzer şekilde veri işlenmesine verilecek iznin genel işlem şartı olarak sunulması halinde rızanın geçerliliği gibi önemli konulara değinmektedir.

Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, belirlenmiş bir konuda kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi ve dağıtılmasına onay veren veri sahibinin rıza beyanının varlığını ispat yükü, veri denetçisine aittir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin AB düzenlemelerinde veri sahibinin yazılı rızası aranmamaktadır. Ancak uygulamada ispat yükü altındaki veri denetçisi veri sahibinin rızasını daha kolay ispatlamak adına çoğunlukla yazılı veya elektronik bir belge ile bu rıza beyanını almaktadır.<sup>115</sup>

Tasarının 7. maddesinin ikinci fıkrası, veri sahibinin daha önce belirli bir konuya yönelik olarak verilerinin işlenmesine verdiği bir rıza beyanı söz konusuysa, başka bir amaçla verilerin işlenmesi için veri sahibinin rızası istenmesi hali öngörülmüştür. Veri denetçisi, bilgilendirme yükümlülüğünü geçerli bir şekilde ifa edebilmek için bu iki amacın birbirinden farklı olduğuna dair veri sahibine anlaşılabilir ve açık bir bildirimde bulunmalıdır. Bu noktada rızanın özgülenmiş olması şartı, kişisel verilerin korunması alanında AB Hukuku'nda ilk kez bu kadar net bir şekilde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası aslında birlikte ele alınması gereken düzenlemelerdir. Dördüncü ve son fıkrada veri sahibi ile veri denetçisi

<sup>113</sup> Article 29 Working Party's Opinion 5/ 2009 on Online Social Networking, s. 7.

<sup>114</sup> Korff, s. 6.

<sup>115</sup> Hornung, s. 74.

arasında sözleşmesel bir ilişkiden doğan ekonomik bir güç dengesizliği söz konusu olduğunda kişisel verinin işlenmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için, yalnızca veri sahibinin rızası yeterli olmayacaktır. Bunun yanında aynı maddenin üçüncü fıkrası, veri sahibinin işleme prosedürüne yönelik rıza beyanını istediği zaman geri alabilme hakkı olduğunu düzenlemektedir. Geri alabilme hakkı ile aynı zamanda sözleşme ilişkisi içerisinde genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme hükmü ile iradesi sakatlanan ve özgür bir irade beyanı ortaya koyamayan veri sahibinin korunması amaçlanmıştır. Taslağın orijinal metninde kamu kurumlarının kamusal görevlerini yerine getirmesi esnasında ya da iş hukuku alanındaki faaliyetleri sırasında, örneğin devlet memuru alımında, kişisel verilerin işlenmesi faaliyetlerinin geçerliliği için veri sahibinin rızasının başlı başına yeterli sayılmayacağı maddenin içerisinde yer almaktaydı. Ancak daha sonra bu düzenleme 34. Paragrafta yer almıştır. 34. Paragrafa göre, kişisel verinin işlenmesine dair verilen rıza, eğer veri sahibi ile veri denetçisi arasında açık bir ekonomik dengesizlik varsa, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez. Somut olayda işçi-işveren ilişkisi varsa ya da veri işlenmesi kamu hukukundan doğan bir yükümlülüğe özgülmesiyle birlikte veri denetçisi de bir kamu kuruluşu ise veri sahibinin menfaati göz önüne alındığında verilen rızanın özgür bir irade beyanı ile oluşmadığı esas alınır. Bu nedenle md.7/ f. son hükmünü 34. Paragrafla birlikte ele alınması ve yorumlanması gerekir.<sup>116</sup>

## SONUÇ

Sosyal medya özelinde internet ortamında hem kullanıcının kendi resmini, sesini, görüntüsünü paylaşmasının yanı sıra üçüncü bir kişinin tanınmasını sağlayacak şekilde 'etiketleyerek' bu kişiye ilişkin bir paylaşımında bulunması da mümkündür. Kişilik hakkının içinde yer alan özel hayatın gizliliğinin ihlali, kullanıcının kendi paylaşımında yer alan kişisel veriyi üçüncü kişinin hukuka aykırı olarak ele geçirmesi, saklanması veya aktarımı şeklinde gerçekleşecektir. Diğer yandan üçüncü kişinin kişisel verisinin yer aldığı bir paylaşımın rızası olmaksızın, kullanıcı tarafından sosyal medyada yayınlanması, kamuoyunun erişimine açılması kişilik hakkının ihlali anlamına gelir. Özellikle kişisel verilerin korunması kapsamında ırk, sağlık, cinsel hayat konularına ait bilgiler, hassas veri olarak daha nitelikli bir hukuki koruma altındadır.

Bu şekilde sosyal medyada kişisel verilerin işlenmesi sonucu kişilik hakkına saldırı söz konusu olduğunda MK md. 23 vd. hükümleri uyarınca kişilik hakkına saldırının önlenmesi, sonlandırılması veya tespiti davası açılabilir. Ayrıca bu ihlal sonucu kişi, uğradığı maddi ve manevi zararına yönelik tazminat davası açabilir. Hakimin vereceği tazminat kararının yanı sıra, saldırıyı kınayan kararın kitle iletişim araçlarında yayınlanmasına yönelik bir karar söz konusu olabilir. Bu noktada kişilik hakkı ihlali,

<sup>116</sup> Hornung, s. 74.

sosyal ağ sitesi aracılığıyla gerçekleştiğinde söz konusu sitenin tasarımıyla uyumlu, tüm kullanıcıların görebileceği ve erişebileceği bir şekilde kararın yayınlanmasının da talep edebileceğini savunmaktayız. Kanun koyucunun mağdur açısından daha etkili bir çözüm yolunu benimsemesi yerinde olacaktır.

Türk hukukunda kişilik hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki düzenlemeler, Anayasa md. 20/ f. 3 hükmü ile Mart 2016'da TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilen Kişisel Verilerin Korunması Kanunudur. Söz konusu tasarının düzenlenmesinde rehber görevini üstlenen AB Hukuku'ndaki kişisel verilerin korunmasına ilişkin direktifler kapsamlı düzenlemeler getirmektedir. Sosyal ağ sitelerinde site yöneticilerinin üstlendiği veri denetçisi sorumluluğu, ileti gönderen kullanıcılar için de söz konusudur. Ancak kullanıcıların bu sorumluluktan kurtulmaları, ailevi istisnanın varlığına bağlıdır. Kullanıcının iletisi, kişisel ve ailevi amaçlarla bu nitelikteki aktivitelerin paylaşılmasını konu ediniyorsa veri denetçisi sorumluluğu söz konusu olmaz. AAD'nın verdiği Lindqvist kararına göre, kar amacı gütmeyen kurumların faaliyetlerinin paylaşılmasında kişisel verilerin işlenmesi ailevi istisna kapsamına alınmayacaktır.

İnternet sitelerinde kişisel verilerin işlenmesine veri sahibinin rızası opt-in veya opt-out rıza şeklinde söz konusu olur. Sosyal ağ sitelerinin kişisel veri işleme işlemini veri sahibinin rızası olduğu varsayımıyla başlatması sonucu, veri sahibi bu işlemin durdurulmasına yönelik bir irade beyanını ortaya koyduğunda veri işlenmesi, opt-out rızaya bağlı olacaktır. Opt-out rıza, özellikle doğrudan pazarlama taktiği olarak sıklıkla kullanılan ve AB direktiflerinde düzenlenmesinin haklı olarak eleştirildiği bir yoldur. Opt-in rıza ise, kişisel verilerin işlenmesi yoluyla kişilik hakkı ihlallerini önleyebilecek ve kullanıcıya daha avantajlı bir konum yaratan diğer bir rızanın alınması yoludur. Bu noktada kullanıcının veri işleme işlemine başlamadan açıkça rıza göstermesi aranacaktır. AB mevzuatına göre, hassas verilerin işlenmesinde opt-in rıza aranması gerekir. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nda ise, hassas verilerin kullanıcı tarafından alenileştirilmesi 'yeterli önlemlerin alınması' gibi genel ve muğlak bir ek şarta bağlı olarak işleme faaliyetini hukuka uygun hale getirmektedir.

Veri sahibinin rızası, haksız fiile verilen mağdurun rızası niteliğinde olduğundan veri işleme faaliyetini hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak hukuka uygunluk şartı olarak rızanın geçerli olabilmesi için bazı kriterlerin oluşması gerekir. Veri sahibinin veri işlenmesi işlemine vereceği rıza açık, belirli bir konuya özgülenmiş, özgür iradeye dayanan ve en önemlisi, aydınlatılmış bir irade beyanı ile verilmiş olmalıdır. Bu durumda kişisel verilerin korunması hakkında veri sahibinin rızasına ilişkin geniş kapsamlı ilk düzenlemeleri içeren 2012 tarihli AB Veri Korunmasına İlişkin Genel Kanun Tasarısı'nda işe alımda veya işçi- işveren ilişkisinde, veri işlenmesinin kamu yükümlülüğü olarak getirilmesi dolayısıyla veri denetçisinin kamu kurumu olma-

sı halinde, yani bunlar gibi ekonomik güç dengesinin olmadığı durumlarda, veri sahibinin rızasının özgür bir iradeye dayanmayacağı kabul edilir. Ayrıca sosyal ağ sitelerinde aydınlatılmış irade beyanına dayalı rızanın söz konusu olabilmesi için veri denetçisi konumundaki site yöneticilerinin veri işleme faaliyetine dair bilgi verme yükümlülüğünü tam ve gereği gibi ifa etmiş olması şarttır. Hangi tür verilerin hangi kapsamda ve amaçlarla toplanacağı, yayılma ve erişim kapsamının veri sahibine anlaşılır bir şekilde belirtilmesi gerekir. Sosyal ağ sitelerinde kişisel verilerin korunmasına yönelik en önemli güvenlik önlemi, sitedeki varsayılan ayarların gizliliğe saygılı, kişisel verilere ulaşılamamasına yönelik olmasıdır. Böylece veri sahibi, doğrudan pazarlama taktikleri veya kendi profiline erişim imkanı gibi konularda söz sahibi olacak ve opt-in rızaya öncelik verilmiş olacaktır.

### KAYNAKÇA

- Akdemir Pınar**, Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Akipek Jale / Akıntürk Turgut / Ateş Karaman Derya**, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Aksoy Hüseyin Can**, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010. (*Kişisel Verilerin Korunması*)
- Aksoy Hüseyin Can**, *Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetinin Durumu*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2009. (*Rıza Unsuru*)
- Article 29 Working Group Opinion 5/ 2009 on Online Social Network Communication**, Adopted on 12.06.2009, [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_en.pdf).
- Article 29 Working Party's Opinion 15/ 2011 on the Definition of Consent**, Adopted on 13.07.2011, [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp187_en.pdf).
- Ataay Aytekin**, Şahıslar Hukuku Giriş- Hakiki Şahıslar, 3. Bası, İstanbul 1978.
- Başalp Nilgün**, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Brownsword Roger**, *Consent in Data Protection Law: Privacy, Fair Processing and Confidentiality*, Edited by Serge Gutwirth/ Yves Poullet/ Paul De Hert/ Cecile de Terwangne / Sjaak Nouwt, Reinventing Data Protection?, Springer Publishing, 2009, s. 83-110.
- Custers Bart/ van der Hof Simone/ Schermer Bart/ Appleby-Arnold Sandra/ Brockdorff Noelle**, *Informed Consent in Social Media Use- The Gap Between User Expectations and EU Personal Data Protection Law*, Scripted, Vol.10, Issue 4, 2013, s. 435- 457.
- Determann Lothar**, *Social Media Privacy: A Dozen Myths and Facts*, Stanford Technology Law Review, Vol.7, 2012, s. 1-14.

**Dural Mustafa / Ögüz Tufan**, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C.II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

**Eren Fikret**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

**European Union Agency for Fundamental Rights**, Handbook on European Data Protection Law, Publications Office of the European Union, Lüksemburg 2014.

**Ferretti Federico**, *A European Perspective on Data Processing Consent through the Re-conceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously*, European Review of Private Law, Vol.2, 2012, s. 473-506.

**Hatemi Hüseyin / Kalkan Oğuztürk Burcu**, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

**Hatemi Hüseyin/ Gökyayla Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

**Helvacı Serap**, Gerçek Kişiler, Legal Yayınevi, İstanbul 2013.

**Helvacı Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I/ İMK md. 28a fıkra I), Beta Yayınları, İstanbul 2001. (*Kişilik Hakkı*)

**Hornung Gerrit**, *A General Data Protection Regulation For Europe? Light and Shade in the Commission's Draft of 25 January 2012*, Scripted, Vol.9, Issue 1, Nisan 2012, s. 64- 81.

**Jones Richard / Tahri Dalal**, *EU law requirements to provide information to website visitors*, Computer Law & Security Review, Vol. 26, 2010, s. 613-620.

**Karabağ- Bulut Nil**, Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

**Kılıçoğlu Ahmet**, *Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 103- 110.

**Kocayusufpaşaoğlu Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, C.I, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

**Korff Douwe**, *WORKING PAPER No. 2: Data protection laws in the EU: The difficulties in meeting the challenges posed by global social and technical developments*, Comparative Study on Different Approaches to New Privacy Challenges in Particular in the Light of Technological Developments, European Commission Directorate- General Justice, Freedom and Security, Londra 20 Ocak 2010.

**Kuner Christopher**, European Data Protection Law Corporate Compliance and Regulation, 2. Bası, Oxford University Press, İngiltere 2007.

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

**Luzak Joasia**, *Much Ado about Cookies: The European Debate on the New Provisions of the ePrivacy Directive regarding Cookies*, European Review of Private Law, Vol. 1, 2013, s. 221-246.

**Oğuz Habip**, İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

- Oğuzman M. Kemal**, *İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 7- 54.
- Oğuzman Kemal / Öz Turgut**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I-II, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Oğuzman M. Kemal / Seliçi Özer / Oktay-Özdemir Saibe**, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Özdemir Hayrunnisa**, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Özel Sibel**, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- Özsunay Ergun**, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4. Bası, İstanbul 1979.
- Serdar İlknur**, *Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Öztan Bilge**, *Şahsın Hukuku- Hakiki Şahıslar*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Serozan Rona**, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Sırabaşı Volkan**, *İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2007.
- Şimşek Oğuz**, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Tekinay Selahattin Sulhi**, *Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990, s. 55-66.
- Tekinay Selahattin Sulhi**, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, 3. Baskı, İstanbul 1978.
- Tümerdem Murat**, *İnternette Kişilik Hakkı İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2013, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=7d53ed97e31a8bd32226b20be755c7d84bb513e8aaf2856e50907eb540a3596f8b2c0a0db01b8a637728c4c4c455d981> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2015)
- Velidedeoglu Hıfzı Veldet**, *Türk Medeni Hukuku Şahsın Hukuku*, C.I, Cüz: 2, 5. Bası, İstanbul 1956.
- Zevkliler Aydın / Acabey Mehmet Beşir / Gökyayla K. Emre**, *Medeni Hukuk- Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.





# ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN ŞAHSEN İFA BORCU

## (Personal Performance Duty of the Contractor in Construction Contracts)

Yard. Doç. Dr. Mehmet Özgür AVCI\*

### ÖZET

Eser sözleşmesi uygulamada en sık karşılaşılan sözleşme tiplerinden biri olup, en fazla uyumsuzluğun yaşandığı sözleşmelerden de biridir. Bu sözleşmede yüklenicinin ediminin şahsiliğinden anlaşılması gerekenin ne olduğu, şahsen ifa borcunun kapsamı, ve özellikle iş sahini, yüklenici, alt yüklenici, yardımcı kişi kavramları çerçevesinde şahsen ifa borcunun ihlalden doğan sonuçlar bu çalışmada inceleme konusu yapılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Eser sözleşmesi, yüklenici, şahsen ifa, alt yüklenici, yardımcı kişi

### *Abstract*

Contract of a Construction is one of the most encountered contract in practice also additionally it creates numerous conflicts between the parties.

In this article, I will address the meaning of a personal performance, the scope of a personal performance, the term of a party ordering work, contractor, subcontractor, subsidiary person and also the remedy of breach of a personal performance obligation.

**Keywords:** Contract of a Construction, contractor, personal performance, subcontractor, subsidiary person

## I. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun İkinci Bölümünün (Borç İlişkinin Hükümleri) Birinci Ayrımında (Borçların İfası) “Şahsen İfa Zorunluluğunun Olmaması” başlığını taşıyan TBK m. 83’te borcun, hangi durumda borçlu tarafından şahsen ifasının zo-

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

runlu olmadığı düzenlenmektedir. Borcun bizzat alacaklı tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Borçlunun borcunu şahsen ifa etme yükümlülüğünün olmamasına “ifanın gayri şahsiliği” kuralı denir<sup>1</sup>. Bu kural uyarınca borçlu yerine üçüncü bir kişi ifada bulunabilir. Her türlü borç açısından bu kural uygulanabilir. Bu kuralın karşısında borcun borçlu tarafından şahsen ifası zorunluluğu yer alır. Borçlunun kişisel niteliklerinin ve özelliklerinin alacaklı için önem taşıdığı borç ilişkilerinde borcun borçlu tarafından şahsen ifası yükümlülüğü ile karşılaşılır. Borçlunun kişisel bilgisinin, becerisinin ve tecrübesinin ön planda olduğu iş görme sözleşmelerinde borçlunun, kural olarak borcunu şahsen ifa etmesi gerekir<sup>2</sup>.

İş görme sözleşmeleri kural olarak borcun borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunduğu borç ilişkileridir. Burada, borçlunun şahsına göre niteliği değişen bir borç ve taraflar arasında karşılıklı itimat ve güven söz konusudur<sup>3</sup>. Hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 395’de kural olarak, işçinin yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmekle birlikte, sözleşmenin taraflarının aksine bir düzenleme getirebilecekleri ya da durumun gereğinden işçinin yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlü olmadığına anlaşılacağı belirtilmiştir.

Vekalet sözleşmesinde güven unsurunun taşıdığı önem sebebiyle vekil, sözleşme konusu işi görmeyi bizzat kendisi yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak TBK m. 506’da yer alan durumlardan birinin varlığı halinde vekilin sözleşme konusu işi başkasına yaptırma imkanı bulunmaktadır. Müvekkil, sözleşme konusu işin başkasına yaptırılması konusunda vekile yetki vermiş ise veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil işi başkasına yaptırabilir<sup>4</sup>.

Yayım sözleşmesinin “kişisel sebeplerle sona ermesi” başlığını taşıyan TBK m.

<sup>1</sup> Weber, R. H., Berner Kommentar Band VI Das Obligationrecht 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Artikel 68-96, 2. Auflage, Bern 2005, Art. 68, N. 4; BSK OR I-Leu, Art. 68, N.1; Eren, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 924; Tekinay, S. S./Akman, S. /Burcuoğlu, H./Altop, A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 767. Alman Borçlar Kanunu’nda da aynı kural benimsenmiştir., BGB § 267.

<sup>2</sup> BSK OR I-Leu, Art. 68, N. 3; Oğuzman M. K./Öz, T., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 258; Kılıçoğlu, A. M., Yüklenicinin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, C. 32, AHFD 1975, s. 185; Seliçi, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 23; Eren, s. 925.

<sup>3</sup> von Tuhr, A., Borçlar Hukuku, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, s. 483; Kılıçoğlu, s. 185; Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Gözden geçirilip genişletilmiş 5. bası, İstanbul 2009, § 2, N. 1.

<sup>4</sup> Detaylı bilgi için bkz. BSK OR I-Weber, Art. 398, N. 5; Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı (Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet YAVUZ-Doç. Dr. Faruk ACAR-Doç. Dr. Burak ÖZEN), İstanbul 2014, s. 1196.

500'de yer alan “Eser sahibi eseri tamamlamadan önce ölür veya tamamlama yeteneğini yitirir ya da eseri tamamlaması kendi kusuru olmaksızın imkansız duruma gelirse, sözleşme kendiliğinden sona erer.” hükmü ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.50/f.son,c.1'deki “Eser tamamlanmadan önce, eser sahibi ölür veya tamamlama kabiliyetini zayi eder, yahut kusuru olmaksızın eserin tamamlanması imkansız hale gelirse zikri geçen taahhütler kendiliğinden münfesihtir olur.” hükmü, yayım sözleşmesinde eser sahibinin borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olduğunu gösteren düzenlemelerdir.

## II. Yüklenicinin Doğrudan Doğruya (Şahsen) Eseri Meydana Getirmesi

TBK m. 470'e göre, eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu maddede yer alan “meydana getirme” edimi, sadece olumlu bir yaratma eylemini (imal) değil, olumsuz nitelikteki ortadan kaldırma veya tahrip etme edimini de kapsar. Bir yapının yıkılması, bazı bölümlerinin ortadan kaldırılması da bir meydana getirme faaliyetidir<sup>5</sup>.

Yüklenicinin bu borcu bir yapma borcudur. Yapma borcu, borçlunun bedeni veya fikri gücü ile yerine getirdiği bir borçtur<sup>6</sup>. Yapma borçları borçlunun şahsına bağlı olan ve bağlı olmayan borçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Borçlunun şahsına bağlı olmayanların üçüncü kişi tarafından ifası mümkün iken, borçlunun şahsına bağlı olanlar bizzat borçlu tarafından ifa edilebilmektedirler. Bu tür borçlar açısından üçüncü kişi tarafından ifa edilememesi durumu söz konusudur<sup>7</sup>. TBK m. 83 hükmünde “alacaklının menfaati bulunmadıkça” ifadesine yer verilmek suretiyle, borçlunun şahsına bağlı olan ve olmayan borçlar arasında bir ayırım yapılırken alacaklının menfaatinin esas alınacağı belirtilmiştir. Borçlunun kişisel, sanatsal, bilimsel özellikleri ve yetenekleri sebebiyle alacaklının borçlu tarafından ifa edilmesine açıkça özel bir değer atfettiği borçlar borçlunun şahsına bağlı, buna karşılık alacaklı açısından borçlu

<sup>5</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 3; Tandoğan, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987, s. 23; Öz, T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 8; Eren, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 589; Şenocak, Z., Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 13-14. Yeni bir yol, köprü, bina inşası, kanal açılması, alet, mobilya imali, elbise ve başka giyim eşyasının dikilmesi, elektrik tesisatı, kalorifer tesisatı, gemi, arı kovana yapımı, bir kitabın ciltlenmesi ve basılması, ilaç imali, bir şeyin boyanması, cilâlanması, yıkanması, ütülenmesi, bir binanın yıkılması, odun kırılması, bir ormanın açılması, ayakkabı veya saat tamiri, tıkanmış lavabonun, kilitli kalmış kapının açılması “meydana getirme” edimi kapsamında yer alır., Yavuz, s. 991

<sup>6</sup> Oğuzman/Öz, s. 6; Eren, s. 102; Aydınçık, Ş., Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013, s. 7.

<sup>7</sup> Borçlunun şahsına bağlı olan ve olmayan yapma borcu kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Aydınçık, s. 16 vd..

yerine üçüncü bir kişinin ifasının önem taşımadığı, farklılık arz etmediği borçlar ise borçlunun şahsına bağlı olmayan edimlerdir<sup>8</sup>.

İfanın bizzat borçlu tarafından yapılmasında alacaklının menfaatinin bulunduğu hallerde borçlu borcunu şahsen ifa ile yükümlüdür. Alacaklının menfaatinin bulunup bulunmadığı değerlendirilirken menfaatin hukuka uygun olması ve dürüstlük kuralı gereği göz önünde tutulması gereken bir menfaat olması aranmalıdır. Edimin borçlu tarafından bizzat yerine getirilmesinin alacaklı açısından ekonomik bakımdan bir değer taşıyıp taşımadığı da dikkate alınması gereken bir kriterdir. Üçüncü kişi edimin iktisadi değerine zarar vermeden o edimi ifa edebiliyorsa edim borçlunun şahsına bağlı nitelikte değerlendirilemez<sup>9</sup>.

Kanun koyucu, TBK m. 471/f.3'te "doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür" şeklindeki ifadeye yer vererek, eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme şeklindeki yapma borcunun kural olarak borçlunun şahsına bağlı nitelik taşıdığını kabul etmiştir. Bir başka anlatımla, bu hükümde kanun koyucu yüklenicinin borcunun kişisel niteliğini karine olarak kabul edilmiş ve TBK m. 83'te yer alan genel kuraldan ayrılmıştır<sup>10</sup>. Yüklenici, eserin yapımında kişisel niteliklerinin önem arz etmediğini iddia etmekteyse bu iddiasını ispatlamak zorundadır<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Becker, H., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl. Bern 1945, Art. 98, N. 1; Aydınçık, s. 16.

<sup>9</sup> Aydınçık, s. 17. Bir edimin şahsa bağlı olup olmadığının değerlendirilmesinde takdir yetkisini kullanacak olan hakim, alacaklı açısından bir edimin borçlu ya da üçüncü kişi tarafından ifa edilmesinde bir fark görmüyorsa, bu edim şahsa bağlı bir edim olarak nitelendirilemez., Aydınçık, 19.

<sup>10</sup> Koller, A., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung; die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband; der Werkvertrag Art. 363-366 OR., Bern 1998, Art. 364, N. 54; Bühler, T., Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band V/2d, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR., Zürich 1998, Art. 364, N. 47; Karahasan, M. R., İnşaat, İmar, İhale Hukuku, C. 1, İstanbul 1997, s. 207; Kılıçoğlu, s. 187 vd.; Özyörük, S., İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Ankara 1988, s. 14; Eren, F., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s. 64; Becker, H., İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184-551, Çeviren: A. Suat Dura, Ankara 1993, s. 599; Erdoğan, İ., Eser Sözleşmesi ve Bazı İşgörmeye Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, S.1, SÜHFD Ocak-Haziran 1990, s. 138; Zevkililer A./Gökyayla E. K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 13. Bası, Ankara 2013, s. 499. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin "Yüklenici üstlenmiş olduğu işin devamı süresince, iş yerinden ayrılamaz." şeklindeki 17. maddesi ile "Yüklenici üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredilebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir." şeklindeki 46. maddesi bu sonucu teyit etmektedir., Kılıçoğlu, s. 188.

<sup>11</sup> Bühler, Art. 364; N. 79; Tandoğan s. 72; Yavuz, s. 1006. Yüklenicinin eseri şahsen ifa ile yü-

Eserin, yüklenicinin maddi ve fikri yeteneklerinden, başkası onu ortaya çıkaramayacak derecede etkilenmesi halinde yüklenicinin eseri şahsen yapması zorunludur<sup>12</sup>. Bunun dışında, eserin yüklenicinin yönetimi altında başkasına yaptırılması mümkündür. Yüklenicinin tüzel kişi olması durumunda, onun yönetimi altında yetkili organları veya gerçek kişiler eseri meydana getirirler<sup>13</sup>.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin şahsen ifa borcu, onun eserin yapılması sırasında yönetimi altında yardımcı kişiler kullanmasına engel değildir. Diğer taraftan, yüklenicinin kişisel niteliklerinin önem arz etmediği durumlarda eserin yapılması bir üçüncü kişiye devredilebilir<sup>14</sup>. Yüklenicinin kendi adına ve hesabına anlaşma yaptığı bu kişiye alt yüklenici denir<sup>15</sup>.

Yüklenicinin eseri kendi yapma ya da yönetimi altında yaptırma borcuna ilişkin TBK m. 471/f.3 hükmü, emredici nitelikte bir kural değildir. Eserin tamamının veya bir kısmının alt yüklenici tarafından yerine getirilmesi kararlaştırılabileceği gibi, aksi de kararlaştırılabilir<sup>16</sup>.

---

kümlü olduğunu, kendi yönetimi altında yaptıramayacağını iddia eden iş sahibi, bu iddiasını ispatlamalıdır, Bühler, Art. 364; N. 79; Karahasan, M. R., Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat İkinci Cilt, İstanbul 2002, s. 211; Aral, F./Ayrancı, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 324. Öğretide, büyük fabrika ve makine inşalarında işin verimliliğinin rasyonel bir şekilde bölünmesiyle artacağı gerekçesiyle söz konusu karine eleştirilmekte, yüklenicinin şahsen ifa borcunun eliş yapan işletmelerde söz konusu olabileceği belirtilmektedir., BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 364, N. 30; Zevkliler/Gökyayla, s. 500; Gautschi, G., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 3. Teilband: Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, Bern 1967, Art. 364, N. 9e; Bühler, Art. 364, N. 79.

<sup>12</sup> Bühler, Art. 364, N. 74; Uyar, T., Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Birinci Cilt, Ankara 1988, s. 351; Gümüş, A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012, s. 11. Burada yüklenicinin üstlendiği edim, sıkı sıkıya kişiliğine bağlı bir edimdir. Kişiyne sıkı sıkıya bağlı edimlerde "mutlak şahsılık ilkesi" geçerli olup, yüklenicinin böyle bir edimi yalnız kendisinin yerine getirmesi gerekir., Eren, Özel Hükümler, s. 603. Sanat eserlerinde eserin özgün yapısı, onu yapan kişiliğinden aldığından, bu kişi yerine başkası konulamaz., Yavuz, s. 1007-1008. Kişisel emeğin önem arz ettiği tamir işlerinde de yüklenicinin işi şahsen yapması gerekmekte olup, işin yapımının alt yükleniciye devri mümkün değildir., Gautschi, Art. 364, N. 17a.

<sup>13</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 364, N. 31; Tandoğan, s. 71; Karahasan, s. 213; Aral/Ayrancı, s. 324; Yavuz, s. 1008; Uyar, s. 351.

<sup>14</sup> Yüklenicinin borçlandığı edim çeşitli işleri kapsıyor ve bu işlerin bir bölümü açısından yüklenicinin kişisel nitelikleri önem taşıyor ise, bu bölüm dışında kalan bölümlerin yüklenicinin yönetimi altında olmayan başka kişiler tarafından yapılması mümkündür., Tandoğan, s. 72. Altın varaklı bir çerçeve içerisinde ısmarlanan bir resim şahsen ressam tarafından yapılacak, resmin altın varaklı çerçeveye yerleştirilmesi ise, bu işten anlayan bir başkasına yaptırılacaktır., Zevkliler/Gökyayla, s. 501.

<sup>15</sup> Yavuz, s. 1008; Kılıçoğlu, s. 189.

<sup>16</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 364, N. 54; Weber, Art. 68; N. 29; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 64; Tandoğan, s. 73; Aral/Ayrancı, s. 325.

Yüklenicinin şahsen ifa borcunun bulunduğu hallerde anılan borca aykırı hareket edilerek, eserin başkasına ya da yönetimi altında olmayan bir kişiye yaptırılması sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve yüklenici meydana gelen zarardan sorumlu olur. Bu durumda iş sahibi borçlu temerrüdü (TBK m. 123 vd.) hükümlerinden faydalanarak sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir<sup>17</sup>.

## A. Şahsen İfa Borcunun Kapsamına Giren Durumlar

### 1. Yüklenicinin Yardımcı Kişilere Başvurması

#### a. Genel olarak

Yüklenicinin şahsen ifa borcu, kural olarak yardımcı kişi kullanmasına engel değildir. Günümüzdeki ekonomik ve teknik koşullar bu sonucu doğurmaktadır<sup>18</sup>. Ancak, yardımcı kişi kullanılması daha düşük nitelikte bir eserin meydana gelmesine neden olursa yardımcı kişi kullanımı mümkün görülmemelidir. Bir heykeltıraşın yapacağı heykelde durum böyledir. Diğer taraftan, yardımcı kişi kullanımı eserin niteliğini etkilemeyecek ise buna imkan tanınabilir<sup>19</sup>. Sonuç olarak, yüklenici kendi gözetim ve denetimi altında olmak koşuluyla ve eserin niteliğini etkilemeyecek ise, eserin yapımında yardımcı kişi kullanabilir<sup>20</sup>.

#### b. Yüklenicinin eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcu ve borcun ihlalden doğan sorumluluğu

Yüklenicinin yardımcı kişi kullanması kural olarak onun şahsen ifa borcunu ihlal etmemekle birlikte, yüklenicinin eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunu doğurur. Eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcu, yüklenici için bir özen borcu olup, şahsen ifa borcunun bir parçasıdır. Yüklenici, bu borç kapsamında yönetim görevini yalnız yönetime tabi kişiler üzerinde yerine getirir<sup>21</sup>. Eserin yapımı işini bağımsız olarak üzerine almış kişiler olan alt yükleniciler üzerinde asıl yüklenicinin yönetimi söz konusu değildir<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Karahasın, s. 212 dn. 32a; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 64; Tandoğan, s. 73; Yalçınduran, T., Alt Eser (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 74; Kostakoğlu, C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. Baskı İstanbul 2015, s. 324; Yavuz, s. 1008; Eren, Özel Hükümler, s. 604.

<sup>18</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 364, N. 31; Tandoğan, s. 74; Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, Üçüncü Bası, İstanbul 1977, s. 993-994; Uyar, s. 352; Karahasın, s. 208.

<sup>19</sup> Tandoğan, s. 74; Yavuz, s. 1008; Kılıçoğlu, s. 189; Karahasın, Özel Borç İlişkileri, s. 212.

<sup>20</sup> von Tuhr, s. 483; Kılıçoğlu, s. 189; Gümüş, s. 11.

<sup>21</sup> Kılıçoğlu, s. 190.

<sup>22</sup> Seliçi, s. 30; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 65; Kılıçoğlu, s. 190. Sözleşmede kararlaştırılması veya işin niteliğinin gerektirmesi halinde alt yüklenicinin asıl yüklenicinin denetimi altında çalışması mümkündür., Tandoğan, s. 77-78.

Yüklenici, eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcu kapsamında yardımcı kişileri devamlı surette gözetim ve denetim altında bulundurmalı<sup>23</sup>, ayrıca eserin yapımına başlanırken eserin ne şekilde yapılacağı hususunda yardımcı kişilere talimat vermelidir. Talimatın sürekli olması gerekmez. Eserin yapımı sırasında verilen talimat yeterlidir. Ancak, büyük tehlike arz eden işlerde talimat vermenin gözetim yükümlülüğü gibi iş süresince devam etmesi gerekir<sup>24</sup>.

Yüklenicinin, eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunu ihlal etmesi sebebiyle doğan sorumluluğu, kendi fiil ve kusuruna dayanan doğrudan bir sorumluluktur. Bu borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen yüklenici, zarara uğrayan iş sahibine karşı TBK m. 112 vd. hükümlerine göre sorumludur. Yüklenicinin bu sorumluluktan kurtulabilmesi, kusurlu olmadığını ispat etmesine bağlıdır<sup>25</sup>.

Yüklenicinin bu borcuna aykırı davranışı, TBK m. 49 anlamında bir haksız fiil de teşkil edebilir. Bu durumda sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluğun yarışması durumu ortaya çıkar<sup>26</sup>. Yüklenicinin söz konusu borcunu ihlal etmesi sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin zarara uğramasına neden olmuş ise bu kişiler haksız fiil hükümleri çerçevesinde yüklenicinin sorumluluğuna gidebilir<sup>27</sup>.

Yüklenicinin şahsen ifa borcunu ihlal etmesi sebebiyle doğan zararda iş sahibinin kusurlu davranışı de etkili olabilir. Birlikte kusurun varlığı, yüklenici tarafından ödenecek tazminatın indirilmesi ya da tamamen kaldırılması sonucunu doğurur (TBK m. 52).

### c. Yüklenicinin yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu

Yüklenici, eserin yapılmasında kullandığı yardımcı kişilerin kendilerine bırakılan işi hiç ya da gereği gibi ifa etmemeleri sebebiyle iş sahibine verdiği zararlardan TBK m. 116 uyarınca sorumludur. Yüklenicinin bu sorumluluğu, eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunun ihlalden doğan sorumluluğundan farklı bir sorumluluk olup, yüklenici eseri kendi yönetimi altında yaptırma borcunu ihlal etmemiş olsa dahi, eserin yapımında kullandığı yardımcı kişilerin iş sahibine vermiş oldukları zarardan sorumludur. Yüklenici, yardımcı kişilerin seçiminde, denetiminde ve onlara

<sup>23</sup> Karahasan, s. 213.

<sup>24</sup> Kılıçoğlu, s. 190; bkz. Gautschi, Art. 364, N. 11c.

<sup>25</sup> Karahasan, s. 213; Tandoğan, s. 76; Özyörük, s. 14; Kılıçoğlu, s. 191; Zevkliler/Gökyayla, s. 501. Yüklenicinin bu borcunda temerrüde düşmesi halinde iş sahibi TBK m. 123 vd. düzenlenen haklarını kullanabilir., Yavuz, s. 1009.

<sup>26</sup> Tunçomağ, s. 995; Kılıçoğlu, s. 191; Yalçınduran, s. 74; Tandoğan, H., Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 1961, s. 528 vd..

<sup>27</sup> Kılıçoğlu, s. 191-192.

talimat vermede kusurlu hareket etmediğini ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamaz<sup>28</sup>.

Öğretide bir görüş, yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan sözleşmenin niteliği gereği ya da tarafların anlaşması sonucu, yardımcı kişiye başvurma imkanının bulunmadığı hallerde yüklenicinin yardımcı kişi kullanmasının, borca aykırılık sebebiyle (TBK m. 112) sorumlu olmasına neden olacağından TBK m. 116 hükmüne başvurmaya ihtiyaç olmadığını ifade etmektedir<sup>29</sup>.

Yardımcı kişiye başvurma imkanının bulunmadığı hallerde yüklenicinin yardımcı kişi kullanması ve bu kişinin işi yürüttüğü sırada iş sahibine zarar vermesi, yüklenicinin TBK m. 116 hükmü uyarınca sorumlu tutulmasına engel değildir. Zarar gören iş sahibi, dilerse TBK m. 112, dilerse de TBK m. 116 hükmüne dayanabilir.

Yüklenicinin yardımcı kişilerin vermiş olduğu zararlardan TBK m. 116 uyarınca sorumlu olması onun kusuruna bağlı değildir<sup>30</sup>. Anılan maddede yüklenici için bir kurtuluş beynesi de getirilmemiştir<sup>31</sup>. Yüklenicinin sorumluluğu açısından eserin yapımı sırasında yardımcı kişiye başvurulmuş olması ve yardımcının fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Yüklenicinin, bilgisi olmadan eserin yapımına katılan yardımcı kişinin fiilinden ve eserin yapımı ile ilgili olmayan fiilinden doğan zararlardan TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulması mümkün değildir<sup>32</sup>.

Yardımcı kişinin fiilinin iş sahibine karşı aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etme-

<sup>28</sup> Seliçi, s. 124; Karahasan, s. 213; Kılıçoğlu, s. 192; Yalçınduran, s. 74.

<sup>29</sup> Kılıçoğlu, s. 192-193.

<sup>30</sup> Oğuzman/Öz, s. 436; Akkanat, H., Taşeronluk (Alt Yüklenicilik) Sözleşmesi, İstanbul 2000, s. 170.

<sup>31</sup> Yardımcı kişi tarafından borcun ifası için yapılan iş, yüklenici tarafından yapılmış olsaydı ve zarara neden olan fiilde yüklenici kusurlu sayılamayacak ve sorumlu tutulamayacak idiye, yüklenici bu durumu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir, bkz. Eren, s. 1082; Tandoğan, Meş'uliyet, s. 444-445; Uyar, s. 354; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 217. Öğretide bir görüş, tüzel kişilerde varsayılan kusurun bulunmadığını ispat imkanı bulunmadığını belirtmektedir., Gautschi, Art. 364, N. 25a. Tandoğan bu görüşe karşı çıkarak, tüzel kişinin yetkili organının davranışının onun davranışı sayılması gerektiğini; bu bağlamda tüzel kişilerde organın yardımcı şahsın davranışında kendisi bulunsaydı kusurlu sayılamayacağı söylenebiliyorsa tüzel kişinin TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir., s. 76.

<sup>32</sup> Karahasan, s. 214; Seliçi, s. 127; Kılıçoğlu, s. 193. "Havagazi ocağının onarımını üzerine alan borçlu, bu borcunu yerine getirmek için چراğını eve gönderse ve onarımı bitirdikten sonra evden ayrılırken چراق, buzdolabının üstündeki saati alıp kaçsa, onun bu eyleminden borçlu TBK m. 116'ya göre sorumlu olmaz. Çünkü چراقın yaptığı hırsızlık ile sözleşmenin yerine getirilmesi (havagazi ocağının onarımı) arasında yalnızca dış (yani zaman ya da yer) yönden bir illiyet vardır ki, bu yeterli değildir.", Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 218. Yükleniciye malzeme ile iş araçları ve gereçleri teslim edenler, yüklenici onlara eserin yapılması borcunun yerine getirilmesini bırakmadığından onun yardımcısı sayılmamalıdır. Aksine bir düşünce, yüklenicinin TBK m. 112'ye kıyasla daha ağır bir sorumluluk öngören TBK m. 116'ya göre sorumlu tutulmasına neden olur, Tandoğan, s. 76.



si halinde iş sahibi, TBK m. 49 uyarınca yardımcı kişiye de başvurabilir. Yüklenici ya da yardımcı kişiye veya her ikisine birden başvuru, iş sahibinin takdirindedir. Ancak, yardımcı kişilerin mali durumunun yükleniciye kıyasla düşük olması<sup>33</sup> ve sözleşme sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu ile karşılaştırıldığında zarar gören için ihtiva ettiği lehe düzenlemeler iş sahibinin yükleniciye başvurmayı tercih etmesine neden olabilir.

Yüklenici, yardımcı kişinin eserin yapımı sırasında üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan adam çalıştıran sıfatıyla TBK m. 66'ya göre sorumludur. Bu maddede düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin ayrıntılarına burada yer verilmeyecektir. Ancak, TBK m. 66 ile 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 55 arasındaki konuya ilişkin bir farklılığa değinmekte fayda görüyoruz. TBK m. 66/f'2'de BK m. 55/f.2'de olduğu gibi sorumluluktan kurtuluş kanıtına yer verilmiş ve adam çalıştıranın, çalışanı seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı belirtilmiştir. Ancak, BK m. 55/f.2'de ayrı bir kurtuluş kanıtı olarak öngörülen “yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz” şeklindeki hükme TBK m. 66'da yer verilmemiş ve madde gerekçesinde bu düzenlemenin nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu belirtilmiştir.

Üçüncü kişinin tazminat talebiyle karşı karşıya kalan yüklenici, yardımcı kişiyi seçerken, eserin yapımı ile ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini (objektif özen yükümlülüğü) veya objektif özen yükümlülüğü ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığını yani somut durum ve şartlar gereği gösterilmesi gereken objektif özeni göstermiş olsaydı dahi zararın gerçekleşeceğini ispat ettiği takdirde yardımcı kişinin üçüncü kişiye vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulamaz<sup>34</sup>.

İş sahibinin veya üçüncü kişinin uğramış oldukları zararlar sebebiyle müteselsilen sorumlu olan yüklenici ile yardımcı kişi arasında tazminatın paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı dikkate alınır. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen yüklenici veya yardımcı kişi diğerine karşı rücu hakkına sahiptir ve zarar görenin haklarına halef olur (TBK m. 62).

## 2. Birden Çok Yüklenicinin Yapı İşlerini Birlikte Üstlenmesi

Birden çok yüklenicinin bir araya gelerek iş sahibine karşı yapı işlerini birlik-

<sup>33</sup> Kılıçoğlu, s. 193.

<sup>34</sup> Geniş bilgi için bkz. Antalya, O. G., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 557 vd..

te üstlenmesi öğretide “joint-venture” kavramı ile ifade edilmektedir<sup>35</sup>. Bu kavram, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu<sup>36</sup> m. 6 ‘da (Ek: 4/12/1985 - 3239/72 m.) yer alan “Birinci maddenin A, B, C ve D bentlerinde yazılı kurumların<sup>37</sup> kendi aralarında, şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerle belli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan vergi dairesinden bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler iş ortaklığıdır. Bunların tüzel kişiliklerinin olmaması mükellefiyetlerini etkilemez.” şeklindeki düzenlemede “iş ortaklığı” adıyla belirtilmiştir. Bu hükümde yapılan tanımın kurumlar vergisi açısından geçerli olduğu; özel hukuk bakımından gerçek kişilerin ve kişi ortaklıklarının kendi aralarında bir joint-venture sözleşmesi yapmalarının mümkün olduğu öğretide belirtilmektedir<sup>38</sup>.

Birden çok yüklenicinin yapı işlerini birlikte üstlenmesi halinde, iş sahibi ile birden çok gerçek veya tüzel kişi yüklenicinin hep birlikte bir sözleşme yaptıkları görülmektedir. Yükleniciler arasındaki iç ilişki, adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmekte ve ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümünde TBK m. 620 vd. hükümlerinde düzenlenen adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>39</sup>.

Yüklenicilerden birinin ölümü, iflası, kısıtlanması, ortaklıktan ayrılması veya tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde eser sözleşmesinin sona ermesine ilişkin TBK m. 486 kıyasen uygulanarak, ortaklık sözleşmesinin sona erip ermediği tespit edilmeli; anılan durumlar sebebiyle işe devam edemeyen yüklenicinin kişiliği ön planda tutularak sözleşme yapılmış ise, iş sahibi işe devam konusunda razı olmadıkça sözleşmenin sona erdiği kabul edilmelidir<sup>40</sup>.

## B. Şahsen İfa Borcunun İstisnaları

### 1. Asıl Yüklenicinin İş Görme Borcunu Alt Yükleniciye Devretmesi

#### a. Genel olarak

İş görme sözleşmelerinde borçlunun borcunu şahsen ifa etmesi kural olmakla beraber TBK’da bu kurala istisnalar getirilmiştir. Hizmet sözleşmesinde TBK m.

<sup>35</sup> Tekinalp, G./Tekinalp, Ü., Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 143 vd.; Yavuz, s. 1009. Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, s. 96-101.

<sup>36</sup> 10.06.1949 Tarih, 7229 Sayılı RG.

<sup>37</sup> A) Sermaye şirketleri, B) Kooperatifler, C) İktisadi Kamu Müesseseleri, D) Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler... bkz. yukarıda anılan Kanun m. 1.

<sup>38</sup> Tandoğan, s. 96; Yavuz, s. 1009; Zevkliler/Gökyayla, s. 504. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 52. maddesinde de bu durumun mümkün olduğuna işaret edilmiştir.

<sup>39</sup> Tandoğan, s. 98; Uyar, s. 355; Zevkliler/Gökyayla, s. 504; Akkanat, s. 28.

<sup>40</sup> Tandoğan, s. 101, Yavuz, s. 1009; Uyar, s. 356.

395/f.1'de<sup>41</sup>, vekalet sözleşmesinde TBK m. 506/f.1'de<sup>42</sup> bu istisnai durumlar yer almaktadır. TBK m. 471/f.3'te "Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir" hükmüne yer verilerek eser sözleşmesi açısından şahsen ifa borcuna bir istisna getirilmiştir. Yüklenicinin kişisel özellikleri hususunda bir değerlendirme yapılırken yüklenicinin ifa edeceği edim dikkate alınır<sup>43</sup>.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin şahsen ifa borcunun istisnasını teşkil eden durum, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olmadığı hallerdir. Oysa diğer iş görme sözleşmelerinde işin niteliği gereği veya başka hallerde de işin devri mümkündür. Vekalet sözleşmesinde müvekkilin rızası, teamülün mümkün kıldığı haller veya zorunlu sebepler vekilin işi başkasına devretmesine olanak tanır<sup>44</sup>. Öğretide, eser sözleşmesi açısından sadece işin niteliğinden kaynaklanan bir devir yetkisi tanınmış olmasının vekalet ve hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi iş sahibinin rızasına dayanan devir imkanını ortadan kaldırmadığı<sup>45</sup>; diğer taraftan yüklenicinin iş gücünü kaybetmesinin anılan sözleşmelerden farklı olarak, işin alt yüklenicilere devir olanağı sağlamayacağı belirtilmektedir<sup>46</sup>.

Asıl yüklenicinin kendi adına ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesi ile iş sahibine karşı olan eseri yapma borcunu kendisine bıraktığı kişiye alt yüklenici denir<sup>47</sup>. Öğretide bazı yazarlar, alt yükleniciyi asıl yükleniciden bağımsız olarak faaliyet gösteren ve onun gözetimi ve yönetimi altında olmaksızın çalışan bir yardımcı kişi (ifa yardımcısı) olarak nitelendirmektedirler<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> "Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklediği işi şahsen yapmakla yükümlüdür".

<sup>42</sup> "Vekil, vekalet borcunu şahsen ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir".

<sup>43</sup> Aral/Ayrancı, s. 325; Tandoğan, s. 71. Yüklenici ile işsahibi arasındaki kişisel ilişki, yüklenicinin ödeme gücü gibi durumların önemi yoktur., Zevkliler/Gökyayla, s. 502. Tüzel kişilerde tecrübe, know-how, özel metotlara hakimiyet personelin seviyesi gibi edim bakımından önem taşıyan şahsi nitelikler işletmenin edimle ilgili özelliklerini ifade etmektedir., BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 364, N. 36; Aral/Ayrancı, s. 325.

<sup>44</sup> Kılıçoğlu, s. 194 ve orada dn. 30'da anılan yazar.

<sup>45</sup> Seliçi, s. 31; Kılıçoğlu, s. 194, 196; Yalçınduran, s. 75. Eserin tamamının ya da bir kısmının alt yükleniciye devir yetkisi, iş sahibi ile asıl yüklenici arasında eser sözleşmesi yapıldığı anda verilebileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de verilebilir. Devir için iş sahibinin izninin alınması gerekli olup, iş sahibi izin alınmadan yapılan bir devre onay da verebilir., Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 65; Tandoğan, s. 80-81.

<sup>46</sup> Tandoğan, s. 78; Kılıçoğlu, s. 194; Uyar, s. 352; Yavuz, TBK m. 506/f.1'in kıyasen uygulanması sonucu yüklenicinin durumun zorunlu kıldığı hallerde eserin yapımını alt yükleniciye devredilme imkanını kabul etmektedir., s. 101. Aksi görüş için bkz. Gautschi, Art. 364, N. 16b.

<sup>47</sup> Gautschi, Art. 364, N. 19b; BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 26; Bühler, Art. 364; N. 50; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 66; Aral/Ayrancı, s. 326; Tandoğan, s. 77; Yavuz, s. 1010; Uyar, s. 351; Özyörük, s. 15; bkz. Akkanat, s. 3 vd., Gümüş, s. 12. Öğretide bu kişiler için "ikame edilen şahıs" tabiri de kullanılmaktadır., Oğuzman/Öz, s. 259; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 447; von Tuhr, s. 483.

<sup>48</sup> Gautschi, Art. 364, N. 11a; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 65; Aral/Ayrancı, s. 326; Yalçınduran, s.

Asıl yüklenicinin eserin yapımını devrettiği alt yüklenici, bağımsız hareket eden ve asıl yüklenicinin yerine geçen kişidir<sup>49</sup>. Yardımcı kişiler, yüklenicinin gözetim ve denetimi altında buldukları halde, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında böyle bir ilişki söz konusu değildir. Asıl yüklenici, eserin yapımını alt yükleniciye devrettiğinde iş sahibi ile arasındaki sözleşmeden doğan bütün borçları kendi idaresi ve denetimi söz konusu olmaksızın bu kişiye geçirmiş olur. Bu halde, asıl yükleniciyi adam çalıştıran, alt yükleniciyi de yardımcı kişi olarak nitelendirmek mümkün değildir<sup>50</sup>. Asıl yüklenicinin eserin yapımında başvurduğu yardımcı kişilerin uzman olmaları gerekmezken, alt yükleniciler genellikle eserin yapımında görev aldıkları alanda asıl yükleniciye göre daha uzman kişilerdir<sup>51</sup>.

Yüklenicinin kişisel niteliklerinin ve özelliklerinin önem arz etmediği eser sözleşmelerinde eserin tamamının ya da bir bölümünün yapımı alt yüklenicilere devredilebilir. Bir bina inşaatının söz konusu olduğu hallerde, elektrik tesisatı, boya işleri ve ısı tesisatı bir yükleniciler topluluğu tarafından yapılmaktadır<sup>52</sup>. İş sahibi çoğu zaman neyin kim tarafından yapıldığı konusunda bilgi sahibi değildir<sup>53</sup>.

Yüklenicinin kişisel özelliklerinin büyük önem arz ettiği, özellikle el sanatlarıyla ilgili eser sözleşmelerinde eserin yapılmasının alt yüklenicilere devri mümkün olmadığı gibi<sup>54</sup>, hammaddenin iş sahibi tarafından sağlandığı zanaatkar işlerinde de devir yetkisi kabul edilmemektedir<sup>55</sup>. Bununla birlikte, malzemesinin yüklenici tarafından sağlandığı ve yüklenicinin kendi yerinde yapılıp tamamlandıktan sonra iş sahibine teslim edilecek taşınırlara ilişkin eser sözleşmelerinde eserin yapımının alt yüklenicilere devri mümkün görülmektedir<sup>56</sup>.

50; Eren, Özel Hükümler, s. 605; Gümüş, s. 11. Alt yüklenici, bağımsız da olsa asıl yüklenicinin yardımcı kişisi ya da ifa yardımcısıdır., BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 31. Bağımlı yardımcı kişi ile yüklenici arasında genellikle bir hizmet sözleşmesi bulunurken, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki ilişki eser sözleşmesinden kaynaklanır., Gautschi, Art. 364, N. 19b.

<sup>49</sup> Seliçi, s. 30; Uyar, s. 353; Yarg. 4. HD, 15.09.1980 T., 8100 E., 9498 K. sayılı kararı, Karahasan, s. 215.

<sup>50</sup> Uyar, s. 353; Kılıçoğlu, s. 195; Karahasan, s. 209.

<sup>51</sup> Seliçi, s. 30-31; Tandoğan, s. 77; Karahasan, s. 210; Uyar, s. 353; Özyörük, s. 14; Zevkiler/ Gökyayla, s. 503.

<sup>52</sup> Seliçi, s. 24 vd.. Anahtar teslimine yönelik yapı işlerini içeren genel nitelikteki eser sözleşmelerinde asıl yüklenicinin alt yüklenicilere başvurabilmesinin mümkün olduğu, ancak böyle bir sözleşmede işin tamamı için değil, elektrik, doğrama gibi bazı bölümlerin yapımı için devir yetkisinin verildiğinin kabul edilebileceği, genel nitelikte olmayan eser sözleşmelerinde asıl yükleniciye devir yetkisinin tanınmadığı karinesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir., Karahasan, s. 211; Tandoğan, s. 79-80; bkz. Gautschi, Art. 364, N. 18c.

<sup>53</sup> Kılıçoğlu, s. 195 ve orada dn. 34'de anılan yazar.

<sup>54</sup> Karahasan, s. 211.

<sup>55</sup> Gautschi, Art. 364, N. 17a; Tandoğan, s. 79.

<sup>56</sup> Gautschi, Art. 364, N. 15b; Tunçomağ, s. 994; Kılıçoğlu, s. 196, Tandoğan, s. 78.

## **b. Eserin yapımının alt yükleniciye devredilmesi halinde ortaya çıkan hukuki ilişki**

### **aa. Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında**

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişki taraflar arasında yapılan eser sözleşmesine dayanır. Asıl yüklenici kendi adına ve hesabına alt yüklenici ile bir sözleşme yapmaktadır. Bu sözleşme ilişkisi, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan eser sözleşmesinden bağımsızdır<sup>57</sup>. Bu sözleşme kural olarak, ilk sözleşmeden bağımsız olsa da alt yüklenici ile yapılan sözleşmenin içeriği iş sahibi ile asıl yüklenici arasında yapılan sözleşmeden etkilenmekte, alt yüklenici ile yapılan sözleşme hükümleri ilk sözleşme ile bağlantılı olabilmektedir. Özellikle, alt yüklenicinin ediminin kapsamı veya meydana getireceği eserin özellikleri asıl sözleşmenin kapsamına göre belirlenmektedir<sup>58</sup>.

Alt yüklenicinin eseri tamamlayıp, teslim etme borcu asıl yükleniciye karşıdır. Alt yüklenici, eserdeki ayıplar sebebiyle ayıptan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde asıl yükleniciye karşı sorumludur<sup>59</sup>.

Alt yüklenicinin asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle asıl yüklenici iş sahibine karşı olan borcunu ifa edemez ve sorumluluk altına girerse, bu yüzden uğramış olduğu zararın giderilmesini alt yükleniciden talep edebilir<sup>60</sup>.

### **bb. Alt yüklenici ile iş sahibi arasında**

Asıl yüklenici kendi adına ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesi ile eserin yapımını alt yükleniciye devretmektedir. İş sahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır<sup>61</sup>. Alt yüklenici, asıl yükleniciye karşı borçlu olup, iş sahibine karşı bir borç altında değildir. İş sahibi ise aralarındaki sözleşme gereği asıl yükleniciye karşı borçludur.

İş sahibinin alt yükleniciye karşı eserin yapımını isteme veya bu konuda talimat vermek hakkı bulunmamaktadır<sup>62</sup>. Eserin tamamlanarak teslimini isteme hakkı asıl

<sup>57</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 29; Seliçi, s. 34; Becker, s. 600; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 65; Aral/Ayrancı, s. 327.

<sup>58</sup> Bühler, Art. 364; N. 52; Tandoğan, s. 83; Aral/Ayrancı, s. 327; Gümüş, s. 12. İş sahibi ile asıl yüklenici arasında yapılan eser sözleşmesindeki asıl yüklenicinin alt yüklenici ile yapacağı eser sözleşmesine ilişkin kayıtlar, sözleşmenin nispiyeti ilkesi gereği alt eser sözleşmesinin tarafları için bağlayıcı değildir., Akkanat, s. 190.

<sup>59</sup> Tandoğan, s. 82; Yavuz, s. 1011; Akkanat, s. 192 vd.; Eren, Özel Hükümler, s. 606.

<sup>60</sup> Tandoğan, s. 84.

<sup>61</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 32; Uyar, s. 352; Seliçi, s. 34; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 66; Eren, Özel Hükümler, s. 607; Gümüş, s. 14; bkz. Yarg. 15. HD'nin 23.01.1992 T., 2792 E., 157 K. ve 07.12.1995 T., 4993 E., 7286 K. sayılı kararları, Karahasan s. 210-211.

<sup>62</sup> Tandoğan, s. 84; Eren, Özel Hükümler, s. 607; Gümüş, s. 14.

yükleniciye ait olup, iş sahibi alt yükleniciye karşı şartları gerçekleştiği takdirde haksız fiil hükümleri uyarınca başvurabilir<sup>63</sup>. Kural bu olmakla beraber, alt yüklenici asıl yüklenici tarafından kendisine verilen işleri eksiksiz ve ayıpsız bir şekilde yapacağı konusunda iş sahibine karşı doğrudan bir sözleşme yükümlülüğü altına girmiş ise, yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi sözleşmeden doğan sorumluluğuna yol açar<sup>64</sup>. Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan eser sözleşmesinin iş sahibi açısından tam üçüncü kişi yararına sözleşme<sup>65</sup> olarak yapılması durumunda da alt yüklenici iş sahibine karşı TBK m. 129/f.2 gereği doğrudan sorumlu olur ve iş sahibi taahhüt edilen borcun ifasını talep edebilir<sup>66</sup>.

İş sahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmamasının bir diğer sonucu da iş sahibinin alt yükleniciye bir ücret ödeme borcunun bulunmamasıdır. Alt yüklenici ücret alacağını ancak asıl yükleniciye karşı ileri sürebilir. Ancak, iş sahibi alt yükleniciye karşı müteselsil borçlu veya kefil olarak ücret ödeme borcu altına girmiş ise alt yüklenici ücret alacağını iş sahibine karşı da ileri sürebilir<sup>67</sup>. Ücretin düşük tutulmasının ya da asıl yüklenicinin ödeme gücünü yitirmesinin iş sahibine başvuramama açısından bir etkisi yoktur<sup>68</sup>.

Alt yüklenici asıl yükleniciden olan ücret alacağı için iş sahibine karşı kanuni ipotek hakkını kullanabilir ve bunun tescilini talep edebilir. TMK m. 893/b.3'e göre, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermekten emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici ve zanaatkarlar kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler. Alt yüklenicinin, kanundan doğan ipotek hakkını kullanabilmesi için iş sahibi ile eser sözleşmesi ilişkisi içinde bulunması gerekmez. Alt yüklenicinin, asıl yükleniciye karşı yapması gereken inşaa işlerini eser sözleşmesine uygun olarak yapması anılan hakkın

<sup>63</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 32; Tandoğan, s. 85; Eren, Özel Hükümler, s. 607; Aral/Ayrancı, s. 327. Öğretide bir görüş, TBK m. 507/f.3'ün kıyasen eser sözleşmelerine uygulanabileceğini; bu şekilde iş sahibinin, asıl yüklenicinin alt yükleniciye karşı sürebileceği tüm hakları alt yükleniciye karşı ileri sürebileceğini belirtmektedir., Tandoğan, H., Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s. 98; Yavuz, s. 1013; Yalçınduran, s. 186. Aksi yönde Akkanat, s. 252 vd.; Gümüş, s. 14-15.

<sup>64</sup> Yavuz, s. 1013; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 66; Akkanat, s. 229; Tandoğan, s. 85; Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 214. Alt yüklenici asıl yüklenici tarafından kendisine verilen işleri iyi bir şekilde yapacağı hususunda iş sahibine taahhütte bulunabilir. Alt yüklenici bu taahhüdünü gereği gibi yerine getirmez ise iş sahibi sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayanabilir. Ancak, iş sahibi tarafından ihale şartnamesine tek taraflı olarak konan asıl yüklenici ile onun iş verdiği alt yüklenicinin müteselsilen sorumlu olduklarına ilişkin kayıt alt yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için yeterli olmaz., Tandoğan, s. 85.

<sup>65</sup> Tandoğan, s. 85; Akkanat, s. 231; bkz. Eren, s. 1151.

<sup>66</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 32; Eren, Özel Hükümler, s.607; Aral/Ayrancı, s. 327. Geniş açıklama için bkz. Tandoğan, s. 85.

<sup>67</sup> Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 66; Tandoğan, s. 88; Gümüş, s. 14; Aral/Ayrancı, s. 327. Yarg. 15. HD, 5.2.1990 T., 990 E. 355-364 K. sayılı kararı, Kostakoğlu, s. 325.

<sup>68</sup> Tandoğan, s. 88; Yavuz, s. 1014.

kullanılabilmesi için yeterlidir. Alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkı, asıl yüklenicinin ipotek hakkından bağımsızdır<sup>69</sup>. Bu hak, işin alt yükleniciye devrinin mümkün olup olmamasına bakılmaksızın mevcuttur ve devirden iş sahibi haberdar olmasa ya da asıl yüklenici kendi adına kanuni ipotek hakkını tapuda tescil ettirmiş olsa dahi kullanılabilir<sup>70</sup>.

Kanuni ipotek hakkını tescil ettiren alt yükleniciye karşı iş sahibi, sadece taşınmazıyla ve ipotek tutarıyla sınırlı olarak sorumludur. O, diğer malvarlığı ile sorumlu değildir. İş sahibinin asıl yükleniciye ödemedi bulunmuş olması, onu asıl yükleniciden alacağını alamamış olan alt yükleniciye ödeme yapmaktan kurtarmaz. İş sahibi asıl yüklenici ile yapmış olduğu sözleşmeye alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkını ortadan kaldıran bir kayıt koysa da sonuç değişmez. Zira, TMK m. 893/f.son alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkından önceden feragatini dahi geçerli kabul etmemiştir<sup>71</sup>.

## cc. İş sahibi ile asıl yüklenici arasında

### aaa. Asıl yüklenicinin alt yüklenicinin fiillerinden doğan sorumluluğu

Asıl yüklenicinin eserin yapımını alt yükleniciye devretme yetkisinin bulunduğu hallerde<sup>72</sup> asıl yüklenicinin şahsen ifa borcu ortadan kalkar. Ancak bu durum asıl yüklenicinin alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlar sebebiyle sorumlu tutulmasına engel değildir<sup>73</sup>. Öğretide hakim görüşe göre, asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki eser sözleşmesi konusu işin alt yükleniciye devrinin caiz olduğu hallerde alt yüklenicinin eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibine verdiği zararlardan dolayı asıl yüklenici iş sahibine karşı TBK m. 116 uyarınca sorumludur<sup>74</sup>.

Öğretide farklı görüşlerin yer almasına neden olan husus ise, asıl yüklenicinin eserin yapımını devretme yetkisinin bulunduğu hallerde alt yükleniciyi iyi seçtiğini ve ona iyi talimat verdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağıdır. Bir görüş, vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 507/f.2'nin kıyasen uygulanabilmesinin kabulü halinde, alt yükleniciyi iyi seçtiğini ve ona iyi talimat verdiğini ispat eden asıl yüklenicinin sorumluluktan kurtulacağını; aksi halde asıl yüklenicinin TBK m.

<sup>69</sup> Seliçi, s. 30; Uyar, s. 352.

<sup>70</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 33-34; Tandoğan, s. 89; Eren, Özel Hükümler, s. 608.

<sup>71</sup> Tandoğan, s. 90. Asıl yüklenici kusuruyla alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkını tescil ettirmesine neden olmuşsa, eserin iş sahibine bu şekilde bir sınırlama ile teslim edilmiş olması ayıplı bir ifa olup, iş sahibi asıl yükleniciden ücretin indirilmesini talep edebilir, BGE 104 II 355.

<sup>72</sup> Alt yükleniciye başvurma hususunda yetkili olduğunu asıl yüklenici ispat etmelidir, BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 364, N. 56; Gümüş, s. 11.

<sup>73</sup> Kılıçoğlu, s. 197.

<sup>74</sup> BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 31; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 448; Akkanat, s. 157; Gümüş, s. 12; Eren, Özel Hükümler, s. 609; Tandoğan, H., Üçüncü Şahsın Zararı, s. 97-98; Aral/Ayrancı, s. 328; Kostakoğlu, s. 325.

116 gereği sorumlu olacağını belirtmektedir<sup>75</sup>. Bu görüş karşısında öğretide birçok yazar tarafından TBK m. 507/f.2'nin vekalet ilişkisine özgü, özel bir hüküm olduğu ve alt yüklenicinin söz konusu maddede belirtilen kurtuluş beyyinesinden kıyas yoluyla faydalanmayacağı; asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin ve yardımcılarının verdiği zararlar sebebiyle sorumluluğunun TBK m. 116 hükmüne dayandığı ifade edilmektedir<sup>76</sup>.

Asıl yüklenici, eserin yapılmasını alt yükleniciye devretme yetkisi olmaksızın devretmiş ise öğretide bir görüşe göre, alt yüklenicinin eserin yapımını hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyerek iş sahibinin zarara uğramasına neden olması durumunda asıl yüklenici TBK m. 112 vd. hükümleri çerçevesinde sorumludur. Bu sonuç, yetkisiz devirlerde sorumluluk konusunu özel olarak düzenleyen TBK m. 507'nin verdiği sonuç ile aynıdır<sup>77</sup>. Bir başka görüş ise, TBK m. 116 hükmünün işin alt yükleniciye bırakılmasının caiz olmadığı hallerde de uygulanabileceğini, böyle bir durumda alt yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumlu olduğu gibi TBK m. 116 uyarınca da sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir<sup>78</sup>.

Asıl yüklenicinin iş sahibi ile arasındaki eser sözleşmesine aykırı davranmış sayılabilmesi için alt yüklenicinin fiilen çalıştırılması gerekir. Alt yüklenici ile sözleşmenin yapılması yeterli değildir<sup>79</sup>. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye başvurmasının caiz olmadığı durumlarda iş sahibi alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmasını asıl yükleniciden isteyebilir. Bu istemi kabul edilmeyen iş sahibi uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir<sup>80</sup>. Böyle bir durumda TBK m. 473/f.2 uyarınca işin bir üçüncü kişiye yaptırılması da söz konusu olabilir<sup>81</sup>.

Alt yükleniciye yapılan devir yetkisiz bir devir olmasına rağmen, alt yüklenici, eserin yapımını sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmiş ve iş sahibinin özellikle işin asıl yüklenici tarafından yapılmasında özel bir menfaati yoksa, alt yüklenici tarafından yapılan işi kabul etmemesi iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eder<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> Yavuz, s. 1013. Geniş bilgi için bkz. Yalçınduran, s. 186-193.

<sup>76</sup> Gautschi, Art. 364, N. 20a; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 448; von Tuhr, s. 592; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 67; Seliçi, s. 125; Karahasan, s. 198; Kılıçoğlu, s. 198; Akkanat, s. 155; Tunçomağ, s. 995. Asıl yüklenici alt yüklenicinin eyleminden dolayı sorumluluktan kurtulmak istiyorsa, böyle bir eylemde kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispat etmelidir., Eren, Özel Hükümler, s. 609; Tandoğan, s. 94.

<sup>77</sup> Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 68; Yavuz, s. 1012; Uyar, s. 355.

<sup>78</sup> Bühler, Art. 364, N. 69; BSK OR I-Zindel/Pulver, Art. 363, N. 31; Tandoğan, s. 92; Aral/Ayrancı, s. 328; Akkanat, s. 159; Şenocak, s. 22.

<sup>79</sup> Bühler, Art. 364, N. 68; Tandoğan, s. 92.

<sup>80</sup> Tandoğan, s. 92; Aral/Ayrancı, s. 328. Bu ihtimalde kendisine verilen süre içinde asıl yüklenicinin alt yükleniciye işi bırakmaması, iş sahibinin TBK m. 125/f.2 uyarınca asıl eser sözleşmesini sona erdirebilmesine imkan tanır., BGE 103 II 55.

<sup>81</sup> Gümü, s. 13.

<sup>82</sup> Akkanat, s. 159.



### bbb. Asıl yüklenicinin ücret alacağı

Asıl yüklenici alt yükleniciye yaptırdığı işler için iş sahibinden ücret isteyebilir. İş sahibinin yaptığı işler için doğrudan doğruya alt yükleniciye ödemedede bulunması aksine bir anlaşma bulunmadıkça asıl yüklenicinin ücret alacağını etkilemez<sup>83</sup>. Ancak asıl yüklenici, alt yükleniciye iş sahibince ödenen miktar oranında, alt yükleniciye olan ücret ödeme borcundan kurtulur. İş sahibi, TBK m. 529/f.1 ve 530'a dayanarak vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca asıl yüklenicinin zenginleştiği oranı kendisinden talep edebilir<sup>84</sup>.

Alt yüklenici ücret alacağı dolayısıyla kanuni ipotek hakkını kullanması durumunda, her ne kadar alt yükleniciye karşı borçlu asıl yüklenici olsa da iş sahibi, TMK m. 884'e uygun olarak asıl yüklenicinin, alt yükleniciye olan borcunu ödeyerek alt yüklenici tarafından koydurulan ipotegün kaldırılmasını isteyebilir. Alt yüklenicinin ücret alacağını ödeyen ve TBK m. 127/b.1 ve TMK m. 884/f.2 gereği alt yüklenicinin alacağına halef olan iş sahibi, asıl yükleniciden alt yükleniciye ödemiş olduğu miktarın ödenmesini talep edebileceği gibi bu miktarı asıl yüklenicinin kendisinden olan bir alacağıyla takas da edebilir. Bununla birlikte iş sahibi, alt yükleniciye karşı asıl yükleniciden olan alacağı için müteselsilen sorumlu olmayı kabul etmiş ise, TBK m. 167 vd. hükümleri çerçevesinde asıl yükleniciye karşı rücu hakkını kullanabilir<sup>85</sup>.

## 2. Yüklenicinin iş sahibi adına sözleşmeyi bir başkasına devri

Eserin yapımının alt yükleniciye devri, iş sahibi ile yüklenici arasındaki eser sözleşmesinin devrinden farklıdır. Eser sözleşmesinin devrinde yüklenici, iş sahibinin rızasıyla eser sözleşmesiyle üstlendiği işi, iş sahibi adına ve hesabın yaptığı bir sözleşme ile üçüncü kişiye bırakmaktadır. Bu durumda TBK m. 471/f.3'ün uygulama alanı bulması söz konusu değildir<sup>86</sup>. Yüklenici iş sahibinin izni olmaksızın iş sahibi adına ve hesabına eser sözleşmesini bir başkasına devrederse, asıl eser sözleşmesine aykırı davranmış ve yetkisiz temsilci olarak hareket etmiş olur. Yetkisiz temsile ilişkin TBK m. 46-47 hükümleri uygulanır<sup>87</sup>. İş sahibi bu devre onay verirse, yüklenicinin yapmış olduğu eser sözleşmesi ile bağlı hale gelir. İş sahibinin onay vermemesi halinde ise, üçüncü kişi yüklenicinin yapmış olduğu eser sözleşmesinin geçersiz olması sebebiyle uğramış olduğu zararı yükleniciden isteyebilir<sup>88</sup>. Onun iş sahibine karşı yapmış

<sup>83</sup> Tandoğan, s. 94; Akkanat, s. 187.

<sup>84</sup> Yavuz, s.1012; Akkanat, s. 188; Tandoğan, s. 94.

<sup>85</sup> Tandoğan, s. 95; Yavuz, s. 1012; Akkanat, s. 188.

<sup>86</sup> Tandoğan, s. 95. Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 68; Yavuz, s. 1014.

<sup>87</sup> Tandoğan, s. 95.

<sup>88</sup> Üçüncü kişi yükleniciden öncelikle olumsuz zararını talep edebilir. Yüklenicinin kusurlu olması halinde ise diğer zararların (olumlu zarar) istenebilmesi de mümkündür. Yüklenici sözleşmenin yapıldığı sırada üçüncü kişinin, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez. Üçüncü kişinin yükleniciye karşı şartları varsa sebepsiz zenginleşme davası açma hakkı saklıdır.

olduğu işin karşılığı olan ücret vb. talep hakkı yoktur<sup>89</sup>. Ancak, üçüncü kişi kendi malzemesi ile iş sahibinin taşınmazı üzerinde bir yapı meydana getirmiş ise, TMK m. 723 uyarınca uygun bir tazminat isteyebilir ve bu alacağını elde etmek için TMK m. 893/f.3'te düzenlenen kanuni ipotek hakkından faydalanabilir<sup>90</sup>.

Öğretide bir görüşe göre, TBK m. 502/f.2'den hareketle, vekilin iş görme borcunu düzenleyen TBK m. 504'e ve vekilin bizzat ifa borcunun istisnalarını düzenleyen TBK m. 506/f.1'e göre vekilin iş görme borcunu ikame vekile devretmesiyle aynı şartlar içinde yüklenicinin de eser meydana getirme borcunu bir başka kişiye devredebilir. Devri gerçekleştiren yüklenicinin sorumluluğunun belirlenmesinde TBK m. 507/f.1 ve f.2 hükümleri kıyasen uygulanır<sup>91</sup>

## SONUÇ

TBK m. 83'e göre, borçlu borcunu şahsen ifa etmek zorunda değildir. Borçlu yerine üçüncü bir kişi ifade bulunabilir. Borçlunun kişisel bilgi ve yeteneğinin ön planda olduğu iş görme sözleşmelerinde kural, borçlunun borcunu şahsen ifa etmesidir. Eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 471/f.3'te yüklenicinin borcunun kişisel niteliği dikkate alınarak, yüklenicinin eseri şahsen ifa etmesi gerektiği ifade edilmiştir.

İstisna sözleşmesinde yüklenicinin işi şahsen yapma borcu, onun işin yapılması sırasında yardımcı kişiler kullanmasına engel değildir. Ancak, yardımcı kişi kullanılması daha düşük nitelikte bir eserin meydana gelmesine neden olcaksa yardımcı kişi kullanımı mümkün değildir. Diğer taraftan, yüklenicinin kişisel niteliklerinin önem arz etmediği durumlarda eserin yapılması bir üçüncü kişiye devredilebilir.

Yüklenicinin, işi kendi yönetimi altında yaptırma borcunu ihlal etmesi sebebiyle doğan sorumluluğu TBK m. 112 vd. hükümlerine tabidir. Yüklenici, yardımcı kişilerin iş sahibine verdiği zararlardan ise, TBK m. 116 uyarınca sorumludur.

Yüklenici, TBK m. 471/f.3 çerçevesinde iş sahibine taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir. Asıl yüklenicinin kendi adına ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesi ile iş sahibine karşı olan eser yapma borcunu kendisine bıraktığı kişi alt yüklenicidir. Alt yüklenici, bağımsız hareket etme ve uzman olma nitelikleri bakımından yardımcı kişilerden ayrılmaktadır.

Alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki sözleşme ilişkisi, asıl yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan eser sözleşmesinden bağımsızdır. Bu sebeple alt yüklenici, asıl yükleniciye karşı borçlu olup, iş sahibine karşı bir borç altına girmez. İş sahibinin alt yükleniciden borcunu ifa etmesini talep edebilmesi, alt yüklenicinin ayrı bir sözleşme ile

<sup>89</sup> İş sahibi yükleniciye temsil yetkisi vermemiş olmasına rağmen üçüncü kişilere böyle bir yetki verdiğini beyan etmiş ya da bu yetkinin verildiğini gösteren davranışlarda bulunmuş ise yüklenicinin üçüncü kişi ile yapmış olduğu sözleşme ile bağlıdır (TBK m. 41).

<sup>90</sup> Tandoğan, s. 95; BGE 95 II 230.

<sup>91</sup> Yavuz, s. 1014.

eserin yapımı konusunda yükümlülük altına girmesine ya da asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olmasına bağlıdır.

Alt yüklenicinin ücret alacağı asıl yükleniciye karşıdır. Alt yüklenici kanuni ipotek hakkını kullanmış ise, iş sahibi alt yüklenicinin ücret alacağını ödeyerek; kanuni halefiyet gereği asıl yükleniciden alt yükleniciye ödemiş olduğu tutarın ödenmesini isteyebileceği gibi bu tutarı asıl yüklenicinin kedisinden olan bir alacağıyla takas da edebilir.

Yüklenicinin eserin yapımını alt yükleniciye devretme yetkisinin bulunduğu hallerde asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin ve yardımcılarının verdiği zararlar sebebiyle iş sahibine karşı sorumluluğu, TBK m. 116 hükmüne dayanmaktadır. Asıl yüklenici, eserin yapılmasını alt yükleniciye devretme yetkisi olmaksızın devretmiş ve alt yüklenici de eserin yapımını hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyerek iş sahibinin zarar uğramasına neden olmuş ise, alt yüklenici TBK m. 112 ve TBK m. 116 uyarınca iş sahibine karşı sorumlu tutulabilir.

#### **YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- Akkanat, H., Taşeronluk (Alt Yüklenicilik) Sözleşmesi, İstanbul 2000.
- Aral, F./Ayrancı, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.
- Aydıncık, Ş., Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013.
- Becker, H., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl. Bern 1945.
- Becker, H., İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184-551, Çeviren: A. Suat Dura, Ankara 1993.
- Bühler, T., Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band V/2d, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR., Zürich 1998.
- Erdoğan, İ., Eser Sözleşmesi ve Bazı İşgörmeye Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, S.1, SÜHFD Ocak-Haziran 1990, s. 135-172.
- Eren, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013.
- Eren, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (Özel Hükümler).
- Eren, F., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 1996, s. 63-86 (İnşaat Sözleşmeleri).
- Gautschi, G., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 3. Teilband: Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, Bern 1967.
- Gümüş, A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012.
- Honsell, H./Vogt, N. P./Wiegand, W. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel/Bern /Zürich 2011 (BSK OR I-Yazar adı).

- Karahasan, M. R., İnşaat, İmar, İhale Hukuku, C. 1, İstanbul 1997.
- Karahasan, M. R., Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat İkinci Cilt, İstanbul 2002 (Özel Borç İlişkileri).
- Kılıçoğlu, A. M., Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AHFD, 1975, C. 32, s. 185-199.
- Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Gözden geçirilip genişletilmiş 5. bası, İstanbul 2009.
- Koller, A., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationrecht, 2. Abteilung: die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband: der Werkvertrag Art. 363-366 OR., Bern 1998.
- Kostakoğlu, C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 9. Baskı İstanbul 2015.
- Oğuzman M. K./Öz, T., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.
- Öz, T., İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- Özyörük, S., İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Ankara 1988.
- Seliçi, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- Şenocak, Z., Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- Tandoğan, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987.
- Tandoğan, H., Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mes'uliyet).
- Tandoğan, H., Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (Üçüncü Şahsın Zararı).
- Tekinalp, G./Tekinalp, Ü., Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 143-167.
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, Üçüncü Bası, İstanbul 1977.
- Uyar, T., Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Birinci Cilt, Ankara 1988.
- Weber, R. H., Berner Kommentar Band VI: Das Obligationrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Artikel 68-96, 2. Auflage, Bern 2005.
- von Tuhr, A., Borçlar Hukuku, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983.
- Yalçınduran, T., Alt Eser (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.
- Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı (Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet YAVUZ-Prof. Dr. Faruk ACAR-Doç. Dr. Burak ÖZEN), İstanbul 2014.
- Zevkliler A./Gökyayla E. K., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 13. Bası, Ankara 2013.

# SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA GÖRE UYARLANMASI

(YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI İNCELEMESİ)

## Adjustment of Contract due to Changing Conditions (An Analysis of a Supreme Court Decision)

Yrd. Doç. Dr. Memet Erdem AYBAY\*

### ÖZET

Çalışma kapsamında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanması ile ilgili 12.11.2014 tarihinde verdiği karar incelemeye tabi tutulmuştur. Bu inceleme yapılırken öncelikle kararın verilmesi aşamalarından bahsedilmiştir. Sonraki bölümde sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanması hakkında teorik açıklamalar yapılmıştır. Çalışmanın son bölümünde Yargıtay kararı çeşitli yönlerden incelenmiş ve eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu çalışmanın amacı dövize endeksli kredi kullananların, özellikle tüketicilerin, değişen ekonomik koşullar karşısındaki durumlarına değinmek ve mahkemelelerin genellikle bu kişiler aleyhine olan tutumları hakkında değerlendirmelerde bulunmaktır.

**Anahtar kelimeler:** Sözleşme, Uyarlama, Değişen Koşullar, İşlem Temelinin Çökmesi, Aşırı İfa Güçlüğü, Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, Dövize Endeksli Kredi, Tüketici.

### *Abstract*

In context of this article, a decision given by the Turkish Supreme Court, concerning adjustment of contract due to changing conditions, is examined. Within this examination, firstly, the stages until the final decision have been explained. In the following section, theoretical explanations about adjustment of contract due to changing conditions have been made. In the last section the decision is examined in several aspects and has been criticised. The purpose of this article is to touch on the problems of consumers, who obtain credit on basis of foreign exchange and who fall into disadvantageous position because of the changes in rate of foreign exchange.

---

\* Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Keywords:** Contract, Adjustment, Changing Conditions, Collapse of the Basis of Transaction(Frustration of contract), Hardship in Performance of Contract, Supreme Court, General Assembly, Credit on Basis of Foreign Rate of Exchange, Consumer.

T.C.  
YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

E. 2014/13-1614 K. 2014/900 T. 12.11.2014

- **KONUT FİNANSMAN KREDİ SÖZLEŞMESİNDE UYARLAMA (Japon Yeni'nin TL Karşısında Aşırı Değer Kazanmasından Kaynaklı - Devalüasyonların Ülkemiz Açısından Önceden Tahmin Edilemeyecek Bir Keyfiyet Olmadığı/ Öngörülmezlik Unsuru Oluşmadığından İstemin Reddedileceği )**
- **JAPON YENİ'NİN TL KARŞISINDA AŞIRI DEĞER KAZANMASINDAN KAYNAKLI UYARLAMA İSTEMİ ( Konut Finansman Kredi Sözleşmesi - Ülkemizdeki İstikrarsız Ekonomik Durumun Davacı Tarafından Tahmin Olunabilecek Bir Keyfiyet Olduğu/İstemin Kabulünde İsabet Bulunmadığı )**
- **ÖNGÖRÜLMEZLİK UNSURU ( Konut Finansman Kredi Sözleşmesi/ Japon Yeni'nin TL Karşısında Aşırı Değer Kazanmasından Kaynaklı Uyarlama - Devalüasyonların Ülkemiz Açısından Önceden Tahmin Edilemeyecek Bir Keyfiyet Olmadığı/Uyarlamanın Koşullarından Olan Öngörülmezlik Unsuru Oluşmadığı - İstemin Kabulünün Doğru Olmadığı )**
- **DEVALÜASYONLARIN ÜLKEMİZ AÇISINDAN ÖNCEDEN TAHMİN EDİLEMEYECEK BİR KEYFİYET OLMAMASI (Japon Yeni'nin TL Karşısında Aşırı Değer Kazanmasından Kaynaklı Uyarlama/Konut Finansman Kredi Sözleşmesi - Ülkemizdeki İstikrarsız Ekonomik Durumun Davacı Tarafından Tahmin Olunabilecek Bir Keyfiyet Olduğu/Öngörülmezlik Unsuru Oluşmadığından İstemin Reddi Gerektiği)**

6098/m.138

**ÖZET:** Uyuşmazlık; “Konut Finansman Kredi Sözleşmesi”nin uyarlama koşullarının oluşup oluşmadığına ilişkindir. Davacı Japon Yeni'nin TL karşısında aşırı değer kazandığını ve bu suretle işlem temelinin çöktüğünü ileri sürerek uyarlama talebinde bulunmuştur.

Türkiye’de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir ger-

çektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir.

Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan ön-görülmezlik unsuru oluşmamıştır.

Bu nedenle; aynı hususlara değinen, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi yasaya aykırı olup; direnme kararı bozulmalıdır.

**DAVA:** Taraflar arasındaki “sözleşmenin uyarlanması” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Uşak 1.Asliye –Tüketici Mahkemesi Sifatıyla- Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 04.10.2012 gün ve 2011/309 E., 2012/274 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 12.12.2013 gün ve 2013/1042 E. - 2013/31247 K. sayılı ilamı ile;

( ... Davacı, 15.08.2008 tarihinde davalı bankadan dövize endeksli TL olarak 9.354.000 Japon Yeni tutarında 99.000- TL'lik 60 ay vadeli konut kredisi kullandığını, ancak ekonomik kriz nedeniyle Japon Yeni'nin TL karşısında aşırı değer kazandığını, işlem temelini çöktüğünü, geri ödeme miktarının arttığını ileri sürerek, sözleşmenin 4077 Sayılı Kanununun 6. maddesine göre standart sözleşme olduğunun ve haksız şartlar içerdiğinin tespitine, Kanununun 10/B maddesi gereğince sözleşme öncesi bilgi formu verilmemesi nedeniyle sözleşmenin geçersiz olup olmadığının tespitine, sözleşmenin geçersiz olduğu tespit edilirse borcun Japon Yeni karşılığı TL olarak verildiği tarihten itibaren yüksek kurdan ödenen fazla miktarın BK.61 ve devamı maddeleri gereğince iadesine veya borçtan mahsubuna, sözleşmenin geçerli olduğu kanaatine varılırsa kredinin aylık taksitlerinin borç verilen tarihteki TL karşılığına çekilmesine ve bu miktarda sabitlenmesine, dosya masrafı olarak ödenen 900-TL'nin de iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının kendi iradesi ile döviz cinsinden kredi kullandığını, uyarılma koşullarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, alınan bilirkişi raporu benimsenmek suretiyle, davacının sözleşme tarihinde TL karşılığında kredi kullanmış olsaydı 143.771,14-TL ödeme yapacağı gerekçesiyle sözleşmenin uyarlanması talebinin kabulüne, davacı tarafından kredinin kullanıldığı tarihten itibaren aylık 2.396,19-TL üzerinde yapılan fazla ödemelerin borcundan mahsubuna ve sonuç olarak toplam 143.771,14-TL borç üzerinde yaptığı ödemenin davalı bankaca geri ödemesinin yapılmasına, 900-TL dosya masrafı iadesi talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-)Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-)Davacının, davalı bankadan 15.08.2008 tarihinde 9.354.000 Japon Yeni tutarında 99.000- TL'lik 60 ay vadeli konut kredisi kullandığı ve ilk taksidin 16.09.2008 tarihinde başladığı hususları tartışmasız olup, davacı Japon Yeni'nin TL karşısında aşırı değer kazandığını ve bu suretle işlem temelinin çöktüğünü ileri sürerek uyarlama talebinde bulunmuştur. Hemen belirtmek gerekir ki taraflar arasında düzenlenmiş bulunan sözleşmeye bağlılık esas olup, sözleşmenin uyarlanması ise uyarlama koşullarının varlığı halinde başvurulması gereken istisnai bir durumdur. Her şeyden önce sözleşmenin imzalanmasından sonra beklenmeyen olağanüstü durumların gerçekleşmesi, sözleşmenin uzun süreli olması, beklenmeyen olağanüstü durumların herkes için geçerli, objektif ve önceden belirlenemeyecek nitelikte bulunması, değişen koşulların sözleşmeyi çekilemeyecek hale getirmesi bu suretle işlem temelinin çökmesi zorunludur. Dava konusu olayda davacının başlangıçta seçme özgürlüğü varken TL yerine döviz bazında kredi kullandığı, bir başka deyişle serbest iradesiyle kredi türünü belirlediği anlaşılmakta olup, davalı banka elemanlarının davacıyı yönlendirdiği iddiası ispatlanamamıştır. Öte yandan ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından bilinen bir olgudur. Davacı, bu riski önceden öngörebilecek durumda olmasına rağmen dövizle kredi kullanmış bulunmaktadır. Kaldı ki, eldeki dava kredi geri ödemesinin başladığı tarihten üç yıl sonra açılmış olup, bu durumda davacının sözleşmeyi benimsediğinin kabulü gerekir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde dava konusu olayda uyarlama koşullarının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, değinilen bu yönler gözetilerek davanın tümüyle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir... ),

Gereğesiyle ( 2 ) nolu bentte sayılan nedenlerle karar bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**KARAR:** Dava, sözleşmenin uyarlanması istemine ilişkindir.

Davacı, 15.08.2008 tarihinde davalı bankadan dövize endekli TL olarak 9.354.000 Japon Yeni tutarında 99.000- TL'lik 60 ay vadeli konut kredisi kullandığını, ancak ekonomik kriz nedeniyle Japon Yeni'nin TL karşısında aşırı değer kazandığını, işlem temelinin çöktüğünü, geri ödeme miktarının arttığını ileri sürerek, sözleşmenin 4077 Sayılı Kanununun 6. maddesine göre standart sözleşme olduğunun



ve haksız şartlar içerdiğinin tespitine, Kanununun 10/B maddesi gereğince sözleşme öncesi bilgi formu verilmemesi nedeniyle sözleşmenin geçersiz olup olmadığının tespitine, sözleşmenin geçersiz olduğu tespit edilirse borcun Japon Yeni karşılığı TL olarak verildiği tarihten itibaren yüksek kurdan ödenen fazla miktarın BK.61 ve devamı maddeleri gereğince iadesine veya borçtan mahsubuna, sözleşmenin geçerli olduğu kanaatine varılırsa kredinin aylık taksitlerinin borç verilen tarihteki TL karşılığına çekilmesine ve bu miktarda sabitlenmesine, dosya masrafı olarak ödenen 900-TL'nin de iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davacının kendi iradesi ile döviz cinsinden kredi kullandığını, uyarlama koşullarının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacının sözleşme tarihinde TL karşılığında kredi kullanmış olsaydı 143.771,14-TL ödeme yapacağı gerekçesiyle sözleşmenin uyarlanması talebinin kabulüne, davacı tarafından kredinin kullanıldığı tarihten itibaren aylık 2.396,19-TL üzerinde yapılan fazla ödemelerin borcundan mahsubuna ve sonuç olarak toplam 143.771,14-TL borç üzerinde yaptığı ödemenin davalı bankaca geri ödemesinin yapılmasına, 900-TL dosya masrafı iadesine dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire'ce metni aynen yukarıda başlık bölümünde alınan ilam ile bozulmuştur.

Mahkemece, "... Davacının konut almak için Japon Yeni endekli tüketici kredisi kullandığı, sözleşme tarihinden sonra söz konusu yabancı paranın Türk Lirası karşısında öngörülemeyen bir biçimde değer kazanması ile edimler arasındaki dengenin büyük oranda bozulduğu, bunun sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren sebeplerden olduğu, kredi taksitlerinin tamamı ödenmeden dava açıldığına göre edimlerin henüz ifa edilmemiş olması şartının da mevcut bulunduğu anlaşılmış,..." gerekçesi ile direnilmiştir.

Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmektedir.

Bozma ve direnme kararı kapsamalarına göre Hukuk Genel Kurul'u önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında düzenlenen "Konut Finansman Kredi Sözleşmesi"nin uyarlama koşullarının oluşup oluşmadığı; buradan varılacak sonuca göre sözleşmenin uyarlanmasının gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

Bu noktada, kurulmuş bir sözleşmede sonradan ortaya çıkan bazı olgular nedeniyle değişiklik yapılabilmesi, bugün çağdaş tüm hukuk sistemlerinde kabul edilen, beklenmeyen hal (Emprevizyon) veya Clausula Rebus Sic Stantibus Kuramının koşullarının gerçekleşmiş olması halinde mümkün görülmektedir. Bu kuramın, borçlunun şartları ne olursa olsun mutlaka akde sadık kalmasını zorunlu gören, bir bakıma artık eskimiş olarak nitelendirilebilecek Ahde Vefa veya Pacta Sunt Servanda Kuramını sınırlamak için konulduğu benimsenmektedir.

Beklenmeyen hal ( Emprevizyon ) kuramı, şöyle açıklanmaktadır: “Akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse taraflar akitle bağlı olmamalıdır. Buna “Clausula Rebus Sic Stantibus” ( Beklenmeyen Hal Şartı ) denmektedir. Bu görüş öğretide “Emprevizyon Teorisi” adıyla anılmaktadır. Öğretide, sözleşmenin, yapıldığı andaki durumun değişmeyeceği şeklindeki bir zımni kabul ile yapıldığı, aynen uygulanmasının taraflarca bu zımni şarta bağlı tutulduğu varsayılmaktadır ( Tekinay /Akman/ Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Bası İst.1993. s.1005 ).

Akitlerin ifasını şartların değişmemesine bağlayan (Clausula Rebus Sic Stantibus) fikri gerçeğe tam olarak uygun değilse de, ahde vefa prensibine kesin ve sıkı sıkıya bağlılığında her zaman adil olmadığı görülmektedir. Bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, uyuşmazlıklara dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır ( Prof.Dr.Kemal Oğuzman, Borçlar Hukuku Dersleri,Cilt 1, 4.Bası, İst.1987, s.123; Prof.Dr.Rona Serozan, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme 3.Cilt, İst. 1994, s.164; İbrahim Kaplan, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ank.1987, S.112, Prof. Dr.Haluk Burcuoğlu, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma, İst.1995 S.4. İsviçre Hukuku için Bkz.Eugen Bucher, Schweizer Isch'es Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2.Bası, Zürich 1988, s.385 vd. Henri Deschenaux, Le Titre Preliminaire Du Code Civil,Fribourg 1969, S.183 ).

Mukayeseli Hukuk açısından konu irdelediğinde; Alman Hukukunda Beklenmeyen Hal veya Clausula Rebus Sic Stantibus kuramının daha da somutlaştırılarak kabul edildiği ve İşlem Temelinin Çökmesi Kuramı olarak adlandırılan bir kuramın geliştirildiği görülmektedir. Buna göre, sözleşmenin temelini teşkil eden, kendisi üzerine anlaşmanın dayandığı ve karşılıklı edimlerin tayin olduğu edim ve karşı edim arasındaki dengenin taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılamaz biçimde bozulduğu hallerde, işlem temelinin çökmesi söz konusu olacaktır ( Bkz.Jozef Esser/Elke Schmidt, Schuldrecht,Band 1, Allgemeiner Teil,Heidelberg 1984 s.330 vd, Serozon age.s.164 vd ).

İsviçre Hukukuna gelince; Yargıcın bir sözleşmenin dönme ya da fesih suretiyle ortadan kalktığını veya Emprevizyon nedeniyle sözleşmenin uyarlanması gerektiğini kabul edebilmesi için, şu koşulların varlığı aranmaktadır:

a ) Öngörülmez bir dış olayın sebep olması: Söz konusu dış olay, bir kişi olayı olmamalıdır. Diğer taraftan bu olay öngörülemez olmalı ve sözleşmenin dengesi, yargıçtan müdahale talep eden tarafın kusurundan kaynaklanmaksızın bozulmuş olmalıdır.

b ) Sözleşme ekonomisinin bozulması: Yargıç, yalnızca sözleşme henüz ifa edilmediği takdirde Emprevizyon Kuramı çerçevesinde müdahale edebilir. Öngörülemez olgular, taraflar arasındaki dengeyi bozmuş olmalıdır. Bu hal özellikle sinallagmatik sözleşmelerde, edim ve karşı edim arasındaki ilişkinin bozulmasında söz konusu olur.

c ) Objektif olarak katlanılması beklenebilecek rizikonun aşılması gerekir. Federal Mahkeme içtihatlarında denge bozukluğunun önemli, açık ve aşırı olması aranmaktadır. Bu nedenle, her somut olayda, objektif bir değerlendirme ile, emprevizyon kuramını ileri süren tarafın üstlenmesi gereken azami rizikonun belirlenmesi gerekir. Eğer bu riziko aşılmışsa, yargıç sözleşmeye el atabilecektir ( Bkz.Henri Deschenaux a.g.e s.189-190 ).

Türk hukukunda, mehzaz kanundaki uygulamalar doğrultusunda, M.K.nun 2. maddesinden de esinlenilerek, hem Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesi, hem de İşlem Temelinin çökmesi kuramı uygulanmak suretiyle, uyarlanma davalarının görülebilir olduğu benimsenmiştir. İşlem Temelinin Çökmesi kavramının uygulanabilmesi için, sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden teşhis ve tahmin edilememiş olması gerekir ( Bkz.Prof Dr.Kemal Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Emprevizyon Nazariyesi 1950 s.59-60 ).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138. Maddesinde, "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

İşlem Temelinin Çökmesi ilkesinin somut olaya ne şekilde uygulanacağı hususu da irdelenmelidir. Yukarıda anıldığı gibi, uyarlama kurallarının uygulanması için öngörülmeyen bir dış olayın meydana gelmesi gerekir.

Bilindiği gibi, Türkiye Ekonomisinin alınan tedbirlere rağmen istikrarlı bir duruma gelmediği bilinen bir gerçektir. 1 Temmuz 1944 tarihinde Uluslararası Para Fonu'nun kurulmasından sonra ülkeler paralarını Amerikan Doları'na göre tanımlamışlar, gerçekçi bir kur politikası arayışı içinde Türk Lirası 7 Eylül 1946'da ABD doları karşısında % 50 oranında devalüe edilerek bir ABD doları 280 kuruş olmuştur (Prof.Dr. Erdinç Tokgöz-Türkiye'nin İktisadi Gelişme Tarihi-Ankara 2001, s:121 ).

16/7/1958 tarihinde yapılan büyük çaptaki kur ayarlaması ile bir ABD dolarının değeri 260 kuruştan 980 kuruşa çıkarılmış, Türk parasının değeri ABD dolarına göre aşırı derecede düşürülmüş, bu uygulama yıllar boyunca devam etmiştir. 10.8.1970 tarihinde yeni bir devalüasyon kararı alınarak Türk Parasının değeri yabancı paralar

karşısında % 66 oranında düşürülmüş, 1 Amerikan doları 15 TL. olmuştur. Bu uygulama ile, başta yabancı paralar olmak üzere, kira bedelleri, her çeşit işçilik, malzeme ve mamul eşya fiyatları aşırı derecede artmış, enflasyon yıllar itibariyle üç haneli rakamlara ulaşmış, günlük ve gecelik faizler faizler düşünülmecek kadar artmıştır.

Nitekim, 24 Ocak 1980'de yürürlüğe konan "İstikrar Tedbirleri"ne rağmen ekonomi tarihimizde ilk kez 1946'da % 104 olan üç rakamlı enflasyon, 1980'de % 107 olmuştur. Bu nedenle 1980 yılında 35 TL.den 77,5 TL.ye çıkarılan Dolar kuru, 1981 yılında ikinci kez yapılan % 100'e yakın bir ayarlama ile 142 TL.ye çıkarılmıştır. Bu devalüasyon kararından sonra Bakanlar Kurulu, 27 Ocak 1984 tarihinde Merkez Bankası'nca TL. nin dolar karşısında % 13,6 oranında devalüe edilmesini onaylamıştır. 5 Nisan 1994 tarihinde bilinen ekonomik kararlar alınmıştır. Bu kararlar sonucunda borsalar, para piyasaları, banka kredi faizleri aşırı derecede artmış; Ocak 1994 ayına göre yabancı paralardaki artış % 250-% 300'lere ulaşmıştır.

Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değer kaybının engellenmesi ve yükselen enflasyonun düşürülmesi amacıyla, T.C. Merkez Bankası 10 Aralık 1999 tarihinde, "Döviz Çıpasına Dayalı İstikrar Programı"nı açıklamış; ancak 27 Kasım 2000 tarihinde bankacılık sisteminden kaynaklanan kriz nedeniyle, repo faizleri ve iç faizler rekor düzeyde yükselmiştir. Krizin giderek derinleşmesi sonucu döviz piyasalarından kaynaklanan Şubat 2000 krizi yaşanmış, ekonomideki bu açmazlar sonucunda hisse senedi borsaları çökmüş, bankalara Devlet el koymak zorunda kalmıştır. Türkiye İMF'ye başvurarak ekonomisine bir yön vermeye çalışmıştır. Merkez Bankası ciddi para politikalarına yönelmiş, 21.2.2001 tarihinde "Döviz Çıpasına Dayalı Sabit Kur" dan dalgalı kura geçilmek suretiyle Doların, faizin, enflasyonun aşırı artmasına engel olmaya çalışılmıştır.

23.12.1999 tarihinde bir ABD doları 534.000 TL.iken 21.2.2001 tarihinde 687.000 TL. olmuş, 11.7.2002 tarihinde 1.700.000 TL.olan ABD doları Irak savaşı sırasında 18.4.2003 tarihinde 1.790.000 TL.ya, bu kararın verildiği tarih itibariyle piyasa şartları sonucu 2.258,00 TL. olmuştur.

Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde:

Taraflar arasındaki ( davaya konu ) konut kredi sözleşmesi 15.08.2008 tarihinde düzenlenmiş, davacı TL ( YTL ) üzerinden kredi kullanma imkanı varken, Japon Yeni üzerinden dövizde endeksli konut kredi kullanmıştır. Yaklaşık üç yıl boyunca da kurda aşırı bir değer artışı meydana gelmediğinden, davacı kullandığı kredi taksitlerini ödemiştir.

Yukarıdan beri açıklandığı gibi, Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden

oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir.

Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfettir. Somut olayda uyarlanmanın koşullarından olan ön-görülmezlik unsuru oluşmamıştır.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.2003 gün ve 2003/13-599 E.-2003/599 K.; Hukuk Genel Kurulu'nun 07.05.2003 gün ve 2003/13-332 E.-2003/340 K.sayıli kararlarında da benimsenmiştir.

Bu nedenle; aynı hususlara değinen, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırı olup; direnme kararı bozulmalıdır.

**SONUÇ:** Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanununun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen “ Geçici madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcını yatırana geri verilmesine, 12.11.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 24.02.2015)

## **I- Hukuki Sorun**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında temel hukuki sorun, önceleri Yargıtay uygulamaları ile karşımıza çıkan daha sonra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “Aşırı İfa Güçlüğü” başlıklı 138. Maddesi ile kanunlaşmış olan “Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması” hususunda şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti. Dövizle endeksli kredi sözleşmelerinde döviz cinsinin Türk parası karşısında aşırı değer kazanıp kredi borçlusunun zor duruma düşüp düşmediği hususunda değerlendirme yapılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının objektif bir nitelik taşıyıp taşımadığı inceleme konusu yapılmıştır.

## **II- Yargı Organlarının Kararları**

### **1) Yerel Mahkemenin Kararı**

Taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıkta davacı taraf, davalı bankadan dövizle endeksli TL olarak 9.354.000 Japon Yeni tutarında 99.000 TL 'lik 60 ay vadeli konut kredisi almış, ancak ekonomik kriz nedeniyle Japon Yeni'nin TL karşısında aşırı

değer kazandığını, işlem temelinin çöktüğünü iddia etmiş, imzaladığı kredi sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince haksız şartlar içerdiğinin tespitine karar verilmesini, mahkemenin böyle bir geçersizlik tespit ettiği takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca fazla ödenen miktarın borcundan mahsubuna; sözleşmenin geçerli olduğu kanaatine varılması halinde de sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanmasına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı taraf, davacının kendi iradesi ile döviz cinsinden kredi kullandığını, uyarlama şartlarının oluşmadığını ifade ederek davanın reddini istemiştir.

Uşak 1.Asliye -Tüketici Mahkemesi Sıfatıyla- Hukuk Mahkemesince davacının uyarlama talebinin kabulüne karar verilmiştir.

## 2)Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Kararı

Davalının yaptığı temyiz başvurusu üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kararını bozmuş ve karar tekrar incelenmek üzere yerel mahkemeye gönderilmiştir. Dairenin gerekçesinde, davacının ülkemizdeki ekonomik dengesizlikleri öngörmesi gerektiğinden bahsedilmiş, ayrıca davanın kredi geri ödemesinin başladığı tarihten üç yıl sonra açılmış olduğundan hareketle davacının sözleşmeyi benimsediğinin kabulünün gerektiği ifade edilerek, özet olarak dava konusu olayda sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanması koşullarının olmadığı sonucuna varılmış ve ilk derece mahkemesinin kararının bozulması yönünde kanaate varılmıştır.

## 3)Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine dava dosyası Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gönderilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da dairenin bozma kararını yerinde bulmuş ve yerel mahkemenin buna göre karar vermesini emretmiştir.

## III- Kararın Değerlendirilmesi

### 1)Çıkış Noktası: Sözleşmenin Değişen Şartlara Göre Uyarlanması

Borçlar hukukunda sözleşmeler hakkında uygulanan temel ilkelerden biri de "ahde vefa"(pacta sunt servanda) ilkesidir. Bu ilke uyarınca sözleşmenin tarafları üstlendikleri edimleri, sözleşmenin hükümlerine bağlı kalarak yerine getirmekle yükümlüdürler. Buna göre taraflarca öngörülen anlaşma, sözleşme süresince geçerliliğini koruyacak, başka etmenler söz konusu anlaşmanın içeriğini veya tarafların edimlerinin niteliğini değiştiremeyecektir. Bununla birlikte bu ilkenin istisnasız uygulanması bazı durumlarda pek mümkün olmayabilir. Sözleşmenin süresi içinde meydana gelebilecek olağanüstü değişiklikler ahde vefa ilkesine uymayı zorlaştırabilir. Bu değişikliklere örnek olarak sözleşmenin yapıldığı yerdeki olağanüstü ekonomik çalkantı

sebebiyle taraflardan birinin ödeme gücündeki azalma gösterilebilir. Bu ve benzeri durumlara çözüm olmak üzere doktrinde ortaya çıkan teorilerden biri de “işlem temeliniin çökmesi” teorisidir. Tarafların sözleşmeyi kurarken edimler arasındaki denge sonradan objektif olarak bozulmuşsa ve bu bozulma sonucunda taraflardan birinin bu sözleşmeyi ifa etmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceksen, burada işlem temeliniin çöktüğünden bahsetmek yerinde olur<sup>1</sup>. Sözleşme kurulurken edimler arasında bir denge olduğu varsayılır. Bu durumda işlem temeliniin sözleşme kurulurken tarafların üzerinde anlaşığı şartlar ve durumlar olduğu söylenebilir.

İşlem temeliniin çöktüğünün kabul edilmesi halinde bu durumdan dolayı zarar gören tarafın zararı nasıl giderilecektir? Bu sorunun yanıtı da doktrinde verilmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesinin ilk olarak uyguladığı “Clausula Rebus Sic Stantibus”(Emprevizyon) teorisi, edimler arasında objektif ölçüde bir dengesizlik olması ve bu dengesizliğin değişen koşullar dolayısıyla ortaya çıkmış olması halinde, sözleşmenin değişen koşullara uygulanması talebinin ileri sürülebileceğini ifade etmiştir<sup>2</sup>. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının görüldüğü kadar kolay olmadığını da belirtmek gerekir. Uyarlamanın gerçekleşebilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekir. Genellikle kabul edilen görüşe göre uyarlamanın gerçekleşebilmesi için öncelikle sözleşmenin kurulmasından sonra, taraflarca öngörülmemiş şekilde, şartların olağanüstü ve objektif nitelikte değişmiş olması ve değişen bu şartlar nedeniyle tarafların edimleri arasında aşırı ölçüde bir dengesizlik ortaya çıkmış olması gerekir. Ayrıca şartların değişmesinde tarafların herhangi bir kusuru olmamalı ve edimlerin de henüz ifa edilmemiş olması gerekmektedir<sup>3</sup>.

Bu noktada teorik tartışmaların yoğun olduğu(1 Numaralı Dipnot'ta da ifade edildiği üzere) ve inceleme konumuzun temelini de bir Yargıtay kararının oluşturduğu dikkate alındığında, sözleşmenin uyarlanmasının teorik temeli ile ilgili açıklamaların yeterli olduğunu düşünüyoruz. Bununla birlikte sözleşmenin uyarlanması bağlamında temel teşkil edebilecek ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.138 ile yürürlüğe giren aşırı ifa güçlüğü kavramının üzerinde durulması gerektiğine inanıyoruz.

<sup>1</sup> Esasen bu konuda, özellikle Türk doktrininde bir birlik sağlanabilmiş değildir. Emprevizyon teorisi, işlem temeliniin çökmesi teorisi ve dürüstlük kurallarından hareket eden düşünce birbirleriyle yarışır haldedir. Bütün bunlar içinde Türk hukuku için en uygulanabilir çözüme, işlem temeliniin çökmesi teorisinden hareket edilerek ulaşılabilir. Çünkü bu teorinin uygulama alanı son derece geniştir ve somut olay adaletine göre çözümde en yol gösterici olandır(BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 1. Baskı, İstanbul 2009, s.89 vd.). Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun inceleme konumuzla doğrudan ilgili “Aşırı İfa Güçlüğü” başlıklı 138. Maddesinin gerekçesinde de “işlem temeliniin çökmesi” teorisinden bahsedilmektedir. Söz konusu teori için bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.1005 vd.; AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul 2006, s.89 vd.

<sup>2</sup> TEKİNAY/AKMAN(BURCUOĞLU/ALTOP, s.1005 vd.

<sup>3</sup> KAPLAN, İbrahim, Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s.146 vd.

## 2) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.138 Kapsamı

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili kanunumuzda doğrudan bir hüküm yakın zamana kadar yoktu. Dolaylı olarak tanımlayabileceğimiz, olağanüstü durumlarda “ahde vefa” ilkesinden ayrılan durumlar önceki Borçlar Kanunumuzda yer almıştır. Öyle ki, bu hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa da dili sadeleştirilerek aynen alınmıştır<sup>4</sup>. Bu hükümlerden fikrimizce en çarpıcı olanı 818 sayılı Borçlar Kanununun 365. Madde hükmüdür. Bu hükme göre götürü ücret kararlaştırılan eser sözleşmesinde hal ve şartlarda sonradan ortaya çıkan önemli değişiklikler halinde yüklenici mahkemeden sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını veya gerekli olması halinde sözleşmenin feshini talep edebiliyordu. Bu hüküm de diğerleri gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa dili sadeleştirilerek aynen alınmıştır (TBK m.480).

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili doğrudan hüküm, devrim sayılabilecek şekilde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 138. Maddesi ile getirilmiştir. Madde başlığı “Aşırı İfa Güçlüğü” şeklindedir ve Türk Borçlar Kanununun Üçüncü Bölümü olan “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Zamanaşımı” üst başlığı altında tanımlanmıştır. Sadece bu noktadan hareket ederek aşırı ifa güçlüğü halinin sözleşmenin sona ermesi yoluna sebep olabileceği anlaşılabilir. Bununla birlikte madde içeriğinde sözleşmenin uyarlanması da mevcuttur. Sözleşmenin uyarlanmasının da esasen, tarafların ilk başta üzerinde uzlaştıkları borç ilişkisinin içeriğinin sona erdiği(dolayısıyla borç ilişkisinin sona erdiği) anlamına gelmesi mümkündür. Sonuç olarak TBK m.138 hükmü, kanun bütünlüğü göz önüne alındığında doğru yerde bulunmaktadır. TBK m.138’in başlığı ile ilgili bu kısa açıklamadan sonra madde içeriğine bakmak gerekecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 138. Maddesi şu şekildedir:

*“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*

<sup>4</sup> Bu hükümler şu şekildedir: 1)Doğal afetlerde hasılat kiracısının kira bedelinin indirilmesini talep hakkını düzenleyen BK m.282/I(TBK m.363/I) 2)Kullanım ödücü sözleşmesinde önceden bilinmeyen bir durum yüzünden ödünç verenin ödünç verdiği şeyi geri isteme hakkını veren BK m.303/II(TBK m.383/II) 3)Saklama sözleşmesinde öngörülemeyen durumlar dolayısıyla sözleşmenin devamı saklanan için tehlikeliyse saklanan şey belirlenen süreden önce geri verilebilmesini düzenleyen BK m.467/I(TBK m.565/I).



*Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır”.*

Madde metninden yola çıkarak, aşırı ifa güçlüğünde sözleşmenin uyarlanmasının istenmesi için bir takım şartların aranması gerektiği söylenebilir. Öncelikle sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum oluşmalı ve bu durumun oluşması da borçludan kaynaklanmamış olmalıdır. Sözleşme yapılırken taraflar her olasılığı hesaba katamazlar. Tarafların düşünemedikleri, önceden tahmin edemedikleri olağanüstü olayların sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmesi mümkündür. Bu türden olaylara örnek olarak yaşanan ekonomik kriz sonucunda paranın değerinde ortaya çıkabilecek olağanüstü bir düşüş veya yükseliş gösterilebilir. İncelememize esas teşkil eden bu çeşit durumlarda yükseliş veya düşüşlerin öngörülebilirliği konusunda uygulamada genel olarak soyut bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir<sup>5</sup>. Ayrıca oluşan olağanüstü durumun borçludan kaynaklanmamış olması da gerekir. Bir başka deyişle, olağanüstü durumun oluşmasına borçlunun katkıda bulunmamış olması gereklidir. Örneğin borçlu değişen şartların ortaya çıkmasında kusurlu taraf ise, aşırı ifa güçlüğü sebebiyle sözleşmenin uyarlanmasını talep edemeyecektir<sup>6</sup>. Ancak TBK m.138 hükmünün sözünden de anlaşıldığı üzere, borçlunun mutlaka kusurlu olması da gerekmez; olağanüstü durumun kaynağının borçluya “isnat edilebilirliği” de yeterli olacaktır<sup>7</sup>.

TBK m.138 uyarınca aranan bir başka şart da olağanüstü durum sebebiyle sözleşmenin yapıldığı sıradaki olguların borçlu aleyhine değişmesidir. Bu değişim, dürüstlük kurallarına göre borçludan ifanın beklenmemesi kadar esaslı bir değişim olmalıdır. Bu şartın anlamı, esasen, ifanın beklenemezliğidir<sup>8</sup>. Öyle bir olağanüstü durum olmalıdır ki, borçludan ifayı istemek dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmelidir. Böyle durumlarda TBK m.138 uyarınca sözleşmenin sona erdirilmesi dahi mümkün olabilecektir.

TBK m.138, sözleşmenin uyarlanması için borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olmasını veya ifanın aşırı güçlüğü halini saklı tutarak ifa etmiş olmasını aramaktadır. Borçlu edimini ifa etmişse, sözleşmenin uyarlanması talebinin bir geçerliliği kalmayacaktır, çünkü sözleşmenin ifa edilebilir olduğu, herhangi bir uyarlamayı gerektirecek bir durumun var olmadığı farzedilecektir<sup>9</sup>. Borçlu, eğer ifanın aşırı güçlüğü

<sup>5</sup> Bu değerlendirme genel olarak doktrinde eleştirilmiştir. Uygulamada genellikle soyut bir değerlendirme yapıldığı yönündeki eleştiriler için bkz. BAYSAL, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s.75-77; BAYSAL, Aşırı İfa Güçlüğü, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, s.125; DOĞAN, Gülmelihat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1358> (Erişim Tarihi: 08.02.2015), s.21.

<sup>6</sup> KAPLAN, s.152.

<sup>7</sup> BAYSAL, Aşırı İfa Güçlüğü, s.130.

<sup>8</sup> BAYSAL, Aşırı İfa Güçlüğü, s.133.

<sup>9</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. KAPLAN, s.155; BURCUOĞLU, Son Mahkeme Kararları ve

halini saklı tutarak borcunu ifa etmişse, sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilecektir. Bir başka deyişle, bir takım sebeplerden dolayı borçlu borcunu ifa etmek zorunda kalsa bile, eğer bir ihtirazi kayıt koymuşsa, sonradan sözleşmenin uyarlanmasını istemek hakkının mevcut olduğu söylenebilecektir. Bunun, esasen, zor durumda kalabilecek borçluya tanınan olağanüstü bir imkân olduğu rahatlıkla söylenebilir.

TBK m.138 hükmünde ifade edilen aşırı ifa güçlüğü halinin en önemli sonucu, sözleşmenin uyarlanmasının istenmesidir. Ancak uyarlamanın mümkün olmaması durumunda borçlu taraf, sözleşmeyi sona erdirebilecektir. TBK m.138 hükmünün sonucu açısından bir iki noktadan bahsedilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Öncelikle hükmün sözünden uyarlamanın mahkemeden istenebileceği olgusu ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık hükümde söz edilmese de sözleşmeyi sona erdirmek için mahkemeye başvurmak zorunluluğu yoktur<sup>10</sup>. Sözleşmenin uyarlanması ve sona erdirilmesi olanaklarının farklı şekillerde kullanılabilir olması haklı olarak eleştirilmiştir<sup>11</sup>. Bu durumda sözleşmenin uyarlanmasını isteyen borçlunun öncelikle karşı taraftan bunu talep edeceğinin kabulü gerekmektedir. Karşı tarafın bu talebi kabul etmemesi halinde borçlunun önünde iki seçeneğinin olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi sözleşmenin uyarlanmasını mahkemeden talep etmedir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki sözleşme dava konusu olacaktır. Borçlunun ikinci seçeneği sözleşmeden dönme yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilmektir. Bütün bu hususlar dikkate alındığında sözleşmenin uyarlanmasının mutlaka mahkemeden talep edilmesinin gerekli olmadığı yolundaki görüş de haklılık kazanacaktır<sup>12</sup>.

TBK m.138 hükmündeki aşırı ifa güçlüğü kavramı ile ilgili açıklamalarımızı sona erdirmeden önce, bu madde hükmü ile benzerlik taşıyan Alman Medeni Kanunundaki(BGB) bir hükmün de incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Alman hukukunda sözleşmenin uyarlanması kavramı, sadece teori ve mahkeme uygulaması kapsamında kalmamış; 2002 yılında modernize edilen BGB'de kanunlaşarak yerini almıştır. BGB §313 e göre sözleşmenin temelini oluşturan olgular sonradan esaslı biçimde değişmişse ve eğer taraflar bu olguları önceden görebilselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacak ya da başka türlü kuracak idilerse, ayrıca taraflardan biri için sözleşmesel ve yasal risk paylaşımı anlayışı ve başkaca olgular dikkate alındığında sözleşmeye bağlılık artık katlanılmaz hale gelmişse, sözleşmenin uyarlanması istenebilecektir. Söz konusu madde incelendiğinde TBK m.138 hükmüne benzer olduğu göze çarpmaktadır. Bununla birlikte bazı temel farklılıkların olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama – Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması, İstanbul 1995. s.12-13. Karşı görüş için bkz. BAYSAL, Aşırı İfa Güçlüğü, s.134.

<sup>10</sup> Sözleşmeden dönmeyen mahkeme yoluyla istenmesi gerektiği yolundaki görüş için DOĞAN, s.34.

<sup>11</sup> BAYSAL, Aşırı İfa Güçlüğü, s.137.

<sup>12</sup> Bu yöndeki görüş ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. BAYSAL, Aşırı İfa Güçlüğü, s.137 vd.

Temel olarak iki maddenin içeriği birbirine benzese de BGB §313 hükmü sözleşmenin her iki tarafı için de uygulama alanı bulurken, TBK m.138 sadece borçlu için uygulama alanı bulur. Bunun dışında her ne kadar TBK m.138 hükmünde ifade edilen aşırı ifa güçlüğü kavramı, BGB §313 de ifade edilen edimler arasındaki dengenin bozulması olgusuna benzese de, edimler arasındaki dengenin bozulması sözleşmenin her iki tarafı için geçerli iken; aşırı ifa güçlüğü'nün sadece borçlu için geçerli olduğu görülmektedir<sup>13</sup>.

### 3) Yargıtay Uygulamaları

#### a) Genel Uyarlama Uygulaması

Sözleşmenin uyarlanmasının her türlü sözleşme için geçerli olduğu yönünde bir kuşku olmasa gerektir. Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan ve tarafların borçlarının ifasını güçleştiren değişiklikler her türlü sözleşmede söz konusu olabilir. Bununla birlikte bu türden değişikliklerin sözleşmeye etkisi veya başka bir deyimle, bu türden değişiklikler olması halinde hâkimin sözleşmeye müdahalesi, bazı durumlarda kanun tarafından öngörülmüştür<sup>14</sup>. Söz konusu kanun hükümleri kapsamı dışında kalan sözleşmelerdeki değişen şartların etkisi uygulama tarafından ele alınmıştır. Yargıtay'ın uygulamalarına bakıldığında, sözleşmelerin uyarlanması ile ilgili taleplerin en çok kira sözleşmelerinde ve dövize endeksli kredi sözleşmelerinde olduğu görülmektedir.

Kira sözleşmeleri ile ilgili sözleşmenin uyarlanması talepleri, uzun bir zamandan beri Yargıtay kararlarının konusu olabilmektedir. Söz konusu uyarlama talepleri, önceleri genellikle kira bedelinin tespiti ile ilgili olmaktadır<sup>15</sup>. Yargıtay kararlarına bakıldığında ilk zamanlarda kiralayan taraf lehine bir uygulamanın olduğu göze çarpmaktadır. Bu kararlarda Medeni Kanun m.2 deki dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması olgularından hareket edilmiş ve beklenilmeyen ekonomik olaylar

<sup>13</sup> BAYSAL, Sözleşmenin Uyarlanması, s.154.

<sup>14</sup> Bkz. yukarıda dipnot No. 4.

<sup>15</sup> BURCUOĞLU, s.2. Yazar bu noktada uyarlama davası ile tespit davası arasında yakınlık bulunduğu görüşündedir; zira mahkeme kira tespitini yaparken, ister istemez bir uyarlama yapmış olacaktır. Bu görüşüne dayanak olarak da Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 30.03.1990 tarihli ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 18.06.1990 tarihli kararlarını göstermiştir(BURCUOĞLU, s.3-4). Bununla birlikte Yargıtay'ın 1981 yılından itibaren yerleşik içtihadında taşınmaz kira sözleşmelerinde uyarlamanın kira tespit davasından daha geniş olduğu ve farklılaştığı yazar tarafından ifade edilmiştir(BURCUOĞLU, s.29). Kira tespiti ile kira uyarlaması davaları arasındaki farklar hakkında ayrıca bilgi için bkz. ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s.178-180. Kira bedelinin tespiti ile kira bedelinin uyarlanması davaları, fikrimizce de ayrı tutulmalıdır. Kira bedelinin tespiti, yeni bir kira dönemi için geçerli olabileceken, kira bedelinin uyarlanması, özellikle uzun süreli sözleşmelerde beklenmeyen olaylar yüzünden tarafların ifa güçlüğü haline düşmesi hallerinde uygulama alanı bulacaktır.

karşısında aylık kira bedellerinin yetersiz kalışı vurgulanmıştır<sup>16</sup>. Ancak 1994 yılında Türkiye'de yaşanan ekonomik kriz, kira sözleşmelerini de derinden etkilemiş ve önceden dövize endeksli olarak yapılmış olan kira sözleşmeleri, dövizin Türk Lirası karşısında olağanüstü değer kazanması ile birlikte kiracı için katlanılmaz hale gelmiştir. Bu yüzden Yargıtay içtihatları kiracı lehine değişmiş; kiracıların uyarılma talepleri haklı görülmeğe başlamıştır<sup>17</sup>. Kira sözleşmelerindeki kira bedellerinde uyarılma içtihatları günümüzde de varlığını sürdürmektedir<sup>18</sup>. Bununla birlikte uyarılma ile ilgili tartışmanın, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kira bedelinin belirlenmesi ile ilgili 344. maddesinin yürürlüğe girmesiyle büyük ölçüde anlamını yitirdiğini düşünüyoruz. Bunun sebebi, madde metnindeki kira bedelinin tespiti ile ilgili esasların açık olarak belirtilmiş olması ve ayrıca madde metni sonundaki kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılması halinde TBK m.138 hükmüne yapılan atıftır.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusunda bahsedilmesi gereken diğer sözleşme türü dövize endeksli kredi sözleşmeleri ve bu sözleşmeler çerçevesindeki Yargıtay içtihatlarıdır. İncelememize esas teşkil eden kararın bu sözleşme türü ile ilgili olduğu dikkate alındığında, konu ile ilgili içtihatların daha çok incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

## b) Döviz Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uygulama

Ülkemizde konut, araç vb. değerleri edinme ihtiyacı, son yıllarda özellikle tüketimin yaygınlaşmasıyla önemini arttırmıştır. Ancak konut veya araçların bedellerinin yüksek olması, bunların nakit parayla satın alınmasını zorlaştırdığı için, tüketiciler bu değerlerin finansmanı için bankalar aracılığıyla kredi alımına yönelmişlerdir. Aldıkları bu krediyi aylık taksitler halinde geri ödeyen tüketiciler konut veya araç gibi değerleri kredi taksitleri bitmeden kullanabilme olanağına kavuşmaktadırlar. Bankalar ise bu sayede özellikle kredi faizi ile hatırı sayılır bir kazanç elde etmektedir. Sağlanan bu krediler uygulamada Türk Lirası veya yabancı para birimi(döviz) üzerinden verilmektedir. Türk Lirası ile verilen kredilerin geri ödemesi, genel olarak tüketicinin ekonomik durumuna göre ayarlanabilmekte; geri ödemede yaşanabilecek sıkıntılar çoğunlukla tüketicinin üzerine kalmaktadır. Bankalar ile tüketiciler arasında döviz

<sup>16</sup> BURCUOĞLU, s.29 vd. ve anılan bölümde zikredilen kararlar.

<sup>17</sup> BURCUOĞLU, s.35 vd. ve anılan bölümde zikredilen karar. Ayrıca bkz. Yarg. 13. HD E.2002/10368 K.2002/13299 T.12.12.2002 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 24.02.2015).

<sup>18</sup> Bu içtihatların çoğunluğunun kiracı aleyhine olması dikkat çekicidir. Somut olay adaletinden hareket edilerek verildiğini düşündüğümüz bu kararlar arasında kiracı lehine olanların, adeta bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıda olması düşündürücüdür. Söz konusu kararlardan örnekler: Yarg. 13. HD E.2002/4314 K.2002/5683 T.16.05.2002; Yarg. 11. HD E.2002/4430 K.2002/8651 T.07.10.2002; Yarg. HGK E.2003/13-332 K.2003/340 T.07.05.2003; Yarg. 13. HD E.2003/3007 K.2003/7017 T.29.05.2003; Yarg. 13. HD E.2004/9750 K.2005/907 T.27.01.2005 (www.kazanci.com Erişim Tarihi 25.02.2015).

üzerinden yapılan sözleşmelerde ise, kimi durumlarda, taraflardan bağımsız olarak sıkıntı yaşanabilmektedir. Bu sıkıntıların en başında, dövizin Türk Lirası karşısındaki olağanüstü değer değişiklikleri gelmektedir<sup>19</sup>. Bankalar tüketicilere krediyi dövize endeksli olarak Türk Lirası üzerinden vermektedir. Tüketiciler de geri ödemelerini ya döviz olarak ya da dövize endeksli olarak Türk Lirası olarak yapmaktadır. Bu yüzden tüketiciler maddi açıdan büyük zararlara uğrayabilmektedir. Dövize endeksli kredi alan tüketicilerin, bu türden krediyi seçmelerinin nedeninin, kendi lehlerine olduğunu düşünmeleridir. Dövizin çok değişmediğini düşünen tüketici, aylık geri ödemelerini, Türk Lirası ile alınan krediye göre daha düşük oranda yapacaktır<sup>20</sup>. Bu noktada bir Bakanlar Kurulu Kararı'ndan da bahsedilmek gerekir. 16.06.2009 tarihli bu Karar'a göre dövize endeksli krediler, bankalar tarafından yalnızca ticari veya mesleki amaç güdenlere verilebilecektir. Bu yüzden artık gerçek kişiler dövize endeksli kredi alamamaktadır. Ancak daha önce yapılmış dövize endeksli kredilerin varlığı dikkate alındığında, halen sıkıntıların yaşandığı bir gerçektir. Ayrıca ticari ve mesleki olarak kredi kullanan kişilerin de ekonomik gelişmelerden dolayı yaşayabileceği olumsuzluklar gözden kaçırılmamalıdır. İşte bu türlü sıkıntıları aşmanın yollarından birisi de sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanması olarak ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin uyarlanması bu nedenle uzun bir süredir mahkeme kararlarının konusu olmuştur<sup>21</sup>. Bu noktada inceleme konumuz olan kararın tarihinden önce Yargıtay tarafından verilmiş bazı kararlara değinilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu sayede Yargıtay'ın konu hakkındaki genel eğilimi daha iyi anlaşılacaktır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 06.04.1995 tarihli kararına<sup>22</sup> esas teşkil eden olayda davacı, davalı bankadan, satın almak istediği bir evin değerinin bir kısmı için o zaman için geçerli bir döviz olan Alman Markı'na endeksli bir kredi almış; ancak 1994 yılındaki kriz sonucu Alman Markı'nın Türk Lirası karşısında olağanüstü bir değer kazanması nedeniyle aynı yılın Ocak ayında, kur artışı olmasa ödeyeceği miktardan çok daha fazla bir miktarda borçlandığını beyan etmiş ve sözleşmenin

<sup>19</sup> Bu türden değer değişiklikleri ülkemizde özellikle 1994, 2001 ve 2008 yıllarında ortaya çıkan ekonomik krizlerde görülmüştür. Ancak bu değişikliklerin sadece kriz dönemlerinde meydana geldiğini de söylemek güçtür. Ekonomik durumun uzun yıllardan beri istikrarlı olmaması sonucu, dünyada ve Türkiye'de yaşanan her türlü sosyal, siyasi olayların ekonomiye, dolayısıyla dövize etkisi halen sürmektedir. 2015 yılının başlarında Amerikan Dolarının Türk Lirası karşısında aniden değer kazanması da bir örnek olarak verilebilir.

<sup>20</sup> YILMAZ, Süleyman, Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 59 Cilt 1 2010( s.131-172), s.145. Yazar, bankaların ve emlak şirketlerinin 2007 yılından beri diğer döviz kurlarına göre daha cazip olan Japon Yeni ile kredi vermeye başladıklarına işaret etmiş, ancak 2008 yılının sonundan itibaren Japon Yeni'nin Türk Lirası karşısında büyük değer kazanmasıyla bu döviz türüne endeksli kredi alan tüketicilerin durumlarının çok ağırlaştığından bahsetmiştir(YILMAZ, s.150-151).

<sup>21</sup> BURCUOĞLU, s.44; YILMAZ, s.134.

<sup>22</sup> Yarg. 13. HD E.1995/145 K.1995/3339 T.06.04.1995 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 24.02.2015).

uyarlanmasını bankadan talep etmiştir. Bankanın ret cevabı üzerine davacı mahkemedemeden uyarılama talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, yapılan temyiz başvurusu üzerine ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Karar metninde, benzer birçok kararda olduğu gibi, öncelikle teorik açıklamalara yer verilmiş, daha sonra da uyumsuzluğun çözümü için açıklamalarda bulunulmuştur. Daire tarafından uyumsuzluğa yönelik yapılan tespitler içinde önemli noktalar şu şekilde belirtilebilir: *“...uyumsuzluğun çözümünde sözleşmenin temel edimi olan ve taraflarca başlangıçta kabul edilen döviz fiyatlarındaki normal artışlar dışında, sözleşmenin in’ikadından sonra yaşanan ekonomik kriz ve Hükümetce alınan kararlarla işlem temelinin çöküp çökmediğinin araştırılması ve aydınlığa kavuşturulması kaçınılmaz olmaktadır”*; *“...Hemen belirtelim ki, beklenilmeyen, olağandı; sonuçları önceden tahmin edilemeyen ekonomik kriz ve devalüasyondan dolayı satıcının bir gün içinde sözleşme dışı nedensiz zenginleşmesi ve yarar sağlaması MK. md. 2/1 hükmünce asla haklı görülemez ve tarafların sözleşmede eşit hak sahibi olmaları ilkesine de aykırı olur; dahası somut adalet duygularını da zedeler. Şu durum karşısında uyarılama esas ve ilkeleri lehine oluşmuş ise alıcı satım bedelinin uyarlanması için dava açabileceğinin “evleviyetle” kabul edilmesi gerekir”*; *“...işlem temelinin çöktüğü, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derecede davacı lehine bozulduğunun benimsenmesi halinde alıcının ne miktar satım parasından sorumlu olacağı belirlenmeli, böylece sözleşmedeki satım parasını tarafların amacına uygun olarak objektif iyiniyet, hak ve nesafet(MK, md. 4, 2/1) kurallarının elverdiği ölçü düzeyde yine yabancı para olarak uyarlanmalıdır. Herhalde bilirkişi kurulunda bir maliyeci ile ekonomist uzman bulundurulmalıdır”*. Bu tespitlerdeki değerlendirmelere bakıldığında, 13. Hukuk Dairesinin dövize endeksli sözleşmelerde uyarılama için titiz bir inceleme yapılması gerektiğini düşündüğü sonucu çıkarılabilir. Kanımızca, ayrıntılı yapılan bu değerlendirmenin doğruluğu konusunda bir şüphe bulunmamalıdır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.02.1996 yılında verdiği karara<sup>23</sup> esas teşkil eden olayda, davacı taraf 28.10.1993 tarihinde davalı bankadan Amerikan Doları’na endeksli “yuva kredisi”ni TL olarak almış, geri ödemelerin döviz cinsinden yapılması kararlaştırılmıştır. 1994 yılında baş gösteren ekonomik kriz nedeniyle döviz cinsinden ödemenin zorlaştığını ileri süren davacı ilk derece mahkemesinden uyarılama talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vermiş; bu karar davalı banka tarafından temyiz edilmiştir. Bu olayda dikkat çekici nokta, Daire tarafından yapılan delillerin değerlendirilmesinde davacıya davalı tarafından dört adet yeni ödeme planı, dolayısıyla bir seçenek sunulmuş olduğunun anlaşılmasıdır. Daire bu ödeme planlarının uygunluğu incelenmeden bir hüküm kurulmuş olmasından dolayı ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu kararın, her ne kadar sonucu farklı olsa da, yukarıda bahsedilen kararda olduğu gibi, doğru değerlendirmelerle verilmiş ol-

<sup>23</sup> Yarg. 11. HD E.1995/8932 K.1996/704 T.05.02.1996 (www.kazanci.com Erişim Tarihi 24.02.2015).

duğunu düşünüyoruz. Davacı tarafın kendisine sunulan ödeme seçeneklerini dikkate almadan uyarlama davası açmasının kendi aleyhine bir durum oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca ilk derece mahkemesinin de bu planları dikkate almadan kararını vermesi, Daire Kararında da isabetle belirtildiği üzere, eksik inceleme nedeniyle bozulmayı haklı kılacaktır.

Yukarıda bahsedilen iki ayrı sonuçlu karardan sonra, konuyla bağlantılı olması sebebiyle, hemen aynı zamanlarda verilmiş iki adet Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararından da önemli noktalarıyla bahsetmenin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Bu kararlardan 19.2.1997 tarihli olanında<sup>24</sup>, 1994 krizinden etkilenen bir tüketicinin önceden almış olduğu dövize endekli konut kredisinin Türk Lirasına çevrilmesi ve aylık basit faiz uygulaması suretiyle uyarlama talebinin ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesi ve 11.Hukuk Dairesi tarafından onanması; bunun üzerine davacı tarafından yapılan karar düzeltme başvurusunun yine 11.Hukuk Dairesi tarafın kabul edilmesi, ancak ilk derece mahkemesince kararda direnilmesi, bunun üzerine dosyanın Hukuk Genel Kurul önüne getirilmesi söz konusudur. 17.9.1997 tarihli olan kararda<sup>25</sup> ise bireysel kredi alan davacının yine 1994 krizi sebebiyle geri ödemelerinin Türk Lirasına çevrilmek suretiyle sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesi; ilk derece mahkemesinin daha evvel davacı ile davalı arasında bir anlaşma olduğundan bahisle tekrar bir uyarlama yapılamayacağı gerekçesiyle davayı reddetmesi; 11.Hukuk Dairesinin ret kararını bozmuş olması, buna karşılık ilk derece mahkemesinin kararında direnmesi, bunun üzerine dosyanın Hukuk Genel Kurul önüne getirilmesi söz konusudur. Her iki kararda da öz olarak bankaların önemine değinilmiş, bankaların da korunması gerektiği, ancak her somut olayda bankalar lehine bir ayrıcalık yapılmaması gerektiği<sup>26</sup>, sözleşmenin uyarlanması talepleri incelenirken birçok hususun titizlikle gözden geçirilmesi yönünde tespitlerde bulunulmuştur. Örneğin bahsettiğimiz kararların ikisinde de yer alan şu tespitler çarpıcıdır: *“Bankalar, hükümetin izniyle faaliyette bulunan, özkaynaklarından ziyade faiz karşılığında topladıkları mevduatı, Türk ekonomisinin gelişme hedefleri doğrultusunda kredi olarak ekonominin kullanımına sunan ticari kuruluşlardır... Öncelikle belirtelim ki; davalı bankanın bu özel durumlarının sözleşmenin uyarlanması yapılırken gözden uzak tutulmamasına özen gösterilmesi gerekir... bundan böyle ödemelerin; uyarlanmış Türk Lirası miktarı ile bunun faizi saptanmalı, tüm deliller, belirlenen seçenekler, tarafların amacına uy-*

<sup>24</sup> Yarg. HGK E.1996/11-674 K.1997/87 T.19.2.1997 (www.kazanci.com Erişim Tarihi 25.02.2015).

<sup>25</sup> Yarg. HGK E.1997/11-460 K.1997/651 T.17.9.1997 (www.kazanci.com Erişim Tarihi 25.02.2015).

<sup>26</sup> Bu husus doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bankaların ayrıcalıklı konumuna yapılan atıflar, kredi borçlularına göre zaten üstün konumda olan bu kuruluşların, bankaların kredi borçluları ile eşit konumda değerlendirilmesi gerekirken, üstünlüklerini haksız bir şekilde arttırmaktadır. Bu yönde eleştiriler için bkz. BURCUOĞLU, s.44-45, 76; BAYKAL, C. Murat, Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, YIL 1998 C. XIX Sa.4, s.231-265), s.259-260.

*gun objektif iyiniyet, hakkaniyet ve nesafet (MK m.4;2) kurallarının elverdiği ölçüde ve düzeyde değerlendirilip tartışılmalı, hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir...*”. Dolayısıyla her türlü ve detaylı inceleme yapılmadan dövize endeksli sözleşmelerde uyarlamanın reddedilmesinin yanlışlığı vurgulanmıştır. Bu iki kararın, inceleme konumuz olan ve başta metnini verdiğimiz kararın çıkış noktası olması gerektiğini düşünüyoruz.

Yargıtay’ın dövize endeksli kredi sözleşmelerinde uyarlamaya ilişkin olarak 2000’li yılların başındaki iki adet kararından da bahsetmek gerekir. Bu iki kararda da uyarlama talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bunlardan ilkinde<sup>27</sup>, 11. Hukuk Dairesi gerekçe olarak davacının döviz kurundaki olağanüstü artışın gerçekleştiği 1994 yılından tam altı yıl sonra davayı açması gösterilmiştir. Bu noktada söz konusu karardaki şu değerlendirmenin isabetli olduğunu düşünüyoruz: “...*davacı, davalı bankadan 1993 yılı içinde dövize endeksli konut kredisi kullanmıştır. İş bu dava ise, 01.05.2000 tarihinde açılmıştır. Döviz kurunda olağanüstü artışın olduğu öne sürülen Nisan 1994’ten sonra dava tarihine kadar yaklaşık altı yıl geçmiştir. Davacının altı yıl önceki olağanüstü koşullardan söz ederek sözleşmenin uyarlanması talebi MK.nun 2. Maddesindeki iyiniyet kurallarına aykırı olup, davanın bu gerekçe ile reddedilmesi gerekirken...*”. Gerçekten de sözleşmenin uyarlanması istenirken, uyarlama talebinin zamanına da bakılmak gerekir. Karara konu teşkil eden olayda, davacının bu kadar geç bir zamanda talepte bulunması MK m.2 hükmüne aykırıdır. Ancak bu değerlendirmedeki kavramsal bir yanlışlıktan bahsetmek gerekir. Değerlendirmede “MK.nun 2. Maddesindeki iyiniyet kuralları” yerine “MK.nun 2. Maddesindeki dürüstlük kuralları” tespitin yapılması gerekirdi. 2000’li yılların başında verilmiş olan ikinci kararda<sup>28</sup> ise ilk derece mahkemesinin sözleşmenin uyarlanması kararının bozulmasına karar verilmiş; gerekçe olarak da davacının aldığı dövize endeksli kredi borcunun tamamını ödemesi gösterilmiştir. Bozma kararı veren 11. Hukuk Dairesi, borcun tamamının ödenmesinden dolayı uyarlama davasının konusuz olduğu görüşündedir. Bu değerlendirmede de bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Borcun tamamı ödendikten sonra artık sözleşmenin uyarlanmasının istenmesinin bir yararı kalmamıştır.

Son olarak yakın zamanda verilmiş iki adet karar da bahsedilmeye değerdir. Bahsedilmeye değer olmalarının sebebi, bu kararlarda ilk defa olarak TBK m.138’in uygulama konusu yapılmış olmasıdır. 07.02.2013 tarihli karara<sup>29</sup> konu olan olayda, dövize endeksli bir konut finansmanı sözleşmesinin uyarlanması istenmiş, ilk derece mahkemesi bu talebi reddetmiş, 13. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin bu kararını bozmuştur. Karar metninde TBK m.138 kapsamında aşırı ifa güçlüğü dolayı-

<sup>27</sup> Yarg. 11.HD E.2000/9995 K.2001/1075 T.12.2.2001 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 25.02.2015).

<sup>28</sup> Yarg. 11.HD E.2001/11072 K.2002/4747 T.14.5.2002 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 25.02.2015).

<sup>29</sup> Yarg. 13.HD E.2012/8250 K.2013/2623 T.7.2.2013 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 26.02.2015).



sıyla sözleşmenin uyarlanabilmesi için gerekli şartlara ayrıntılı olarak değinilmiş; dava tarihi itibarıyla TBK m.138 hükmünün uygulanabilirliği de vurgulanmıştır. Metin içinde yapılan değerlendirmelerden en çarpıcı olanı da şu şekildedir: “...*Mahkemece, dövizle borçlanmalarda Türk Lirasının değer kaybettiğinin kolayca bilinebilecek ve öngörülebilecek bir husus olduğu vurgulanmıştır. Ancak, bu sonuca varılırken hangi objektif kriterlerin bulunduğu açıklanmamış, sadece önceki krizler gösterilmiştir...*”. İlk derece mahkemesinin sınırlı bir değerlendirme yaptığı, tüm deliller değerlendirmeden sadece sözleşmenin uyarlanması için gerekli öngörülemezlik unsurunun oluşmadığı yönünde bir kanı oluştuğunu ifade eden bu değerlendirmenin son derece isabetli olduğunu düşünüyoruz. Söz konusu kararda varılan sonucun tam tersi bir sonuca varılan diğer bir kararda<sup>30</sup> ise Japon Yeni’ne endeksli kredi alan davacı, adeta bu seçtiği seçenек nedeniyle kusurlu addedilmiştir. Yapılan değerlendirmede şu ifadeler dikkat çekicidir: “...*son yıllarda ekonomi uzmanlarının milli paraya güven teşkil eden yaklaşımlarına itibar edilmeyerek sözleşme tarihinde TL ile konut kredisi kullanmak yerine uzun süredir kur artışı yaşamayan Japon Yeni’ne endeksli konut kredisine yönelmek, sözleşmede yer alan ‘kur artışının müşteriye ait olacağı’ yolundaki kaydın haksız şart olmadığı gerçeği karşısında davacının dövizdeki dalgalanmayı öngörmeyeceği söylene- mez...*”; “...*yendeki yıllık ortalama %25 e denk gelen artışın da fahiş olmadığı, dava süresince Japon Yeni’nin değer artış oranının gün geçtikçe azaldığı göz önüne alındığında davacıya gelen yükün katlanılmaz nitelikte olduğundan da söz etmek mümkün değildir...*”. 13. Hukuk Dairesi, kur artışının borçlanma için fahiş olmadığı görüşündedir. Değerlendirmede ifade edilen “%25 e denk gelen artışın fahiş olmadığı” ibaresine katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Bunun sebebi, uzun zamandır kur artışı yaşamayan bir yabancı paranın birdenbire bir yıl içerisinde %25 lik bir artış yaşaması, o yabancı paraya endeksli kredi kullananın geri ödeme edimi açısından bir dengesizlik yaratacaktır. Dövizdeki dalgalanmaların öngörülebilir olmasının, sözleşmenin uyarlanmasında bir engel olması şüphesizdir. Ancak uzun zamandır değişmeyen bir kurun birdenbire artmış olmasının da öngörülebilirliğinden bahsedilemez. Üstelik 13. Hukuk Dairesinin önceki karardaki benzer olgulardan tamamen farklı olarak birtakım sonuçlara ulaşması ilgi çekicidir.

Genel olarak bakıldığında, dövizle endeksli kredi sözleşmelerinde Yargıtay’ın uygulamasında bir tutarsızlık olduğu görülmektedir. Doktrinde bu husustan çok, kira sözleşmeleri ile dövizle endeksli kredi sözleşmelerindeki uyarlama uygulamalarının farklı olduğu yönünde eleştiri getirilmiştir<sup>31</sup>. Bu eleştirilere tamamen katılmakla bir-

<sup>30</sup> Yarg. 13.HD E.2013/11149 K.2013/26086 T.28.10.2013 (www.kazanci.com Erişim Tarihi 26.02.2015).

<sup>31</sup> BURCUOĞLU, s.41 vd.; BAYSAL, Sözleşmenin Uyarlanması, s.75-76; SEROZAN, Rona, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1013-1030), s.1025.

likte, Yargıtay'ın aynı dairesinin(13. Hukuk Dairesi), her ne kadar farklı somut olaylar olsa da, birbirine çok benzeyen olaylarda farklı sonuçlara ulaşmış olmasının da isabetli olmadığını, eleştiriye değer olduğunu düşünüyoruz. Esasen bu eleştirilerimizi detaylı bir şekilde incelememize konu olan kararda yapmayı uygun gördüğümüzü ifade etmek isteriz.

#### 4) Kararın Değerlendirilmesi

İncelememize konu teşkil eden kararın esası olan olayda; davacı taraf, davalı bankadan 15.08.2008 tarihinde dövizde endeksli olarak 9.354.000 Japon Yeni tutarında 99.000 TL'lik 60 ay vadeli bir konut kredisi almıştır. Davacı, karar metninden anlaşıldığı üzere, aldığı kredinin geri ödemelerini üç yıl boyunca sürdürmüş, ancak bu tarihten sonra Japon Yeni'nin Türk Lirası karşısında aşırı değer kazanmasından dolayı sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanması talebinde bulunulmuştur<sup>32</sup>. Bu talep ilk derece mahkemesi olan Uşak 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Davalının temyiz talebi üzerine verilen bu karar, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin önüne gelmiş; Daire de kararın bozulmasına ve ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine hükmetmiştir<sup>33</sup>. İlk derece mahkemesinin verdiği kararda direnmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gelmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da Daire'nin kararını hukuka uygun bulmuş, dolayısıyla ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur.

Davacının ilk iddiası, Japon Yeni'nin Türk Lirası karşısında aniden değer kazandığı yolundadır. Dava açıldığı tarihteki veriler, bu iddianın doğruluğunu kanıtlar niteliktedir. Buna göre 100 Japon Yeni, 6 Nisan 2011 tarihinde 1.76 TL iken; bu tarihten itibaren kısa bir süre içinde sürekli olarak artarak 29 Eylül 2011 tarihinde 2.40 TL olmuştur<sup>34</sup>. Davacı, kredi geri ödemelerinin mali durumunu çok etkilemeyeceğini düşünmüş olmasından dolayı, daha önce hiç bu kadar değer artışı yaşamamış Japon Yeni üzerinden kredi almakta haklıdır. Deyim yerindeyse, “*evdeki hesabın çarşıya uymaması*” yüzünden davacının uyarılma talebinin kabul edilmemesinin bir haksızlık olduğunu düşünüyoruz. Sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanması

<sup>32</sup> Davacı, bu talep dışında davalı banka ile yaptığı kredi sözleşmesinin, o zaman için yürürlükte olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince haksız şartlar içerdiğinin ve geçersiz olduğunun tespitini de istemiştir. Ancak bu talep ilk derece mahkemesince reddedilmiş; sözleşmenin geçerli olduğu kanaatine varılıp geçerli sözleşme üzerinde uyarılmanın yapılmasına karar verilmiştir. İncelememize konu teşkil eden karar metninde bu hususa dair herhangi bir açıklama olmadığından, sözleşmenin geçerli olup olmadığı ile ilgili tespitlere girmeyi gerekli görmüyoruz.

<sup>33</sup> Karar metni için bkz. Yarg. 13. HD E.2013/1042 K.2013/31247 T.12.12.2013 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 26.02.2015).

<sup>34</sup> İstatistikî Veriler için bkz. <http://finans.mynet.com/doviz/jpy-japon-yeni> Erişim Tarihi: 10.03.2015.

için gerekli şartlardan biri de, genel olarak kabul edildiği üzere, “*öngörülemezlik*” şartıdır. Eğer yabancı para değerlerindeki değişimler öngörülebilir nitelikteyse, uyarlama mümkün değildir. Bununla ilgili olarak hem Daire hem de Hukuk Genel Kurulu kararlarında ülkemizde meydana gelen “devalüasyonlar” dan bahsedilmiştir. Bu husus bir gerçektir. Ancak sadece devalüasyonların sürekli olarak olduğundan söz ederek, sonuçlarının subjektif değerlendirmesinden kaçınılarak bir değerlendirme yapılmasının, bir başka deyimle, devalüasyonların herkeste aynı etkiyi doğurduğunu kabul etmenin de doğru olmadığı kanaatindeyiz<sup>35</sup>.

Özellikle karar metninde öngörülemezlik şartının oluşmadığı yolundaki tespite dayanak olarak yapılan iki adet Hukuk Genel Kurulu kararına atıf da değerlendirmeye değerdir. Buradaki atıf, sadece önceden verilmiş kararlardaki ilkelerin burada da uygulandığı yolundadır. Oysa somut olaylardaki farklılıklar (tarafaların konumları, deneyimleri vs.) mutlaka gözetilmelidir<sup>36</sup>. Bu farklılıklar gözetilmeden her olay için geçerli bir değerlendirmenin yapılması adalete uygun olmayacaktır.

Hukuk Genel Kurulunca, somut olay değerlendirmesine girilmeden, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının temeli olan beklenmeyen hal kuramının karşılaştırmalı hukuk bağlamında incelendiği karar metninde görülmektedir. Bu inceleme, sözleşmenin uyarlanması ile ilgili hemen tüm kararlarda yapılan açıklamalar benzeridir ve gerekli olduğu yolunda bir şüphe olmaması gerekir. Ancak bu açıklamaların hemen ardından TBK m.138’de ifade edilen aşırı ifa güçlüğüne sadece madde metni anlamında değinilmiştir. Yeni bir hüküm olan ve sözleşmenin uyarlanması için isabetli bir çözüm yolu olarak görülebilecek bu hükme sadece metin yönünden değinilmesi ve somut olaya uygulanabilirliğinin tartışılmaması, karar değerlendirmesinde bir eksiklik olarak görülebilir. Üstelik hükmün tamamından ve özellikle “Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır” şeklindeki son fıkrasından sadece bahsedilip, adeta ortada bırakılmış olması, kanaatimizce, karar verilirken yapılan değerlendirmenin eksik kaldığı yönünde bir izlenim uyandırmaktadır.

Kararda yapılan bir başka değerlendirme de 1946 yılından bu yana Türkiye ekonomisinde ama özellikle Türk parasının yabancı para birimleri karşısındaki durumunda ortaya çıkan gelişmeler hakkındadır. Bu değerlendirme bölümünün sonunda ABD Dolarının Türk Lirası karşısında 1999 yılından bu yana değeri rakamlarla ifade edilmiştir. Özellikle son açıklamaların somut olaya ne şekilde etki edeceğinin belirsiz olduğunu ifade etmeliyiz. Karara konu olan olayda Japon Yeni söz konusudur ve bu para biriminde meydana gelen dalgalanmanın ABD Dolarındaki dalgalanma ile benzerliği yok gibidir. Bir benzerlik kurulabilmesi için Japon Yeni’nin Türk Lirası

<sup>35</sup> BAYKAL, s.257; YILMAZ, s.166.

<sup>36</sup> YILMAZ, s.144

karşısındaki değer değişmelerinin tarihinin ABD Doları ile aynı olması gerekir. Dolayısıyla örnek olarak ABD Dolarının verilmesi gereksiz gözükmetedir.

Esasen, Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararına karşı en isabetli eleştiri, söz konusu karara konu olayda verilmiş olan 13. Hukuk Dairesinin kararındaki muhalefet şerhidir. Bu açıklamada ileride verilecek kararlara ışık tutabilecek değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Şöyle ki: *“6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun bu açık hükmü karşısında hâkim, her somut olayda yabancı para borcundaki dönemsel artışın anılan yasa hükmünde koşulları belirtilen aşırı ifa güçlüğüne yol açıp açmadığını HMK'nun 266. maddesi uyarınca uzman bilirkişiden teknik görüş de almak suretiyle değerlendirmelidir. Somut olayda mahkemece, uzman bilirkişiden rapor aldırılmış ve uzman bilirkişi raporunda davalı bankadan Türk Lirası olarak aynı tutar ve vade ile kredi alınmış olması halinde yapılacak ödemelere ait karşılaştırmalı tablolar hazırlanarak değerlendirme yapılmıştır. Mahkemece uzman bilirkişi raporundaki teknik değerlendirme verilerine dayanılarak Japon Yeni'ndeki artışın davacı bakımından beklenmeyen hal oluşturduğu, öngörülebilir olmadığı, sözleşmenin kuruluşu sırasında var olan dengenin davacı aleyhine bozulduğu ve uyarlama koşullarının oluştuğu, uyarlamanın sabit faizli Türk Lirası kredilere uygun olarak yapılmasının yerinde olacağı belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Uyarlama konusu borç miktarının aşırı ifa güçlüğüne yol açıp açmadığı taksit tutarlarına ve kişilerin ödeme güçlerine göre değişkenlik göstereceğinden her somut olayda, o olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir...”*. Muhalefet şerhinden anlaşıldığı üzere, ilk derece mahkemesinin bilirkişi raporlarına uygun olarak verdiği sözleşmenin uyarlanmasına dair kararı, 13. Hukuk Dairesi tarafından bizce isabetsiz bir şekilde bozulmuştur. Bu bozma kararının Hukuk Genel Kurulunca onanması, delillerin yeterince değerlendirilmediği algısını yaratmaktadır. Ayrıca hem 13. Daire'nin hem de Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında aşırı ifa güçlüğünün oluşup oluşmadığını değerlendiren herhangi bir açıklama olmaması da dikkat çekicidir.

Sonuç olarak, Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bu kararlar, daha önce bazı kararlarda yapılan yanlışlıklara devam ettiği düşüncesinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Olayda olduğu gibi, Türk Lirası karşısında büyük değer kazanmayıp istikrarlı bir değeri olan bir döviz cinsine endeksli kredi olarak kredi geri ödemelerinde rahat olmak isteyen kişilerin, döviz kurunda meydana gelen olağanüstü değişiklikten ötürü büyük zarara uğramasının bedelinin kendine kalmaması gerekir. Doğal olarak, sözleşmenin uyarlanmasının talep edilebilmesi için, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması şartlarının oluşmuş olması gerekmektedir. Ancak Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği karar metninden, başta öngörülmezlik şartı olmak üzere, tüm şartların gerçekleştiği kanısına varılabilir. Bunun adil bir sonucu olarak TBK m.138'de ifade edilen aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanması için gerekli şartların gerçekleştiği de varsayılabilir.

Yüksek Mahkeme'nin bu tarihten sonra vereceği kararlarda, özellikle yukarıda

belirtilen muhalefet şerhindeki açıklamaların da dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla daha “ince eleyip sık dokuyarak” yapılacak bir değerlendirmenin, toplumumuzda oldukça yaygın olan ve kişilerin ödeme gücünü, dolayısıyla da ülke ekonomisini etkileyen bu sorunun adil bir şekilde çözülmesinde yardımcı olacağını düşünüyoruz.

## KAYNAKÇA

### I. Basılı Eserler

- AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İkinci Bası, İstanbul 2006
- ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- BAYKAL, C. Murat, Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma Sorunu ve Yargıtay’ın Yaklaşımı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, YIL 1998 C. XIX Sa.4, (s.231-265)
- BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.
- BAYSAL, Başak, Aşırı İfa Güçlüğü, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, s.113 vd.*
- BURCUOĞLU, Haluk, Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma – Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Döviz Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma Uygulaması, İstanbul 1995.
- KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.
- SEROZAN, Rona, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, *Prof. Dr. M. Kemal Öğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1013-1030.*
- TEKİNAY, Selahattin S./ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1993

### II. Elektronik Kaynaklar

- DOĞAN, Gülmelihat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1358> (Erişim Tarihi: 08.02.2015).
- YILMAZ, Süleyman, Döviz Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılma Sorunu ve Yargıtay’ın Bakışı <http://lauhf.ankara.edu.tr/dergiler/lauhfd-arsiv/AUHF-2010-59-01/AUHF-2010-59-01-yilmaz.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2015).
- www.kazanci.com (İlk Erişim Tarihi: 24.02.2015)
- <http://finans.mynet.com/doviz/jpy-japon-yeni> (İlk Erişim Tarihi: 10.03.2015)



# HOMOLOG DÖLLENME YOLUYLA ELDE EDİLEN TÜPTEKİ EMBRİYONUN YASAL MİRASÇILIĞI

(The Statutory Heir of Embryo in Vitro Obtained Via  
Homolog Fertilization)

Ar. Gör. Öztürk AYDIN

## ÖZET

Eşlerin üreme hücreleri kullanılarak elde edilen embriyo kocanın ölümü sırasında dondurularak tüpte saklı bulunuyorsa, tüpteki embriyonun ölen kocaya yasal mirasçı olup olmayacağı tartışılmaktadır. Bu çalışmamızda bahsi geçen konu hak ehliyeti, soybağı hükümleri ve çocuğun üstün yararı ilkesi ışığında ele alınmıştır. Ayrıca kocanın ölümünden sonra yapay döllemenin gerçekleşmesi halinde yasal mirasçılığın söz konusu olup olmayacağı hakkında görüşümüze yer verilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Embriyo, homolog döllenme, kişiliğin başlangıcı, çocuğun üstün yararı ilkesi, soybağı, yasal mirasçılık.

## *Abstract*

It is controversial whether or not embryo obtained from reproductive cells of spouses can be inherited in case of husband's death during that frozen embryo is being stored in tube. In this article it is considered in the light of capacity to right, paternity provisions and the principle of the best interest of child. There is also our opinion on whether husband's sperm has right of inheritance in case of implementation of artificial insemination after the death of the husband.

**Keywords:** Embryo, homolog fertilization, beginning of personality, the best interest of child, descended, heirship.

## GİRİŞ

Gelişen biyoteknoloji sayesinde laboratuvar ortamında embriyo oluşturulması ve oluşturulan embriyonun anne rahmine nakli mümkündür. Ülkemizde de eşler, daha sonradan çocuk sahibi olmak amacıyla üreme hücrelerine zarar verecek bir tedaviden önce kendi üreme hücrelerinin ve kendi üreme hücreleri ile döllendirilmiş olup tüp bebek uygulaması sırasında artan embriyolarının saklanması için izin verebilir. Döllenme anından anne rahmine nakil anına kadar geçen sürede tüpteki embriyo-

nun hak ehliyetine sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bu çerçevede miras hukukuna yönelik hukuki sorunlar doğmaktadır. Özellikle kocanın ölümü üzerine anne adayı hukuken yasak olmasına rağmen tüpteki embriyoyu anne rahmine naklettirerek tam ve sağ doğumu sağladığı takdirde bunun yasal mirasçılık sıfatına etkisi incelenmeye değer bir konudur. Bir diğer hukuki sorun, döllenmenin kocanın ölümünden sonra gerçekleştirilmesi ihtimalinde tüpteki embriyonun sperm sahibine mirasçı olup olmayacağına ilişkindir. Tüm bu sorunların çözümlerine ilişkin önerilerimiz, tüpteki embriyonun ve ceninin hak ehliyeti incelenip soybağı sorunlarının çözümü bağlamında farklı görüşlere yer verildikten sonra aktarılmıştır.

Çalışmamızın konusunu homolog döllenme yoluyla ölümden önce veya sonra oluşturulan tüpteki embriyonun yasal mirasçılığı oluşturmaktadır. Bu yüzden heterolog döllenme yoluyla elde edilen tüpteki embriyo ile taşıyıcı annelik nedeniyle ortaya çıkan miras hukuku sorunlarına değinilmemiştir. Ayrıca çalışmamızın kapsamı sadece tüpteki embriyonun yasal mirasçılık sıfatı olduğundan iradi mirasçılığa ilişkin meselelerden bahsedilmemiştir.

## I. Tüpteki Embriyo ve Ceninin Hak Ehliyeti

### A. Embriyo ve Cenin Kavramları

Sperm ve yumurtanın döllenmesinden sonra doğumdan önce insanın anne karnında büyümesi ve gelişmesi gerekir. İşte bu evrede, anne karnındaki varlığa cenin denir<sup>1</sup>. Ceninin, hamileliğin ilk aylarında henüz organlarının oluşmadığı evresine embriyo; organlarının oluşmaya başlayıp az çok insan şeklini aldığı evresine de fetüs denir<sup>2</sup>. Tıp biliminin verilerine göre, embriyo evresi hamileliğin ilk sekiz haftası iken, fetüs evresi hamileliğin ilk sekiz haftasının sonundan doğuma kadar olan kısımdır<sup>3</sup>. Ceninin tanımı Türk Medeni Kanunu'nda<sup>4</sup> yapılmamış olmakla beraber miras hukuku ile ilgili hükümlerde cenin terimi geçmektedir<sup>5</sup>. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te<sup>6</sup>, embriyo kavramı kullanılmıştır. Bunun sebebi, kanaatimizce, Yönetmelikte özellikle daha çok embriyo evresine ait konuların düzenlenmesidir.

<sup>1</sup> Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. Bası, İstanbul, 1982, s. 17; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 15.

<sup>2</sup> Tülay Aydın Ünver, **Cenin Hukuki Konumu**, XII Levha Yayıncılık, 2011, İstanbul, s. 9.

<sup>3</sup> Aydın Ünver, s. 10.

<sup>4</sup> Kanun No. 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001. Bundan sonra "TMK" olarak anılacaktır.

<sup>5</sup> TMK m. 582/1: "*Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.*" TMK m. 643/1: "*Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir.*"

<sup>6</sup> R.G: 29135 T: 30.09.2014. Bundan sonra "Yönetmelik" olarak bahsedilecektir.



## B. Ceninin Kişiliğinin Başlangıcı

Ceninin kişi olmanın gereği olan hak ehliyetini ne zaman kazanacağı ve özellikle anne karnında geçen zamanda hak ehliyetinin kendisine tanıyacağı yaşam hakkı, miras hakkı gibi haklardan ne zaman yararlanacağı doktrinde tartışmalıdır. Ceninin bir insan veya kişi gibi yaşam hakkına sahip olup olmadığının belirlenmesi, kürtaj, embriyolardan kök hücre edinme gibi birçok güncel meselelere doğrudan doğruya etkisi vardır. Özellikle, yapay döllenme sonucu elde edilen embriyonun ne zaman kişiliğinin başlayacağı da tartışmalıdır.

Türk Hukuku'nda kişiliğin kazanılması hali TMK'da belirlenmiştir. TMK m. 28/1 gereği "*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer.*" Dolayısıyla bizim hukukumuzda kişilik doğumla kazanılmaktadır. Fakat sağ ve tam doğan çocuğun anne karnındayken hak ehliyetinin kendisine tanınması sayesinde yararlanabileceği haklardan mahrum kalmaması için kişilik geçmişe etkili olarak düzenlenmiştir. TMK m. 28/ göre; "*Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*"

Anne rahmine düşen cenin, sağ ve tam doğmak şartıyla kişilik kazanır. Geciktirici şart olan sağ ve tam doğum gerçekleştiğinde geçmişe etkili olarak kişiliğin ne zamandan başlatılması gerektiği sorusu önümüzde durmaktadır. Bu sorulara cevap aradığımız çalışmamızda öncelikle, sağ ve tam doğum kavramlarını incelenmiştir. Ardından anne rahmine düşme kavramının yeni gelişmeler ışığında yeterli olup olmadığından bahsedilmiştir. Son olarak, sağ ve tam doğum şartının geciktirici veya boczuk şart olarak değerlendirilmesi tartışmasına yer verilmiştir.

### 1. Sağ ve Tam Doğum

Tam doğum, doğumun ne zaman tamamlandığı ile ilgilidir. Doğumun tamamlanmış sayılması için çocuğun bütün organlarıyla annesinin karnından ayrılması ve bağımsız olarak yaşayabilmesi gerekir<sup>7</sup>. Sadece başın veya diğer organlardan birinin ayrılması tam doğum için yetmez<sup>8</sup>. Çocuğun anne vücudundan ayrılmasının ardından hâlâ göbek bağının kesilmemiş olması tam doğuma engel değildir<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükmüleri Kişiler Hukuku**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 241; Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 9; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 12; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Aydın Zevkçiler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, **Giriş, Başlangıç Hükmüleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Medeni Hukuk**, Ankara, 2008 s. 215; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku C: II, Kişiler Hukuku**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 15.

<sup>8</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963, s. 175.

<sup>9</sup> Akipek/Akıntürk, s. 241; Velidedeoğlu, s.175; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Zevkçiler/Acabey/Gökyayla, s. 215; Dural/Ögüz, s. 17.

Sağ doğum şartı, çocuğun anneden tamamıyla ayrıldıktan sonra çok kısa bir süre de olsa yaşayabilmesidir<sup>10</sup>. Yaşamının belirtisi olan nefes alıp vermeyi gerçekleştirmesidir<sup>11</sup>. Doğduktan sonra belli bir süre yaşama şartı yoktur. Bu nokta önemlidir. Çünkü çocuk, bir saniye bile tıp biliminin kabul ettiği herhangi bir hayat belirtisi gösterirse sağ doğum gerçekleşmiş kabul edilir<sup>12</sup>. Çocuğun görünüşte ölü doğum sonradan tıbbi müdahale ile canlandırılması durumunda da sağ doğum gerçekleşmiş sayılır<sup>13</sup>.

## 2. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Bakımından Anne Rahmine Düşme Anının Değerlendirilmesi

TMK m. 28/1'de geçen “*ana rahmine düştüğü andan*” lafzı, doğal yoldan üreme ve cinsel birleşmeyi esas kabul etmektedir. Doğal yoldan döllenmede sperm yumurta ile döllenmesi anne rahminde gerçekleşir. Fakat üremeye yardımcı tedavi yöntemleri sayesinde embriyo dış ortamda da döllendirilebilir. Bu durumda tüp döllendirilen embriyonun kişiliğinin başlangıcı olarak dölllenme anının kabul edilmesini savunan görüşler<sup>14</sup> olduğu gibi kişiliğin başlangıç anı olarak, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması açısından nidasyon yani embriyonun anne rahmi duvarına tutunması anının kabul edilmesini savunan görüşler<sup>15</sup> de vardır.

Dölllenme anını savunan görüşlere göre; ilkin mevcut hüküm yapay döllenmeyi hesaba katmadığı için yapay dölllenme açısından uygulanmamalıdır<sup>16</sup>. İkinci olarak kanunda bir boşluk vardır ve bu boşluğun günümüz gereklerince doldurulmalıdır<sup>17</sup>. Son olarak da üremeye yardımcı tedavi yöntemleri düşünülerek hüküm geniş yorumlanmalıdır<sup>18</sup>. Bu açıdan bakacak olursak; TMK m. 288'e göre “*Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez. Ancak, gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulundu-*

<sup>10</sup> Velidedeoğlu, s.175; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 13; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 216; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 11.

<sup>11</sup> Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 15; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.12; Akipek/Akıntürk, s. 242.

<sup>12</sup> Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s. 14; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 216; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 11; Arpacı, s. 6; Dural/Öğüz, s. 18.

<sup>13</sup> Aydın Ünver, s. 14.

<sup>14</sup> Nagehan Kırkbeşoğlu **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 53; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 224; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 13; Arpacı, s. 9.

<sup>15</sup> Yusuf Büyükkay, “Hekimlerin Embriyo Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 130; Burcu Kalkan Oğuztürk, **Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 220.

<sup>16</sup> Arpacı, s. 9.

<sup>17</sup> Arpacı, s.10.

<sup>18</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 223.

ğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini korur.” hükmü ile TMK m. 28/2 birlikte değerlendirilmelidir. Soybağının reddinde, babanın soybağını reddinin engellenmesi için anne ile cinsel ilişkiye girdiğinin kanıtlanması gerekir. Buradan da anlaşılacağı gibi önemli olan döllenme anıdır. Döllenne anı, doğal yoldan döllenmede cinsel ilişki, yapay döllenmede ise tüpte veya anne rahminde döllenmedir. Bu görüşe göre, mevcut kanun hükmü yeterli değildir ve yeni gelişmeler ışığında geniş yorumlanmalı ve hem doğal hem de yapay döllenmeyi kapsayan döllenme anı, kişiliğin başlangıç anı olarak değerlendirilmelidir<sup>19</sup>.

Kanaatimizce, TMK ile de uyumlu olan nidasyon anı yani anne rahmine embriyonun tutunma anı kişiliğin başlangıç anı olarak değerlendirilmelidir. Çünkü çok sayıda embriyonun elde edildiği ve hangisinin anne rahmine implante edileceğinin belli olmadığı bir anda hak ehliyeti söz konusu olmamalıdır<sup>20</sup>. Ayrıca aşağıda da belirteceğimiz gibi, sağ ve tam doğum şartını bozucu şart olarak kabul ettiğimizden dolayı henüz tüpteki embriyoya kişilik haklarını tanımış oluruz. Bu ise, kişilik haklarının en önemlisi olan yaşam hakkının başlangıcı demektir. Fakat kanaatimizce, tüpteki embriyonun kişi olma yolundaki pasif potansiyelinin anne rahmine implante edilmesi ile aktif potansiyelliğe geçmesi gerekir<sup>21</sup>.

### 3. Sağ ve Tam Doğum Şartının Hukuki Niteliği

Doktrinde hakim görüş; sağ ve tam doğum şartının geciktirici şart olduğu yönündedir<sup>22</sup>. Buna göre; cenin sağ ve tam doğana kadar kişilik kazanmamıştır. Kişilik kazanmadığı için doğmuş bir insan gibi değerlendirilemez. Bu yüzden ceninin doğumdan önceki ahlaki statüsünün ne olması gerektiği ile ilgili görüşlere yukarıda değinmiştik. Doğumla birlikte kişilik geçmişe etkili olarak kazanılır<sup>23</sup>. Bunun doğal sonucu olarak cenin, bir görüşe göre döllenme anından, bir görüşe göre nidasyon anından itibaren miras hakkına sahip olur, anne karnındayken veya tüpteyken kendisine karşı işlenen haksız fiillere karşı dava açabilir, bu süre zarfında kendisine bağışla-

<sup>19</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, s. 15; Aydın Ünver, s. 22; Arpacı, s. 10.

<sup>20</sup> Büyükkay, s. 130.

<sup>21</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 253.

<sup>22</sup> Zahit İmre/Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 8. Bası, Der Yayınları, 2011, s. 287; Ahmet N. İnan/Şeref Ertaş/ H. Albaş, **Miras Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 286; Velidedeoğlu, s. 176; Ö Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 221; Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, s. 16; Akipek/Akıntürk, s. 245; Arpacı, s. 8; Dural/Öğüz, s. 21.

<sup>23</sup> TMK m. 28/2 düzenlemesine ihtiyacı olmadığına dair görüş için bkz. Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1997, Yıl: 11, No: 14, s. 108; Zevkliler/ Acabey/Gökyayla, s. 222; Oğuzman/Seliçi/Oktaç Özdemir, s. 16; Arpacı, s. 8.

ma veya kendisi lehine bir sözleşme yapılabilir<sup>24</sup>. Sağ ve tam doğum gerçekleşmezse, kişilik hakkı elde edilemez ve bu hakların hiçbiri söz konusu olmaz.

Doktrinde bir görüş, sağ ve tam doğumun bozucu şart olduğunu savunmaktadır<sup>25</sup>. İfade edilen sağ ve tam doğumun bozucu nitelikte bir şart olduğu görüşünün amacı, cenine daha doğmadan kişiliğin verdiği haklardan yararlanma fırsatı bahşetmektir<sup>26</sup>. Böylelikle cenin daha doğmadan, kişi olarak değerlendirilir. Sağ ve tam doğumun gerçekleşmesi ile kişilik devam eder. Bir başka görüşe göre, sağ ve tam doğumun bozucu veya geciktirici şart olduğuna hakların niteliğine göre ayrı ayrı karar verilmelidir<sup>27</sup>. Örneğin, miras hakkı açısından ceninin menfaati ön planda tutularak bozucu şartın varlığı kabul edilmeli iken sözleşme ehliyeti bakımından geciktirici şart kabul edilmelidir<sup>28</sup>. Başka bir görüş, miras ve malvarlığı haklarından ceninin kanuni temsilci vasıtasıyla yararlanmasını hukuki güvenliği sarsacak nitelikte görerek bu haklar açısından sağ ve tam doğumu geciktirici şart kabul ederken, yaşam hakkı bakımından bozucu şartı savunmaktadır<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Ergun Özsunay, "Rights of Embryo and Foetus in Private Law", **Convergence of Legal Systems in the 21st Century**, General Reports Delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-21 July 2002, Extrait, Bruxelles 2006, s. 1304; Leyla Müjde Kurt, "Ceninin Mal Varlığı Hakları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2 Sayı:1, 2011, s. 183; Dilşad Keskin, "Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebepiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1-2, 2013, s. 746; Aydın Ünver, s. 27-28.

<sup>25</sup> Paul Piotet, **Droit successoral, Traité de droit privé suisse**, Tome IV, Fribourg 1975, s. 494, (Kurt, s. 182).

<sup>26</sup> Kalkan Oğuztürk, s. 258.

<sup>27</sup> Thomas M. Mannsdorfer, "Rights of Embryo and Fetus in Private Law", **Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé**, Zurich 2002, s. 522; Özsunay, **Embryo**, s. 1297.

<sup>28</sup> Mannsdorfer, s. 523; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, **Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, 3. Auflage, Stämpflis Verlag, Bern, 2012, s. 11-12; Miras hakkı ve menfaatlerinin kanuni temsilci tarafından korunması bakımından, ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. Özsunay, **Embryo**, s. 1298.

<sup>29</sup> İsmet Sungurbey, **Medeni Hukukun Temel Sorunları**, İstanbul, 2002, s. 301; Hausheer/Aebi-Müller, s. 16; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.11; Kalkan Oğuztürk, s. 258; Hamilelik anında yeni bireysel bir kalımsal şifrenin olduğu an olan üreme sürecinden itibaren 22-30 saat sonra kişilik başlar. Cenin, sağlıklı ve zarar görmemiş yaşama hakkına sahiptir. Mannsdorfer, s. 518, 525; Dolayısıyla zorunlu haller dışında kürtaj hukuka aykırı kabul edilmelidir. Kırkbeşoğlu, s. 31; Aksi görüşe göre, kürtajın ve embriyo üzerindeki müdahalelerin kayyım aracılığıyla engellenebileceği düşüncesi hayalden ibaret olup sağ ve tam doğum gerçekleşmeden kişiliği koruyan dava açmak mümkün değildir. Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 91; Bozucu şartı kabul etmemekle birlikte ceninin yaşam hakkı açısından benzer görüşler mevcuttur. İki tanesini aktarıyoruz: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre onuncu hafta dolduktan sonra daha üstün yarar sahibi görülen annenin yaşam hakkının korunması amacıyla— hamileliğe son vermeyi sıkı koşullara bağlı istisnai bir durum olarak kabulü, ceninin yaşam hakkının tanınması ve korunması olarak yorumlanabilir. Özden Özer Taşkın, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış

Kanaatimizce, sağ ve tam doğum şartının yaşam hakkı bakımından bozucu şart olarak kabul edilmesi daha uygundur. Kişilik haklarına bağlı olarak da cenine nidasyon anından itibaren yaşam hakkı tanınmalıdır. Fakat yine de belirtmeliyiz ki, yaşam hakkı bakımından bozucu şart niteliğini kabul etsek de miras ve malvarlığı açısından sağ ve tam doğum bir geciktirici şart özelliği taşımaktadır. Miras hakkı açısından değerlendirildiğimizde görülür ki bozucu şartın kabulü, tüpteki embriyoya henüz yaşam hakkı aktive edilmeden ve yaşam hakkını kazanacağı belirsizken miras hakkından yararlanma imkanı verir. Böyle bir yaklaşım hak ehliyeti sınırlarının zorlanması anlamına gelirken hukuki güvenliğin sarsılmasına yol açar<sup>30</sup>.

### C. Ceninin ve Embriyonun Yaşam Hakkı

#### 1. Yaşam Hakkı ve Başlangıcı

Sperm ve yumurta hücreleri kendi başlarına bir canlı olmakla beraber zigot oluşumu gerçekleştikten sonra canlılıklarını kaybederler. Zigot oluşumu ile beraber canlılık durumu kesilmeden yaşam zinciri devam eder. Biyolojik anlamda yaşam bu süreçlerle başlamış olsa bile kişilik açısından tek başına bir birey olmaya başlama anının belirlenmesi gerekir<sup>31</sup>.

Tıbbın gelişmediği ve çocuk ölümlerinin çokça yaşandığı zamanlarda bazı toplumlarda çocuğun ağlaması, annesinin memesini bırakması ve hatta çocuğa isim verilmesi bile kişilik hakkını kazanılması anı olarak belirlenmişti. Tıbbın ilerlemesi ve çocuk ölümlerinin azalması, çocuk sahibi olamayan bireylerin bile yapay döllenme yoluyla çocuk sahibi olabilmesi yaşamın başlangıç anının tekrar ele alınmasına yol açmıştır. Yaşamın başlangıcı ile ilgili üç farklı görüş mevcuttur. Bunlar; döllenme anını kabul eden, hamilelik boyunca oluştuğunu kabul eden ve doğum anını kabul eden görüştür. Bazı toplumlarda kişiliğin kazanılması doğumla olurken; bazı toplumlarda doğumdan sonra meydana gelen bazı olaylarla mümkündür<sup>32</sup>.

Döllenme anını esas alan görüş, döllenmiş embriyonun insan onuruna yakışır derecede saygıyı hak eden bir canlıdan ziyade yaşam hakkına sahip bir insan olduğu ve daha doğmadan yaşam hakkını döllenme anından itibaren kazandığını savunmaktadır<sup>33</sup>.

---

Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006, s. 9; Ceninin kişilik hakkının geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmeli fakat tıbbi zorunluluk ve ırza tecavüz gibi sınırlı haller dışında keyfi uygulamalarla bu şartın gerçekleşmesi engellenmemelidir. Arpacı, s. 122.

<sup>30</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 91.

<sup>31</sup> Bonni Steinbock, "The Morality of Killing Human Embryos", **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, Volume 34, Spring 2006, s. 27.

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 222.

<sup>33</sup> Bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 231.

Yaşamın hamilelik boyunca kazanıldığını savunan görüşler için bazı yaşam başlangıç anları mevcuttur. Bunlardan ilki, embriyonun bilinçli isteklerinin oluştuğu aşamadır ki bu dönem 24. ve 32. hafta olarak kabul edilmektedir. İkinci kabul edilen başlangıç anı, bebeğin canlanma hareketlerinin anne tarafından hissedildiği aşamadır ki ultrason teknolojisi ile bu dönem 6 ila 7. hafta olarak belirlenmiştir. Üçüncüsü, fetüsün acıyı ve mutluluğu hissettiği aşamadır. Bir diğeri, ceninin insan suretini alma anıdır. Sonuncusu ise, implantasyon anıdır ki üremeye yardımcı tedavi yöntemleri açısından önem arz etmektedir<sup>34</sup>.

İnsan yaşamının doğumla başladığını kabul eden görüş, doğumdan önceki aşamalar için cenine yaşam hakkı tanımamaktadır. Hatta yaşamın doğumdan sonraki bir anda başladığını kabul eden görüş de mevcuttur<sup>35</sup>.

## 2. Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Açısından Ceninin ve Embriyonun Yaşam Hakkının Başlangıcı ve Korunması

Yaşam hakkının başlangıç anının değerlendirmesinin ardından incelememiz gereken husus yapay dölleme ve özellikle in-vitro embriyo naklinde tüpteki embriyonun yaşam hakkının hangi andan itibaren başlayacağı ve nasıl korunacağıdır. Öncelikle, embriyonun doğum anına kadar olan süredeki ahlaki statüsünün ne olacağını belirlemeliyiz.

Embriyoya tanınan yaşam hakkının başlangıç anına göre, nasıl korunması gerektiğine dair görüşler vardır. Bu mesele ile ilgili genel olarak dört görüş karşımıza çıkmaktadır. Bu görüşlerden ilki olan tür görüşüne göre; embriyo, dölleme anından itibaren insan türüne aittir ve dölleme sonucunda embriyonun oluştuğu zamandan itibaren türünün karakteristik kapasitelerine potansiyel olarak sahiptir<sup>36</sup>. Buna göre; tüpteki embriyo üzerinde araştırma yapılamaz, öldürülemez ve sahip olduğu insan haklarından hiçbirini ihlal edilemez<sup>37</sup>.

İkinci görüş, devamlılık görüşüdür. Bu görüşe göre; zigot aşamasından itibaren doğmuş bir insanla aynı statüdedir; çünkü doğmuş her insan, bir embriyonun gelişimi ile meydana gelmiştir<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 233.

<sup>35</sup> Annenin istememesi veya devlet politikası yüzünden yeni doğan bebekler öldürülebilmektedir. Amerika'da her yıl 5000 bebek öldürülürken, Çin'de tek çocuk politikası yüzünden ikinci çocuklar öldürülmektedir. Kalkan Oğuztürk, s. 231.

<sup>36</sup> Aykut Çoban, "İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü", **Toplum ve Bilim**, No: 109, 2007, s. 258.

<sup>37</sup> Stefanie Hochreuter, **Die Problematik des Embryobegriffs und der Referenzkategorie "Mensch"**, Breyer Verlag, 2008, s. 28.

<sup>38</sup> Konu ile ilgili bkz. Gregor Damschen/Dieter Schöneker, **Der moralische Status menschlicher Embryonen**, De Gruyter Studienbuch, Berlin, 2002, s. 3; Kalkan Oğuztürk'ün görüşüne göre

Üçüncü görüş olan benzerlik görüşüne göre, embriyo, doğacak insanın genetik kimliğini taşımakta ve bu yönden diğer insanlardan farklı ve doğacak insana benzerdir<sup>39</sup>.

Dördüncü görüş olan potansiyellik görüşüdür. Bu görüşe göre döllenme anından itibaren embriyonun doğmuş bir insan gibi kabul edilemeyeceği ama onun potansiyel bir insan oluşumunun tüm gereklerini gösterdiği için doğmuş bir insan gibi korunması gerektiği savunulmaktadır<sup>40</sup>.

Kanaatimizce, embriyonun yaşam hakkı döllenme anından- in-vitro nakil durumunda tüpte bulunduğu andan- itibaren rahme implante edilmesiyle birlikte başlar. Bunun anlamı, tüpteki embriyonun yaşam hakkının olmaması, dolayısıyla, dondurulduktan sonra hukuken yasaklanan şekilde imha edilmesi veya bağışlanması, üzerinde deneysel amaçlı araştırmalar yapılması ve genlerine müdahale edilerek değiştirilmesi değildir. Bu aşamada potansiyel bir insan adayı olduğu için insan onurunun çiğnenmesi demek olan her hareketten masun tutulması gerekir<sup>41</sup>. Ama yaşam hakkını kazanması için embriyonun pasif potansiyelinin, anne rahmi duvarına tutunması ile aktif potansiyele geçmesi lazımdır. Çünkü üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından, laboratuvar ortamında çokça embriyo üretildiği ve hangisinin anne rahmine nakledileceğinin belli olmadığı bir dönemde bütün embriyolara yaşam hakkı tanımak amacı aşan bir yorum olacaktır<sup>42</sup>. Fakat şunu da göz ardı etmemeliyiz ki, tüpteki embriyonun yaşam hakkı bulunmasa dahi, üzerinde insanlık onuru ile bağdaşmayacak deneyler ve müdahaleler yapılmaması gerekir. Bu yüzden diyebiliriz ki, gelecekte kişi olabilecek embriyoya kişiye gösterilen saygının yansıtılması ve haklarının bu kapsamda korunması gerekir<sup>43</sup>. Embriyo iken kendisine zarar verilmemesi

---

erken dönem embriyosu rahim duvarına tutunduktan sonra insan olarak değerlendirilmelidir. Çünkü devamlılık görüşünde gözden kaçan şey, in-vitro nakilde tüpteki embriyonun söz edilen potansiyelliğinin aktive edilmesi için dıştan bir müdahalenin gerekmesi ve bu müdahale olmadan embriyonun gelişim göstermemesidir. Kalkan Oğuztürk, s. 218.

<sup>39</sup> Konu ile ilgili bkz. Eberhard Schockenhof, **Ethik des Lebens, Grundlage und neue Herausforderungen**, Herder Verlag, Freiburg-Basel\_Wien, 2009, s. 506.

<sup>40</sup> Hochreuter, s. 47; Ayrıca bkz. Damschen/Schönecker, s. 3 vd; Schockenhoff, s. 508.

<sup>41</sup> Tüpteki embriyo, üreme hücreleri sahiplerinin kişilik haklarına dahil bir değer olarak hem bunların kişilik haklarını koruyan hükümlerin ve hem de müstakbel bir hukuk süjesi olduğundan insan varlığı ve onuruna saygı gösterilmesine ilişkin hukuk normlarının koruma alanına dahil kabul edilmelidir. Ergun Özsunay, "Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu**, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s. 130; Bir başka eserinde yazar, bu görüşünü dile getirirken kişiliğin yansıma etkisi görüşüne atıf yapmıştır. Özsunay, Embryo, s. 1386.

<sup>42</sup> Büyükkay, s. 130.

<sup>43</sup> A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, "The Legal Status of the Embryo in Vitro", **Council of Europe, Third Symposium on Bioethics: Medically-Assisted Procreation and Protection of the Human Embryo**, Strasbourg, 15-18 December, 1996, CDBI/SPK (06) 17, s. 1; Leyden Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Broekhuijsen-Molenaar'ı hukuk sujesinin yansıma etkisi kavramı ile ilgili aktarımlar için bkz. Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s. 14; Özsunay, **Embryo**, s. 1299-1300.

veya verilmiş zararlardan etkisi devam edenler için kişilik haklarına dayanarak dava açabilmesi için kişiliğin yansıma etkisinin kabulü hakkaniyet içeren bir yaklaşım olacaktır. Bu yaklaşım sayesinde çocuk yararı ilkesinin de gözetileceği şekilde tüpteki embriyonun yasal mirasçılığı kabul edilebilir.

## II. Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığının Dayandığı Hukuki Gerekçeler

Eşlerden birinin ölümü sırasında tüpte bulunan embriyonun imha edilmesi yaygın uygulamadır. Fakat bu uygulamanın aksine görüşler de bulunmakta ve özellikle bu aşamada veya tüpteki embriyonun (halihazırda dondurulmuş şekilde saklı bulunan üreme hücrelerinin ölümden sonra döllenmesiyle sonradan elde edilen tüpteki embriyo da dahil olmak üzere) anne rahmine implante edilmesinin imha etmeye göre daha hukuka ve çocuk yararına uygun olduğu savunulmaktadır.

Bu bölümde ölümden sonra anne rahmine implante ve homolog döllenmeye ilişkin görüşler ve bu çerçevede tüpteki embriyonun yasal mirasçılık hakkı incelenmiştir. Ayrıca Hukukumuzdaki imhaya yönelik düzenlemeye yer verilmiş ve hukuka aykırı olarak imha edilmeyen tüpteki embriyonun anne rahmine implante ile birlikte yasal miras hakkına sahip olup olmadığı ele alınmıştır.

### A. Tüpte Dondurulmuş Embriyonun ve Üreme Hücrelerinin İmha Edilmesine Dair Düzenleme Ve Farklı Yaklaşımlar

İnsan onuruna yakışır şekilde korunması gerektiğini düşündüğümüz tüpteki embriyonun kocanın ölümü ile birlikte imha edilmesi, bazı yazarların kanaatine göre, en son çare olarak düşünülmelidir. Buna göre, kocanın ölümünden önce döllenilerek tüpte saklanan embriyo, ölen kocanın hayatta iken verdiği açık rıza ve anne adayının da rızası ile anne rahmine kocanın ölümünden sonra implante edilebilmelidir<sup>44</sup>. Tüpteki embriyo, henüz evli eşlerin kişilik hakkı değeridir ve eşler birlikte rıza göstererek böyle bir uygulamaya izin verebilmelidir. Fakat hem ölen kocanın hem de anne adayının rızasına rağmen diğer yasal mirasçılar ile bu konuda uyuşmazlık yaşanırsa, embriyonun imha edilmesi daha makul çözümdür<sup>45</sup>.

Ölümden sonra homolog döllenme ihtimalinde spermin mutlaka mirasçı olmasını savunan bir görüşe göre, ölümden sonra homolog döllenmeye belirli süre sınırlaması içinde izin getirilmesine yönelik düzenleme yapılmalıdır<sup>46</sup>. Amerikan Hukukunda genel olarak sperm ve embriyo, özel bir mülkiyet türüne konu edilmektedir<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Broekhuijsen-Molenaar, s. 4.

<sup>45</sup> Broekhuijsen-Molenaar, s. 7.

<sup>46</sup> Bkz. Atabek, s. 168; Erol, s. 38.

<sup>47</sup> Doe v. Shala davasında Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi (U8 District Court), dondurulmuş



Bu mülkiyet hakkı, eşlere sperm ve embriyo ile ilgili tasarruf hakkı tanımaktadır. Koca, ölümle birlikte sperm üzerinde tasarruf yetkisini kaybetse de, hayatta iken ölümden sonraya etkili olacak şekilde rıza verdiği takdirde kadının da rızası ile homolog döllenme gerçekleştirilebilir<sup>48</sup>. Hukukumuz açısından değerlendirme yapan bir görüşe göre, her ne kadar sperm açısından eşya statüsü kabul edilmese de, eşin kendi kişilik değeri hakkında karar vermesi ve ölümden sonra homolog döllenmeye rıza göstermesi mümkün kılınabilir<sup>49</sup>. Bu işlemin belirli süreye tabi kılınması hukuk güvenliğini sağlar<sup>50</sup>.

Doktrinadaki ve Amerika Hukukundaki bu fikre rağmen uygulamada birçok Avrupa ülkesi, eşlerden birinin ölümü üzerine tüpteki embriyoları imha etmektedir<sup>51</sup>. Buna karşın, İsrail Hukukunda, 1987 tarihli Sağlık Kanunu ile baba adayının ölümünün ardından 1 yıl içinde tüpte bulunan embriyonun anne rahmine nakline izin verilmişti<sup>52</sup>.

Böyle bir düzenlemenin getirilmesine dair görüş eleştirilmeye açıktır. Öncelikle döllenme anından önce baba adayının rızası ile var olmayan bir çocuğun bu şekilde tanınması mümkün değildir<sup>53</sup>. İkinci olarak, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Söz-

---

embriyoların kişi sayılmayacağını ve hukuken korunacak menfaatlerinin bulunmadığını açıklamıştır. Bkz. Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s. 13.

<sup>48</sup> Amerika'da 2000 yılında çıkarılan The Uniform Parentage Act'ta 2002 yılında yapılan düzenleme ile eşin ölmeden önce verdiği rıza ile ölümden sonra homolog döllenme gerçekleştirilebilmekte ve doğan çocuk mirasçı olabilmektedir. Charles P. Kindregan Jr. , "Dead Dads: Thawing an Heir from the Freezing", **William Mitchell Law Review**, 2009, Vol. 35, Issue 2, s. 438-439; Davis vs. Davis (1990) davasında ilk kez embriyo üzerinde kocanın da hakkının bulunduğu kabul edilmiştir. Mahkeme, boşanan çiftlerin halihazırda tüpteki embriyolar hakkında uyumsuzluk yaşamaması halinde embriyoların imhasına karar vermiştir. Çünkü kocanın sahip olduğu özel yaşam hakkı çocuk yapmaktan kaçınma hakkını da içermektedir. Bkz. Abraham Benschushan/Joseph G. Schenker, "The Right to an Heir in the Era of Assisted Reproduction", **Human Reproduction**, 1998, Vol. 13, No. 5, s. 1409; Özsunay, **Hayatın Başlangıcı**, s. 12.

<sup>49</sup> Atabek, s. 168;Erol, s. 38.

<sup>50</sup> Ölümün yarattığı heyecana kapılarak yapay döllenmeye karar verilmesinin önüne geçmek için iyice düşünüp taşınmaya elverişli süre tanınmalıdır. Atabek, s. 168; 1 yıllık sürenin yeterli olduğu yönünde görüş için bkz. Erol, s. 164; Amerika'da süre olarak üst sınır belirlenmemiştir. Bkz. Kindregan, s. 434;

Bu görüşlere katılmamakla birlikte, bu şekilde homolog döllenmeye izin verilmesi halinde düzenlenecek izin süresinin babalık karinesi için geçerli 300 günlük sürenin dikkate alınarak belirlenmesi daha uygundur.

<sup>51</sup> Fransa, Almanya, İsveç bunlar arasındadır. İngiltere, çocuk yararı ilkesini gözeterek hareket etmektedir. Benschushan/Schenker, s. 1409.

<sup>52</sup> Ayrıca boşanma halinde, eski kocanın rızası olması kaydıyla anne rahmine implante mümkün kılınmıştır. Joseph G. Schenker, "Assisted Reproduction Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects", **Human Reproduction Update**, 1997, Vol. 3, No. 2, s. 182; Amerika'da süre olarak üst sınır belirlenmemiştir. Bkz. Kindregan, s. 434.

<sup>53</sup> Ingeborg Schwenzer, **Bassler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, 3. Auflage, Basel-Genf-München, Helbing &Lichtenhahn, 2006, Art. 260, N 5.

leşmesi m. 7 ve 8<sup>54</sup> kapsamında doğmamış çocuk dâhil hiçbir çocuk daha baştan babasızlığa mahkûm edilemez<sup>55</sup>. Her ne kadar hukuken bir babaya bağlanması sağlansa da çocuk, babanın maddi ve manevi desteğini hissedemez. Ölümden sonra homolog döllenenlerin önünü açacak yasal düzenleme yapılması açıkça çocuğun üstün yararı ilkesine aykırılık teşkil eder.

Hukukumuzda, Yönetmelik m. 20/4<sup>56</sup> hükmüne göre, üreme hücreleri, sahibinin ölümü üzerine imha edilir. Yönetmelik m. 20/5'e göre de, adaylardan alınan fazla embriyoların dondurulmak suretiyle saklanması halinde eşlerin birlikte talebi, boşanması veya bir tanesinin ölümü ya da belirlenen sürenin sona ermesi sonucunda embriyolar, üreme merkezi müdürlüğünce kurulacak komisyon tarafından tutanak tutularak imha edilir<sup>57</sup>. Dolayısıyla ölen koca, ölümünden sonra homolog döllenen veya tüpteki embriyonun anne rahmine yerleştirilmesine hayatta iken rıza gösterse dahi, söz konusu rıza hukuken geçersizdir. Bunun yanında önceden verilen rıza ile

<sup>54</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk hakları Sözleşmesi m. 7: "1. Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde anne-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır. 2. Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler."

Birleşmiş Milletler Çocuk hakları Sözleşmesi m. 8: "1. Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler. 2. Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarından veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine sınırla yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yarım ve korumada bulunurlar."

<sup>55</sup> Özsunay, **Uluslararası Belgeler**, 137; Kalkan Oğuztürk, s. 381.

<sup>56</sup> Yönetmelik m. 20/4: "İkinci ve üçüncü fıkrada belirtilen zorunlu hallerde, üreme hücreleri ve gonad dokuları, verici adaya ait EDTA'lı kan örneği merkezde uygun şartlarda saklanır. Uygulama güvenliği açısından saklama öncesinde alınan bu kandan DNA kimliklendirme testleri yapılır ve bu bilgiler hasta dosyasına konular ve bir örneği aileye verilir. İkinci fıkranın (a) ve (d) bentlerinde belirtilen tıbbi zorunluluklar nedeniyle sperm veya testis dokusunun saklanması durumunda, dondurulma tarihinden itibaren doksan gün içinde kullanılması halinde DNA analizi aranmaz. DNA analizi, saklanacak dokuya ait bireyden EDTA'lı tüpe alınacak venöz kan buzdolabında +4 derecede saklanmak koşuluyla bir hafta içinde ruhsatlı genetik hastalıklar tanı merkezine gönderilir. Genetik hastalıklar tanı merkezi DNA izolasyonunu takiben DNA kimliklendirme analizi yapar. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde kişi mutlaka başvuruda bulunarak rızasının devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçesini vermelidir. Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları, alınan kişinin yıllık protokol yenilenmesi, isteği ve ölümü durumlarında müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan üreme hücreleri ve gonad dokularına ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir."

<sup>57</sup> Yönetmelik m. 20/5: "Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir."

yani bir çeşit tanıma işlemi vasıtasıyla henüz anne rahmine düşmemiş bir embriyonun soybağının baba adayına bağlanması hukuken mümkün değildir<sup>58</sup>. Kanaatimizce bu yaklaşım, hukuk güvenliği ve çocuğun doğuştan dünyaya babasız gelmemesi açısından daha makuldür.

## **B. İmha Edilmeyen Tüpteki Embriyonun (Ölümden Sonra Homolog Döllenne Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyo Dahil) Ölümden Sonra Anne Rahmine Nakledilmesi ve Yasal Mirasçılığa İlişkin Çözümler**

Hukukumuzdaki bu düzenlemeye rağmen kocanın ölümünden sonra kasten veya ihmalen üreme hücreleri kullanılarak homolog döllenme meydana gelirse veya dondurulmuş embriyonun anne rahmine nakli sonucu bir çocuk dünyaya gelirse, bu çocuğun soybağının ölen kişi ile kurulup kurulamayacağı ve bu kişinin mirasında hak sahibi olup olamayacağı üzerinde durulması gereken bir konudur. Embriyo ve üreme hücrelerinin hukuki statüsü ve soybağının belirlenmesine ilişkin kurallar açısından değerlendirme yaparak özellikle çocuğun üstün yararını gözeterek hukuki çözümler elde etmeliyiz.

### **1. Embriyonun ve Üreme Hücrelerinin Hukuki Statüsünün Yasal Mirasçılığa Etkisi**

Kişiliğin başlangıcını anne rahmine düşme anı olarak kabul eden görüşe göre, mirasın açılması sırasında anne rahmine düşmüş bir cenin olmadığı için tüpteki embriyonun mirasçı olmaması gerekir<sup>59</sup>.

Kişiliğin başlangıcını döllenme anı olarak kabul eden görüş, döllenme evlilik içerisinde gerçekleştiği için çocuğun mirasçı olması gerektiğini savunmaktadır<sup>60</sup>. Bu görüşe göre; İsviçre Medeni Kanunu'nda kocanın ölümden 300 gün sonra doğan çocuğun, babalık karinesinden yararlanabilmesi için, döllenmenin kocanın ölümünden önce meydana geldiğinin ispatı hükmünden ilhamen Medeni Kanunumuzun soybağı ve kişiler hukukunu düzenleyen kısımlarında tıbbi gelişmelerin ışığında hem doğal hem de yapay döllenmeyi kapsayan döllenme anının esas alınması gerekir<sup>61</sup>. Döllenme anından önceki safhada yani üreme hücresi safhasında kişilik henüz kazanılmamış olduğundan yasal miras hakkından bahsedilemez<sup>62</sup>. Meseleye bakış açısı dâhilinde bu görüş, nidasyon anını kabul eden görüşe göre tüpteki embriyonun daha

<sup>58</sup> Nomer, s. 581.

<sup>59</sup> İmre/Erman, s. 464; Nomer, s. 580-581.

<sup>60</sup> Rona Serozan/Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.87; Aydın Ünver, s. 59.

<sup>61</sup> Kırkbeşoğlu, s. 54.

<sup>62</sup> Aydın Ünver, s. 60.

menfaatindedir. Çünkü eşler hayatta iken döllenmiş ve henüz anne rahmine implante edilmemiş tüpteki embriyonun miras hakkını korumaktadır<sup>63</sup>.

Kişiliğin başlangıcını anne rahmine düşme anı kabul etmesine rağmen embriyo potansiyel insan adayı kabul eden görüşe göre, tüpteki ve anne rahmindeki embriyo diye ayırım yapılmalıdır<sup>64</sup>. Anne rahmindeki embriyo, hukuk süjesidir. Tüpteki embriyo, anne ve babasının kişilik hakkı değeridir<sup>65</sup>. Anne ve babanın kişilik hakkı değeri olarak mirasçı olmalarında beis yoktur<sup>66</sup>.

Kanaatimizce, tüpteki embriyo, tek başına kendisine özgü yapısı olan canlıdır. Buna göre, tüpteki embriyo, potansiyel insan adayıdır. Anne rahmine implante edildikten sonra yaşam hakkı aktive edilir. Bu durumda yaşam hakkı aktive edilen ve cenin haline gelen tüpteki embriyonun cenin safhasında sağ ve tam doğum geciktirici şartına bağlı olarak sahip olduğu kişilik haklarının ve hak ehliyetinin tüpteki embriyo safhasına yansıtılması gereklidir. Bu yüzden tüpteki embriyonun ölümden önce veya sonra ana rahmine implante edilip edilmediğine bakılmaksızın ölen kocaya mirasçı olabileceği kanaatindeyiz.

Avustralya'da yaşanmış "yetim embriyolar" vakasında anne ve babanın aynı anda öldüğü kazanın ardından geride kalan embriyoların yasal mirasçı olup olamayacağı tartışılmıştır. Bazı yazarlar, ölüm anında dondurulmuş olarak tüpte bulunan embriyoların mirasçı olması gerektiğini, bazı yazarlar ise, henüz kişilik hakkından bahsedilemeyeceğinden mirasçı olmaması gerektiğini savunmuştur<sup>67</sup>. Halbuki embriyoların yaşam hakkı henüz aktive edilmediğinden mirasçı olmaları kabul edilemez. Dolay-

<sup>63</sup> Kurt, s. 186; Keskin, s. 747-748.

<sup>64</sup> Broekhuijsen-Molenaar, s. 1; Özsunay, **Embryo**, s. 1386.

<sup>65</sup> "Reflex working of legal subject" kavramına bkz. Broekhuijsen-Molenaar, s. 1; Özsunay, **Embryo**, s. 1386, Özsunay'a göre, tüpteki embriyo, üreme hücreleri sahiplerinin kişilik haklarına dahil bir değer olarak hem bunların kişilik haklarını koruyan hükümlerin hem de müstakbel bir hukuk süjesi olduğundan insan varlığı ve onuruna saygı gösterilmesine ilişkin hukuk normlarının koruma alanına dahil kabul edilmelidir. Ayrıca bkz. Ergun Özsunay, "Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu**, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s. 130.

<sup>66</sup> Broekhuijsen-Molenaar, s. 7.

<sup>67</sup> Tartışmalar için bkz. George P. II Smith, "Australia's Frozen 'Orphan' Embryos: A Medical, Legal And Ethical Dilemma", **Journal of Family Law**, 1985-1986, s. 27 vd. ; Broekhuijsen-Molenaar, s. 7; Özsunay, **Embryo**, s. 1325; Bir diğer tartışma embriyoların miras yoluyla mirasçılara geçmesi konusunda yapılmıştır. Bir görüşe göre, ölen kişilerin kişilik haklarının uzantısı olarak onların ortak mülkiyetinde olan tüpteki embriyonun mirasçılara geçmesi mümkündür. Broekhuijsen-Molenaar, s. 7; Eşlerin evli olması halinde tüpteki embriyonun evlilik mal rejimine ait kabul edilmesini savunan görüş de mevcuttur. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009; Kanaatimizce, kişilik değeri olarak tüpteki embriyo, miras hukuku ilkeleri açısından terekeye dahil edilebilir mal olarak kabul edilemez. Aynı yönde görüş için bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 380.

sıyla, geciktirici şartın varlığı nedeniyle sağ ve tam doğum gerçekleşmeden miras elde edilemez<sup>68</sup>.

Üreme hücrelerinin dondurulup saklandığı zorunluluk hallerinde<sup>69</sup> kocanın ölümünden sonra kocanın spermi kullanılarak anne adayı hamile kaldığı takdirde, bir diğer ifade ile ölümden sonra homolog döllenme gerçekleştirildiği takdirde, doğan çocuğun yasal miras hakkına sahip olamayacağına dair görüşler baskındır. Kişiliğin başlangıcını nidasyon anı kabul eden görüşe göre, zaten koca öldüğünde anne rahminde cenin olmadığından çocuğun sperm sahibi kocaya yasal mirasçı olması kabul edilemez<sup>70</sup>. Kişiliğin başlangıcını döllenme anı kabul eden görüş açısından meseleye baktığımızda, döllenme anından önce kişilik var olmadığı için sperm yasal mirasçılık sıfatına sahip olamaz<sup>71</sup>. Doğan çocuğun yasal mirasçı olması gerektiğini savunan görüş, kişiliğin hangi andan itibaren kazanıldığı üzerinde durmamakta ve daha çok çocuğun genetik babanın mirasından mahrum bırakılmaması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>72</sup>.

Kanaatimizce babalık karinesini işletilebildiği 300 günlük sürenin çok aşılması halinde<sup>73</sup> evlilik sırasında henüz embriyo halinde olmayan spermin babaya mirasçı olması mümkün değildir. Tüpteki embriyonun potansiyel insan adaylığının kişiliğin yansımından etkileneceğini savunmakla birlikte sperme kişiliğin yansıtılması zorlama bir yorum olur<sup>74</sup>. Çünkü sperm, henüz potansiyel insan adayı bile değildir.

<sup>68</sup> Tüpteki embriyo ile anne rahmindeki ceninin hak ehliyeti sahibi olma açısından eşit şartlara tabi tutulması gerektiğine dair görüş için bkz. Özsunay, **Embryo**, s. 1385; Fakat bir taşıyıcı anne vasıtasıyla yetim embriyoların dünyaya gelmeleri halinde biyolojik anne ve babalarına mirasçı olup olamamaları taşıyıcı annelik ihtimalinde soybağı ve miras problemlerinin çözümüne ilişkin yaklaşımlara bağlıdır. “Yetim embriyolar “ ile ilgili böyle bir çözüm önerisi için bkz. Smith, s. 30; Ülkemizde olduğu gibi birçok ülkede taşıyıcı annelik yasak olduğundan böyle bir nakil yapılamaz. Bkz. Benschushan/Schenker, s. 1410.

<sup>69</sup> Yönetmelik m. 20/2: “Erkeklerde üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması gerektiren tıbbi zorunluluk halleri şunlardır; a) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde, b) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, c) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (testislerin alınması ve benzeri) öncesinde, ç) Çok az sayıda sperm olması (kriptoospermi) durumunda.”

Yönetmelik m. 20/3: “Kadınlarda üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması gerektiren tıbbi zorunluluk halleri şunlardır; a) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, b) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde, c) Düşük over rezervi olup henüz doğurmamış veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesinin üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi durumunda.”

<sup>70</sup> Nomer, s. 580.

<sup>71</sup> Aydın Ünver, s. 60.

<sup>72</sup> Reşat Atabek, “Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, İstanbul, C: LXI, No: 7-8-9, 1985, s. 117; Erol, s. 38.

<sup>73</sup> Bu hususa ilişkin açıklama çocuk yararı ilkesinin yasal mirasçılığa etkisi başlığı altında anlatılmaktadır.

<sup>74</sup> Kocanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk ile koca arasındaki soybağı, döllenme

## 2. Soybağının Belirlenmesinin Yasal Mirasçılığa Etkisi

Öncelikle, kişiliğin geçmişe etkili olarak başladığı anda anne ve baba evliyse, çocuk evlilik içi kabul edilir. Ayrıca ölümün üzerinden 300 gün geçmeden önce doğan çocuğun soybağı babalık karinesi<sup>75</sup> nedeniyle ölen koca ile kurulur<sup>76</sup>.

Kişiliğin başlangıcını döllenme anı olarak kabul eden görüşe göre, döllenme evlilik içinde gerçekleşirse tüpteki embriyo hayata geldiğinde koca ile arasında soybağı kurulur. Kişiliğin başlangıcını anne rahmine düşme anı olarak kabul eden görüşe göre, evlilik sona erdiğinde henüz anne rahmine implante gerçekleşmediğinden annenin evlilik içinde gebe kalması söz konusu olamaz ve bu yüzden babalık karinesi işletilemez<sup>77</sup>. Ancak anne rahmine düşme anını kabul eden bir başka görüşe göre, kocanın ölümünden sonra 300 gün içinde doğan çocuk için babalık karinesi işletilmeli ve çocuğun babası ölen koca olmalıdır<sup>78</sup>. Bu 300 günlük süre katı olarak uygulanmamalı ve 301 ve 302 gibi birkaç günlük gecikme yüzünden doğan çocuk, haklarından mahrum edilmemelidir<sup>79</sup>.

Doğum 300 gün geçtikten sonra meydana gelirse, çocuk kural olarak evlilik dışı doğmuş olur. Bu durumda, koca ile çocuk arasındaki soybağı ancak babalık davası ile kurulabilir<sup>80</sup>. Ölen kocaya babalık davasıyla hukuken bağlanan çocuğun ölüm anında anne rahmine düşmemiş olmasından dolayı miras hakkından mahrum bırakılması, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>81</sup>.

Kanaatimizce, miras hukuku açısından çocuk yararı ilkesi gereği ölüm anında tüpte embriyo olarak bulunan çocuğun 300 gün içinde doğması halinde babalık karinesi işletilerek evlilik içi çocuk olarak değerlendirilmesi ve ölen kocaya mirasçı olması sağlanmalıdır. Özellikle, kocanın ölümünden 300 gün sonra doğan çocuk

---

kocanın ölümünden önce veya sonra olsa bile babalık karinesi gereği kurulmalı ve çocuk yasal mirasçılık sıfatını kazanmalıdır. Acabey, s. 190. Aynı yönde görüş için bkz. Kırkbeşoğlu, s. 51.

<sup>75</sup> TMK m. 285/1: "Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır."

<sup>76</sup> Acabey, s. 190; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 51.

<sup>77</sup> Nomer, s. 580-581; Mirasın açılması sırasında anne rahmine düşmüş bir cenin olmadığı için tüpteki embriyonun mirasçı olmaması gerekir. İmre/Erman, s. 464.

<sup>78</sup> Acabey, s. 190-191; Kalkan Oğuztürk, s. 378; Erol, Avusturya Hukukunda ileri sürülmüş bir görüşü çocuk yararını üstün tuttuğu gerekçesi ile adil bir çözüm olarak değerlendirmiştir. Buna göre, yapılacak kanuni değişiklikle dış ortamda döllenmiş ve koca öldükten itibaren bir yıl içinde doğmuş çocuk, ölen kocaya soybağı ile bağlı olacak ve dolayısıyla yasal mirasçı olacaktır. Erol, s. 163.

<sup>79</sup> Acabey, s.190-191; Benzer görüş Alman Hukukunda da ileri sürülmüştür. Ayrıntılar için bkz. Erol, s. 163; Kalkan Oğuztürk, s. 378.

<sup>80</sup> Acabey, s. 192; Aynı yönde görüş için bkz. Kırkbeşoğlu, s. 55.

<sup>81</sup> Bu konuda kanunun dar yorumu dayanak yapılmamalı ve hukuki güvenlik gerekçe gösterilmemelidir. Acabey, s. 191.

babalık davası ile soybağı açısından ölen kocaya bağlandıktan sonra evlilik içinde anne rahmine implante edilip edilmediğine bakılmaksızın yasal mirasçılık sıfatını kazanmalıdır. Ayrıca kocanın ölümünden 300 gün geçse bile anne rahmine implantenin evlilik içinde gerçekleştirildiği ispat edilebiliyorsa, TMK 285/2<sup>82</sup> gereği çocuk evlilik içi sayılmalıdır<sup>83</sup>.

Dondurulmuş üreme hücreleri sperm sahibinin ölümü sırasında henüz döllenendirilmediği takdirde, soybağının sperm sahibi ile kurulup kurulamayacağına dair farklı görüşler mevcuttur. Bu konuda soybağının kurulamayacağını savunan görüşe göre, kişi ölümüyle beraber çocuk yapma yetisini ve spermi üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiştir ve anne rahmine implante gerçekleşmediğinden tam ve sağ doğmak koşuluyla kişilik kazanmayacağı için çocuk ve koca arasında soybağı babalık karinesi hükmünce kurulamaz<sup>84</sup>. Bir başka görüş, sperm sahibinin ölümünden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk babalık karinesi gereği evlilik sırasında dünyaya gelmiş kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu hususu savunan başka bir görüş, bir zamanlar evli olan çiftlerin bu şekilde dünyaya gelen çocuklarının ölen babanın soyadını kullanma ve miras hakkında yoksun bırakılmaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>85</sup>. Dolayısıyla 300 gün geçtikten sonra doğsa bile çocuğun soybağının ölen koca ile kurulması gerektiğini savunmuştur<sup>86</sup>. Bu konudaki görüşümüzü çocuk yararı ilkesi ışığında belirteceğiz.

### 3. Çocuk Yararı İlkesinin Yasal Mirasçılığa Etkisi

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>87</sup> m. 3. b.1'de yer alan "...çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir." şeklindeki ifadeden çocuğun yararının en üstün olarak ele alınması ve korunması gerektiği sonucuna varılmaktadır<sup>88</sup>. Dolayısıyla çocuğun yararları ile çatışan yararlar ya da ilkeler olması halinde yapılması gereken çocuğun yararının araştırılması ve bunun üstün tutulmasıdır<sup>89</sup>. Çocuğun yüksek

<sup>82</sup> TMK m. 285/2: "Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür."

<sup>83</sup> Bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 377.

<sup>84</sup> Nomer, s. 580; İsviçre Hukuku'nda ölen kocanın spermi ile ölümden sonra homolog döllenme işleminin gerçekleştirilmesi halinde 300 gün içinde doğan çocuğun ölen kocaya soybağı ile bağlı olduğu kabul edilmişti. Daha sonra tam aksi görüş benimsenmiş ve döllenmenin evlilik içinde gerçekleşmesi aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erol, s. 160; Kalkan Oğuztürk, s. 374.

<sup>85</sup> Atabek, s. 117.

<sup>86</sup> Atabek, s. 117; Aynı yönde görüş için bkz. Erol, s. 38.

<sup>87</sup> 20 Kasım 1989 tarihinde benimsenen Sözleşme, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 14 Ekim 1990 tarihinde imzalamıştır ve Sözleşme 27 Ocak 1995'te Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>88</sup> Özer Taşkın, s. 21.

<sup>89</sup> Özer Taşkın, s. 21.

yararı ilkesini uygulayabilmek için çocuk, bir taraftan bağımsız ve onurlu bir birey olarak kabul edilmeli, diğer taraftan, çocuğun toplumun en fazla korunmayı gerektiren kesimi içerisinde olduğunu göz önüne alınarak, çocuk lehine pozitif ayrımcılık yapılmalıdır<sup>90</sup>. Miras hukuku açısından baktığımızda çocuğun gözetilmesi gereken en büyük yararı şüphesiz miras hakkıdır ve meseleler ele alınırken kesinlikle çocuk lehine yorum yapılmalıdır<sup>91</sup>.

Konumuz itibarıyla çocuğun üstün yararı ilkesinin dikkate alınarak yorumlanması gereken hususlar vardır. Bunlardan ilki, ceninin mirasçı olmasına ilişkin kanun hükmünün üremeye yardımcı tedavi yöntemleri açısından değerlendirilerek tüpteki embriyonun yasal miras hakkının tanınmasının sağlanmasıdır.

İkincisi ise, tüpteki embriyonun kocanın ölümünden sonra anne rahmine implante edilmesi hususudur. Dondurulmuş embriyonun kocanın ölümünden sonra anne rahmine nakledilmesi sonucunda 300 gün içinde doğan çocuğun soybağı çocuk yararı ilkesi üstün tutularak babalık karinesi hükmünce ölen kocayla kurulmalıdır<sup>92</sup>. Doğum 300 gün geçtikten sonra gerçekleşirse, babalık davası yoluyla çocuk ile ölen koca arasında soybağı kurulabilir<sup>93</sup>. Soybağının hükmü gereğince, tüpteki embriyonun bahsi geçen hallerde yasal mirasçı olması mümkündür<sup>94</sup>.

Üçüncü husus, dondurularak saklanan üreme hücrelerinin ölümden sonra döllenenmesine ilişkindir. Sperm sahibinin ölümü anında henüz döllendirilmemiş spermnin ölümden sonra eşin yumurtası ile döllendirilmesi durumunda çocuk yararı ilkesi gereği yorum yaparak doğan çocuğu yasal miras hakkından mahrum bırakmamak mümkündür. Her nasılsa ölümden sonra homolog dölllenme ve akabinde doğum gerçekleşirse, sperm sahibinin ölümünden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk babalık karinesi gereği evlilik sırasında dünyaya gelmiş kabul edilmeli ve sperm sahibine yasal mirasçı olmalıdır<sup>95</sup>. Fakat 300 günü aşan doğumlarda çocuk yasal mirasçı olmama-

<sup>90</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 4-5.

<sup>91</sup> Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 113.

<sup>92</sup> Kalkan Oğuztürk, s. 377.

<sup>93</sup> Acabey, s. 190; Çocuğun genetik babasının annenin ölen kocası olduğu gerçeği karşısında çocuk, miras hakkından mahrum edilemez. Erol, s. 144; Karşı görüş için bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 378: Ölümden "çok sonra" implante kabul görmemelidir. Yazarın bu görüşünün altında yatan neden velayet, soybağı ve miras hukuku alanını ilgilendiren konu ve sorunların artmasıdır. Ayrıca bkz. Kindregan, s. 434.

<sup>94</sup> Karşı görüşe göre, tüpteki embriyonun evlilik devam ederken anne rahmine implante edilmesi gerekir. Evlilik sona erdikten sonra annenin hamile kalması halinde evlilik dışı statüsünde olan çocuğun babalık karinesi yoluyla ölen kocayla soybağının kurulması mümkün olmadığından mirasçı da olamaz. Nomer, s. 580-581.

<sup>95</sup> Acabey, s. 190; Kırkbeşoğlu, s. 51; Babalık karinesi açısından cinsel ilişkinin gönül rızası ile yapılması zorunluluğu yoktur. Bu yüzden yapay dölllenme, kocanın rızası olmadan da gerçekleşse, doğan çocukla ölen koca arasında soybağı tesis edilmelidir. Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 182.



lıdır<sup>96</sup>. Doktrinde bir başka görüş, her ne kadar homolog döllenme ölümden sonra gerçekleşse de, çocuk yararı ilkesini üstün tutarak bir zamanlar evli olan çiftlerin bu şekilde dünyaya gelen çocuklarının yasal miras hakkından hiçbir şekilde yoksun bırakılmaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>97</sup>. Bu görüşe göre, babalık karinesinin işlediği 300 günlük süre, yasal mirasçılık açısından üst süre olmamalıdır.

Kanaatimizce ölümden sonra homolog döllenmenin yasak olduğuna dair açık hükme karşın her nasılsa döllenme işlemi gerçekleştirildiği takdirde, çocuk 300 günlük süreyi geçmeden doğarsa, çocuğun miras hakkından yoksun tutulmaması gerekir. Homolog döllenme işleminin sperm sahibinin ölümünden çok sonra yapılması halinde, sperm sahibi ile çocuk arasında mirasçılık ilişkisinin kurulmasının ise hem miras hukuku ilkelerine aykırı olduğu hem ülkenin sosyo-ekonomik ve ahlaki yapısı açısından çocuk yararına olmadığı açıktır<sup>98</sup>. Dolayısıyla homolog döllenme işlemi ölümden önce yapıldığı takdirde ve işlem ölümden sonra yapılmakla birlikte babalık karinesinin işletilebildiği 300 günlük sürenin içinde doğum gerçekleştiği takdirde çocuğun yasal mirasçılık sıfatının var olduğu kabul edilmelidir<sup>99</sup>.

### III. Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçı Olması Halinde Miras Hukuku Açısından Karşılaşılacak Sorunlar ve Çözüm Önerileri

#### A. Mirasın Paylaşılmasının Ertelenmemesi

Mirasbırakanın ölümünün ardından mirasçılar, kanunen tereke üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip olur<sup>100</sup>. Mirasçılar, mirası paylaşılan kadar terekeyi beraber

<sup>96</sup> Acabey, s. 190; Kırkbeşoğlu, s. 51.

<sup>97</sup> Atabek, s. 171; Erol, s. 38.

<sup>98</sup> Çocuğun üstün yararının her ülkenin toplumsal yapısı, sosyo-ekonomik koşulları açısından değerlendirildiği dikkate alınarak, her ülkenin çocuğun yararını belirlerken kendi gerçekliğini göz önüne alması gerekir. Özer Taşkın, s. 23; Erol'a göre, her ne kadar ölümden sonra döllenme yasak olsa da, bu şekilde dünyaya gelen çocuğun menfaatlerinin üstün tutulması fikrine binaen sperm sahibine mirasçı olması sağlanmalıdır. Fakat mirasın paylaşılmasından sonra gerçekleştirilen döllenme ile doğan çocuk, diğer mirasçıları zarara uğratacağından miras payı alamamalıdır. Erol, s. 38; Görüldüğü üzere, ölümden çok sonra yapılan döllenme işlemi, miras hukuku açısından hukuki güvenliği sarsmaktadır. Dolayısıyla ölümden sonra homolog döllenme işleminin ardından mirastan pay alabilmek için çocuğun makul karşılanabilecek 300 günlük süre geçmeden doğması gereklidir. Tabi ki, bu süre katı şekilde uygulanmamalıdır.

<sup>99</sup> Ayrıca şunu belirtmekte fayda görmekteyiz. Açık hükme rağmen her nasılsa çok sonra embriyo implante edilmesi halinde, babalık davası yoluyla soybağının bağlanması ve yasal mirasçılık hakkının tanınması görüşünü savunurken, ölümden çok sonra homolog döllenme ihtimalinde yasal mirasçılık hakkının tanınmaması görüşünü savunmaktayız. Bu farklılık, çocuğun üstün yararı ilkesi ile birlikte embriyo ve sperm hukuki niteliklerinin etkisinden kaynaklanmaktadır.

<sup>100</sup> TMK m. 640/1: "*Birden çok mirasçı bulunması hâlinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir.*" TMK m. 640/2: "*Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler.*"

yönetir. Mirasın paylaşımı sözleşme veya kanunen engellenmediği sürece mirasçılarının her biri tarafından istenebilir<sup>101</sup>. Fakat paylaşma sözleşme veya kanun gereği ertelenebilir.

Mirasın paylaşılmasının kanun hükmü gereği ertelendiği durumlardan biri de mirasçılar arasında cenin bulunmasıdır<sup>102</sup>. Mirasçılar arasında cenin bulunduğu halde, ceninin doğumu beklenmeden o yokmuş gibi miras paylaşılırsa, bu paylaşma geçersiz sayılır ve cenin tam ve sağ doğduğu takdirde tekrar paylaşma talep edilebilir<sup>103</sup>.

Mirasın paylaşılmasının ertelenmesi için, miras açıldığı anda anne rahminde bulunan bir ceninin varlığı aranmaktadır. Tüpteki embriyo henüz anne rahmine yerleştirilmediği için mirasın paylaşılmasını engellemez<sup>104</sup>. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, mirasbırakanın ölümü anında anne rahminde bulunmayan, tüpteki embriyonunun mirasın paylaşımını doğum gerçekleşene kadar ertelenmesi gereklidir<sup>105</sup>. Kanaatimizce, mirasın paylaşılması için dondurulmuş embriyonun doğumunun beklenmesi gerekmez. Çünkü tüpteki embriyonun ne zaman anne rahmine yerleştirileceği belirsizdir. Bu yüzden, bu belirsizliğin ortadan kalktığı ve tüpteki embriyonun potansiyel insan adaylığının aktive edildiği andan itibaren mirasın paylaşılması ertelenebilir. Zaten tüpteki embriyo anne rahmine hiç koyulmazsa mirasın paylaşılması herhangi bir sorun doğurmaz<sup>106</sup>. Eğer paylaşma sırasında tüpteki embriyo anne rahmine yerleştirilirse mirasın paylaşılması ertelenmelidir<sup>107</sup>. Çünkü artık paylaşmaya engel teşkil eden anne rahmine düşmüş cenin bulunmaktadır.

Anne rahmine yerleştirilmesi ve doğumun gerçekleşmesi ile beraber tüpteki embriyo, yasal mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kazanacağından mirasın paylaşılması ister nidasyon anından önce ister nidasyon anından sonra gerçekleşsin, sonuç olarak hükümsüz hale gelir<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> TMK m. 642/1: "Mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir."

<sup>102</sup> TMK m. 643/1: "Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğuma kadar ertelenir." Bu hüküm emredici niteliktedir. Bkz. Mustafa Dural/Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku C: IV, Miras Hukuku**, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 470; Mannsdorfer, s. 530; İnan/ Ertay/Albaş, s. 559; İmre/Erman, s. 473.

<sup>103</sup> İmre/Erman, s. 473; Dural/Öz, s. 471.

<sup>104</sup> İmre/Erman, s. 474.

<sup>105</sup> Aydın Ünver, s. 63.

<sup>106</sup> Kurt, s. 200.

<sup>107</sup> Serozan/Engin, s. 492; Aydın Ünver, s. 63; Kurt, s. 200.

<sup>108</sup> Kurt, s. 200.

## B. Miras Sebebiyle İstihkak Davası Açılması

Tüpteki embriyonun tam ve sağ doğumundan önce miras paylaşımı tamamlanmışsa, tüpteki embriyo, doğumdan itibaren geçmişe etkili olarak mirasçılık sıfatını kazanacağından, miras sebebiyle istihkak davası açma hakkına sahiptir<sup>109</sup>. Böylelikle davacı çocuk yasal mirasçı olarak terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulunduran kişilere karşı mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürebilir<sup>110</sup>. Miras sebebiyle istihkak davasının tâbi olduğu zamanaşımı süresi, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her durumda mirasbırakanın ölümünden itibaren on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı ise yirmi yıldır<sup>111</sup>.

Davalıların iyi niyetli veya kötü niyetli olmalarına paylaşma sırasında tüpteki embriyonun anne rahmine yerleştirilmiş olması veya olmaması etki eder. Buna göre, henüz paylaşma tamamlanmadan tüpteki embriyo anne rahmine yerleştirilmiş, bu durum bilindiği halde doğum beklenmeden paylaşım tamamlanmışsa, diğer mirasçılar kötü niyetli kabul edilmelidir<sup>112</sup>. Bu durumda çocuğun açacağı davanın zamanaşımı süresi 20 yıl olur. Buna karşılık, tüpteki embriyo mirasın paylaşılması tamamlandıktan sonra anne rahmine yerleştirilmiş ise, miras paylaşıldığı sırada henüz embriyonun anne rahmine yerleştirilip yerleştirilmeyeceği belirsiz olduğundan kendilerine karşı miras sebebiyle istihkak davası açılacak kişiler kural olarak iyiniyetli kabul edilmelidir<sup>113</sup>. Bu durumda çocuğun açacağı davanın uzun zamanaşımı süresi 10 yıl olur. Fakat paylaşma sırasında tüpteki embriyonun anne rahmine yerleştirileceğini öğrenen davalı, kötü niyetli kabul edilmelidir.

## C. Ahlaka Aykırı Fiil Nedeniyle Zararın Tazmini Talebi

Sağ kalan eş, üst zümre mirasçılarını mirastan mahrum etme amacını taşıyarak kocanın ölümü sırasında tüpte bulunan veya 300 gün geçmeden doğmak kaydıyla ölümden sonra homolog döllenme yoluyla oluşacak embriyoyu dünyaya getirmeyi tercih ettiği takdirde, doğan çocuğun miras hakkı korunmalıdır<sup>114</sup>. Böyle bir durum-

<sup>109</sup> TMK m. 637/1: “Yasal veya atanmış mirasçı, terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulunduran kimseye karşı mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürerek miras sebebiyle istihkak davası açabilir.”

<sup>110</sup> Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 152-153; İmre/Erman, s. 413; Dural/Öz, s. 427; Kalkan Oğuztürk, s. 378; Kurt, s. 201.

<sup>111</sup> TMK m. 639: “Miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mirasbırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. İyiniyetli olmayanlara karşı zamanaşımı süresi yirmi yıldır.”

<sup>112</sup> Kurt, s. 201.

<sup>113</sup> Serozan/Engin, s. 465; Kurt, s. 201-202.

<sup>114</sup> Ölümden sonra homolog döllenmeyi savunan görüşlerden birine göre, mirasın paylaşılmasının ardından döllenme gerçekleştirilirse, çocuğun mirasçı olmaması gerekir. Erol, s. 144.

da ahlaka aykırı fiil işleyen hekimin ve annenin sorumluluğuna gidilerek üst zümre mirasçılarının zararlarının tazmin edilmesi daha makul bir çözümdür<sup>115</sup>.

Anne rahmine implantenin eşin ölümden sonra gerçekleştiği homolog döllenme nedeniyle miras hakları zedelenen kimseler, mevcut işlemin kendilerine zarar verme kastıyla yapıldığını ispat etmelidir. Zarar verme kastı yok ise, tazminat talep edemezler<sup>116</sup>. Eşinin ölümünden sonra şiddetli şekilde çocuk sahibi olmak isteyen diğer eşin üst zümre mirasçılarına zarar verme kastı taşıyıp taşımadığı ispatı zor meseledir. Bu yüzden meseleye şu yönden yaklaşılmalıdır. Üst zümre mirasçılarının zarar görmesini göze alarak ama bunu özellikle istemiş olmadan hareket eden diğer eşin ihtimalî kast içeren bu tutumu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>117</sup> m. 49/2 gereği ahlaka aykırı fiilden kaynaklanan sorumluluğun doğmasına yol açmalıdır<sup>118</sup>.

## SONUÇ

1- Cenin, miras ve malvarlığı açısından sağ ve tam doğum geciktirici şartına bağlı olarak hak ehliyetini anne rahmine düştüğü andan itibaren kazanır. Yaşam hakkı açısından sağ ve tam doğum bozucu şart olarak değerlendirilmelidir.

2- TMK'daki hüküm gereğince, mirasbırakan öldüğü sırada cenin, anne rahmine düşmüş ise mirasbırakana mirasçı olabilir. Bu hüküm tüpteki embriyonun mirasçılığı açısından tartışma doğurmaktadır. Bir görüşe göre, mirasbırakanın ölümü sırasında henüz anne rahmi duvarına tutunma yani nidasyon gerçekleşmediği için tüpteki embriyo mirasçı olamaz. Bir diğer görüş ise, bu hükmün yapay döllenme hususunu içermediğini, burada kanun boşluğunun var olduğunu ve döllenme anından itibaren tüpteki embriyonun mirasçı sıfatını kazanması gerektiğini savunmaktadır.

3- Tüpteki embriyo, potansiyel insan adayıdır. Canlılığının anne rahmine implante ile aktive edilmesi gerekir. Bir başka deyiş ile nidasyon anından itibaren kişilik başlamalıdır. Embriyonun tüpte iken henüz hak ehliyetine sahip olmaması nedeniyle anne ve babasının kişilik değerlerinin uzantısı olarak korunması gereklidir. Ayrıca insan onuruna yakışır koruma sağlama amacıyla bir şekilde tam ve sağ doğum ger-

<sup>115</sup> Altunkaya, Mehmet: "Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi", **IMGB, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2007, s. 105; Acabey, s. 188; Erol, s. 143; Kalan Oğuztürk, s. 380-381.

<sup>116</sup> M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. s. 65-66.

<sup>117</sup> Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Yayımlandığı Resmi Gazete: 04.02.2011-27836, Yayımlandığı Düstur: Tertip 5 Cilt: 50.

<sup>118</sup> Yargıtay 4. HD. E. 3849, K. 4232, T. 16.06.1986, (**Yargıtay Kararları Dergisi**, Yıl: 1986, S: 11, s. 1619); Konu ile ilgili bkz. Oğuzman/Öz, s. 66; İhtimalî kast yoluyla sorumluluğun doğmayacağına dair karşı görüş için bkz. Andreas von Tuhr/Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. I**, Lieferung 2, Zürich, 1979, s. 428.

çekleştikten sonra kazanılan kişiliğin tüpteki safhaya yansıtılması gerekir. Kişiliğin yansıtılmasının sonucu olarak tüpteki embriyo, cenin aşamasındaki gibi sağ ve tam doğum geciktirici şartına bağlı olarak mirasbırakana yasal mirasçı olur.

4- Unutulmamalıdır ki, hukukumuzda eşlerden birinin ölümü halinde evlilik sona ereceğinden dondurulmuş embriyoların yok edilmesi gerekir. Fakat sağ kalan eş veyahut diğer etmenler nedeniyle tüpteki embriyonun anne rahmine implante edilmesi ve doğumu sağlanırsa, çocuğun üstün yararı ilkesi gereği tüpteki embriyonun yasal mirasçılığı kabul edilmelidir.

5- Ölümünden itibaren 300 gün içinde doğum gerçekleşirse babalık karanesiyle, 300 günden sonra gerçekleşirse babalık davası yoluyla soybağı kurulmalı ve soybağının hükmü gereği çocuk yasal mirasçı sıfatını kazanmalıdır. Tüpteki embriyo, kocanın ölümünden sonra anne rahmine nakledilerek her ne kadar hukuka aykırı bir uygulama ile dünyaya gelse de, bir zamanlar evli olan çiftin çocuğu olma özelliğini kaybetmemektedir. Aksi bir değerlendirme halinde, ölen eş ile sağ kalan eşin daha önceden dünyaya gelen çocukları ile söz konusu çocuk arasında mirasçılık açısından eşitlik ilkesine aykırılık doğar.

6- Sperm sahibinin ölümü anında tüpte döllendirilmiş bir embriyonun bulunması önemlidir. Aksi halde dondurulmuş sperm, sperm sahibinin ölümünün ardından döllendirilirse, ölüm anında ortada henüz potansiyel bir insan adayı olmadığından kişiliğin yansıma etkisinden bahsetmek güçtür. Fakat çocuğun üstün yararı ilkesi gereği, kocanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babasının ölen koca olduğuna dair babalık karanesi burada da işletilmeli ve sperm sahibinin ölümünden sonra döllenme gerçekleşse bile çocuk yasal mirasçı olabilmelidir.

7- Mirasbırakanın ölümü sırasında tüpteki embriyonun varlığı, mirasın paylaşılmasını ertelememelidir. Çünkü henüz anne rahmine implante edilmiş ve canlılığı aktive edilmiş bir embriyodan söz edilemeyeceği gibi bu ihtimalin gerçekleşeceğine dair belirsizlik vardır. Miras paylaşımının bu belirsizlikten etkilenmemesi daha doğru yaklaşımdır. Miras paylaşımından sonra tüpteki embriyonun tam ve sağ doğumu gerçekleşirse, diğer mirasçılara miras sebebiyle istihkak davası açması ve miras payını elde etmesi mümkündür.

8- Homolog döllenme yoluyla elde edilmiş embriyonun mirasbırakanın ölümünden sonra anne rahmine nakli nedeniyle diğer mirasçıların miras payında azalmalar meydana gelir. Yani diğer mirasçılar bu işlemde zarar görür. Azalan miras payları nedeniyle uğradıkları zararı anneden veya işlemi gerçekleştiren hekimden talep edebilmeleri tek şartla mümkündür. Bu şart ise, TBK m. 49/2'de düzenlenen zarar verme kastı ile ahlaka aykırı fiilin işlendiğinin ispatlanmasıdır.

9- Tüpteki embriyo ile ceninin yasal mirasçılığı arasında iki önemli fark bulunmaktadır. Birinci fark şudur ki, cenin, geciktirici şartla bağlı olarak miras hakkına

sahip iken, tüpteki embriyo, yaşam hakkı aktive edilemeden mirasçılık sıfatına sahip olmaz. İkinci fark şudur ki, ceninin varlığı, mirasın paylaşılmasını ertelerken, henüz anne rahmine nakli belirsiz olan tüpteki embriyonun mirasın paylaşılmasını ertelemesi söz konusu değildir.

## KAYNAKÇA

- Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Karaman, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Altunkaya, Mehmet, “Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi”, **IMGB, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2007, s. 98-118.
- Arpacı, Abdülkadir, **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Aydın Ünver, Tülay, **Cenin Hukuki Konumu**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Benshushan, Abraham / Schenker, Joseph G., “The Right to an Heir in the Era of Assisted Reproduction”, **Human Reproduction**, 1998, Vol. 13, No. 5, s. 1407-1410.
- Broekhuijsen-Molenaar, A.M.L., “The Legal Status of the Embryo in Vitro”, **Council of Europe, Third Symposium on Bioethics: Medically-Assisted Procreation and Protection of the Human Embryo**, Strasbourg, 15-18 December, 1996, CDBI/SPK (06) 17.
- Büyükcay, Yusuf, “Hekimlerin Embriyo Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009.
- Çoban, Aykut, “İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü”, **Toplum ve Bilim**, No: 109, 2007.
- Damschen, Gregor / Schöneker, Dieter, **Der moralische Status menschlicher Embryonen**, De Gruyter Studienbuch, Berlin, 2002.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku C: II, Kişiler Hukuku**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut, **Türk Özel Hukuku C: IV, Miras Hukuku**, 8. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- Gemalmaz, Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Hatemi, Hüseyin / Oğuztürk, Kalkan Burcu, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Hatemi, Hüseyin, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E., **Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- Hochreuter, Stefanie, **Die Problematik des Embryobegriffs und der Referenzkategorie “Mensch”**, Breyer Verlag, 2008.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan, **Miras Hukuku**, 8. Bası, Der Yayınları, 2011.

- İnan, Ahmet N. / Ertaş, Şeref / Albaş, H., **Miras Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu, **Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Keskin, Dilşad, "Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1-2, 2013, s. 743-774.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Charles P. Kindregan Jr., "Dead Dads, Thawing an Heir from the Freezing", **William Mitchell Law Review**, 2009, Vol. 35, Issue 2, s.432-448.
- Kurt, Leyla Müjde, "Cenin Mal Varlığı Hakları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2 Sayı:1, 2011, s. 177-207.
- Mannsdorfer, Thomas M., "Rights of Embryo and Fetus in Private Law", **Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé**, Zurich 2002, s. 515-554.
- Nomer, Haluk N., "Sunı Döllenne Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", **M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 545 – 594.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Özer Taşkın, Özden, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006.
- Özsunay, Ergun, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. Bası, İstanbul, 1982, (Gerçek Kişiler).
- Özsunay, Ergun, "Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", **Bülent Davran'a Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 1-58, (Hayatın Başlangıcı).
- Özsunay, Ergun, "Rights of Embryo and Foetus in Private Law", **Convergence of Legal Systems in the 21st Century, General Reports Delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law**, Brisbane, Australia, 14-21 July 2002, Extrait, Bruxelles 2006, s. 1274-1413, (Embryo).
- Özsunay, Ergun, "Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin'in Hukuksal Durumu ve Korunması", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu**, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s. 129-149, (Uluslararası Belgeler).
- Schenker, Joseph G., "Assisted Reproduction Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects", **Human Reproduction Update**, 1997, Vol. 3, No. 2, s. 173-184.
- Schwenzer, Ingeborg, **Bassler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, 3. Auflage, Base-Genf-München, Helbing & Lichtenhahn, 2006.

- Serozan, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1997, Yıl: 11, No: 14, s. 93-123, (Kişilik Hakkı).
- Serozan, Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, (Çocuk Hukuku).
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkyay, **Miras Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Schockenhof, Eberhard, **Ethik des Lebens, Grundlage und neue Herausforderungen**, Herder Verlag, Freiburg-Basel\_Wien, 2009.
- Smith II, George P., “Australia’s Frozen ‘Orphan’ Embryos: A Medical, Legal And Ethical Dilemma”, **Journal of Family Law**, 1985-1986.
- Steinbock, Bonni, “The Morality of Killing Human Embryos”, **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, Volume 34, Spring 2006.
- Sungurbey, İsmet, **Medeni Hukukun Temel Sorunları**, İstanbul, 2002.
- Velidedeolu, Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku**, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963.
- von Tuhr, Andreas /Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. I**, Lieferung 2, Zürich, 1979.
- Yargıtay Kararları Dergisi**, Yıl: 1986, S: 11.
- Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre, **Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Medeni Hukuk**, Ankara, 2008.



# ROMA HUKUKUNDA TOPRAK SİSTEMİ VE TARIM REFORMU GİRİŞİMLERİ

## (Roman Ground System and Land Reform Attempts in Roman Law)

Doç. Dr. Murat AYDOĞDU\*

### ÖZET

Roma toprak sistemi hukukun hemen her alanında olduğu gibi toprak hukuku sistemimize de etki eden unsurlar içermektedir. Bu nedenle günümüzde yapılan toprak reformlarının ve toprağın bölünmesini engellemeye yönelik önlemlerin daha iyi anlaşılabilmesi için Roma toprak sisteminin incelenmesi özel önem arz eder. Roma'da ilk dikkat çekici unsur, Roma'daki toprak reformuna yönelik çabaların Tiberius kardeşlerin hayatına mal olmasıdır. Günümüzde de toprakla ilgili her çaba benzer tepkilerle karşılaşmaktadır. Roma'daki toprak reformuna yönelik çabaların iyi anlaşılması, günümüzdeki çabalara da ışık tutacak niteliktedir.

**Anahtar kelimeler:** Roma toprak sistemi, toprak reformu, toprağın bölünmesi, arazi hukuku, toprak hukuku.

### *Abstract*

Roman ground system contains elements which effects real property law. For this reason, in order to understand land reform and prevention of a land division, one should examine the Roman ground system. The first remarkable element in Rome is, land reform attempts caused the death of Tiberius siblings. Nowadays, each attempt which is about land reform encounters similiar reactions. A better understanding of the land reform attempts in Rome will help to enlighten todays attempts.

**Keywords:** Roman ground system, land reform, land division, real property law, land law.

### GİRİŞ

Roma toprak sistemi hukukun hemen her alanında olduğu gibi toprak hukuku sistemimize de etki eden unsurlar içermektedir. Bu nedenle günümüzde yapılan top-

---

\* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

rak reformlarının ve toprağın bölünmesini engellemeye yönelik önlemlerin daha iyi anlaşılabilmesi için Roma toprak sisteminin incelenmesi özel önem arz eder. Roma'da ilk dikkat çekici unsur, Roma'daki toprak reformuna yönelik çabaların Tiberius kardeşlerin hayatına mal olmasıdır. Günümüzde de toprakla ilgili her çaba benzer tepkilerle karşılaşmaktadır. Roma'daki toprak reformuna yönelik çabaların iyi anlaşılması, günümüzdeki çabalara da ışık tutacak niteliktedir.

### Roma Hukukunda Toprak Sistemi ve Tarım Reformu Girişimleri

Roma cumhuriyet tarihinde "Tiberius Sempronius Gracchus" çocukları olan "Tiberius Gracchus" ve "Caius Gracchus", hayatlarına mal olan ilk toprak reformunu yapmaları itibariyle önemli bir yer edinmiştir<sup>1</sup>.

M.Ö. 753 yılında Romulus tarafından kurulduğu kabul edilen Roma imparatorluğu'nda<sup>2</sup> ilk önceleri bugünkü anlamıyla mülkiyet değil de hakimiyet kurmaya yönelik "manus (el)" kelimesinden türetilen "mancupium" kelimesi kullanılmaktaydı. Daha sonraları Cumhuriyet döneminde "dominium" ve "proprietas" kelimeleri kullanılmaya başlanmıştır<sup>3</sup>. Özellikle M.S. III. yüzyılda "proprietas" terimi "eyalet arazisi" (provincia) mülkiyetini ifade etmiştir. M.S. V. yüzyılda (özellikle Justinianus kanunlarında) ise bu terim eşya mülkiyetini ifade etmek üzere kullanılmıştır<sup>4</sup>. Romanın ilk kurulduğu dönemde, her aileye eşit toprak dağılımı esası geçerliydi. Zamanla fethedilen toprakların artması ve özellikle verimli olan toprakların Roma kamu toprağı (ager publicus) sayılması sonucu, büyük işletmelerin (latifundium<sup>5</sup>) sayısı artmış, zengin olanlar (patricius'lar, aristokratlar) küçük toprak sahibi ailelerin

<sup>1</sup> Bazı kaynaklarda, "Tiberius" için babasının adı kullanılır. Oysa biz o dönemi en iyi (ilk ağızdan) anlatan PLUTARKOS'un değindiği gibi, "Tiberius Sempronius Gracchus"u, toprak reformunu yapan Tiberius'un babası olarak nakletmeyi uygun görüyoruz. Bk. PLUTARKOS, s.1.

<sup>2</sup> Aslında Roma tarihi üç döneme ayrılır. 1) Krallık (M.Ö.753-M.Ö.510, Regnum), 2) Cumhuriyet (M.Ö.510-M.Ö.27, Res publica), 3) İmparatorluk (M.Ö.27-M.S.565). Bu sonuncu dönem ise ilk İmparatorluk dönemi (Prinzipatus, M.Ö.27-284) ve son ilk İmparatorluk dönemi (Dominatus, M.Ö.284-565) olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu anlamda M.Ö.753 tarihinde kurulan Roma Krallığı'dır denilebilir. Bk. HAUSMANINGER/SELB, s.3; KASER, Röm.Recht, s.1 vd.; KASER, Geschichte, s.74 vd.; LEE, s.3 vd.; LIEBS, s.17 vd.; MAYER-MALY, s.9; SÖLLNER, s.17; WALDSTEIN/RAINER, s.2; SCHWIND, s.6 vd. ile s.50 vd.; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s.2.

<sup>3</sup> Bu kavramların anlamı için bk. BERK, s.4 vd. ile s.39-40; TAHİROĞLU, s.10 vd.; ERDOĞMUŞ, s.36 vd.; HAUSMANINGER/SELB, s.140; HONSELL, s.56-57; LIEBS, s.148 vd.; MAYER-MALY, s.60 vd.; MANTHE, s.19-20; SCHWIND, s.205-206; KOSCHAKER/AYİTER, s.115 vd.

<sup>4</sup> TAHİROĞLU, s.13-14 ile s.36-37; BERK, s.39.

<sup>5</sup> Bu kelime, "Latium" (büyük), "fundus" (çiftlik) kelimelerinden birleşiminden oluşmaktaydı. Bk. ÖZYÜKSEL, s.8.

(pleb'lerin) topraklarını alarak kendi topraklarını büyütmüşler<sup>6</sup>. Bu anlamda Roma toprak sistemi feodaliteye ilham kaynağı olacak bir nüve içermektedir<sup>7</sup>.

M.Ö. II. Yüzyıla kadar kamu arazisinin işlenmesi bir ihtilafa yol açmamış, bu tarihten sonra küçük çiftçiler, tahıl tarımının yerini alan hayvancılık ve mercacılık için yeterli sermayeleri olmadığından topraklarını terk edip merkeze doğru gelmeye başlamış, bu topraklara ise zengin ve nüfuzlu aileler yerleşmeye başlamıştır. Büyük savaşlarda köylü sınıfının savaşmak zorunda kalması ve topraklarını terk ederek savaşta ölümü, çok sayıda arazinin sahipsiz kalmasına ve bunlara da zengin kişilerin el koymasına yol açmıştır. Bu gibi nedenlerle baba hakimiyetine dayanan küçük arazilere (fundus) veya aile malvarlığına (Fideicommissum)<sup>8</sup> dayalı üretim, pazar için spekülatif üretim yapabilen büyük çiftliklere veya malikanelere (latifundium) dayalı üretime dönüşmüştür. Arazi, kamu arazisi (ager publicus) ve özel arazi (ager privatus) olarak ikiye ayrılmış, ancak özel arazilerin kapsamı çok sınırlı olduğundan kamu arazileri üzerinde tarım yapılmıştır. Kamu arazisinin kuru mülkiyeti Devlete, intifa hakkı işgal edene tanınmaktaydı<sup>9</sup>.

Roma'da toprakları işleyenler veya sahip olanlar aile babası (pater familias) egemenliğine bağlı olarak aile işletmesi (heredium) şeklinde olduğundan toprakların bölünmesi diye bir sorun söz konusu olmuyor, mülkiyet veya topraklara tasarruf etme aile işletmelerine kalıyordu<sup>10</sup>. Bu nedenle toprakların bölünmesini engellemek amacıyla mirasçılara özgüleme diye bir kavram da yoktu. Sadece ailenin genişlemesi nedeniyle toprakların yetersiz kalması yüzünden daha büyük topraklara sahip olma ve yeni topraklar elde etmek amacıyla fetih yapılması ihtiyacı hissediliyordu<sup>11</sup>.

Zengin kesimin (patricius) kamu arazisi üzerinde eşitliğe aykırı şekilde geniş hakları olmuştur. M.Ö. 104 yılında tribün olan Marcus Phillippus yaptığı nüfus

<sup>6</sup> KILIÇBAY, s.11-12 ve s.23-24; ÖZYÜKSEL, s.7-9. Roma toprak sisteminin ve üretim tarzının ayrıntısı için bk. KILIÇBAY, s.9 vd. ile s.67 vd.

<sup>7</sup> Bu açıdan Feodal üretim tarzının başlangıcının Batı Roma toprak sistemi ile başlatılması şaşırtıcı değildir. Bk. KILIÇBAY, s.9 vd., özellikle s.170.

<sup>8</sup> Aile fideikommi ile daha çok bir malın aileden aileye (soydan soya) kalmasına dayalı malvarlığı (familia pecuniaque) veya vasiyet kastedilir. Temeli Roma'da olan "aile fideikommi", hukuk sistemimizde -Türk-İsviçre hukukunda- yasaklanmıştır (TMK. 372/II). Gerçekten de aile fideikommi, Roma'da da görüldüğü üzere soylu sınıfın oluşmasına ve sınıflar arası çatışmalara yol açmaktadır. Roma hukukunda aile fideikommi, güvene dayalı vasiyetnamelerle (Fideicommissum hereditatis) sağlanmıştır. Roma hukuku için bk. MANTHE, s.77 vd., özellikle s.81; KASER, Röm.Recht, s.104 vd. ile s.344 vd.; SCHWIND, s.394 vd.; KOSCHAKER/AYİTER, s.409 vd. Türk hukuku için bk. SEROZAN/ENGİN, §4, N.172.

<sup>9</sup> CİN/AKYILMAZ, s.7; GÜRİZ, s.26-27; TATAR, s.33; TAHİROĞLU, s.16-17, s.22-23 ile s.38-39; BERKTAY, s.208-209.

<sup>10</sup> Pater familias'a bağlı mirasçılık için bk. MANTHE, s.48 vd.

<sup>11</sup> CİN/AKYILMAZ, s.9-10; GÜRİZ, s.27; BERK, s.39; TATAR, s.33; TAHİROĞLU, s.11 ile s.23-24.

sayım sonrası değindiğine göre, Roma tarımsal toprakları sadece 2.000 zengin aile (patrici) arasında bölüşülmüş idi<sup>12</sup>. Bu durum çeşitli iktisadi ve siyasi çalkantılara sebep olmuş, durumu düzeltmek isteyenler bunu hayatıyla ödemiştir<sup>13</sup>. Gerçekten de bu dönemde Tiberius Gracchus<sup>14</sup>, M.Ö. 133 yılında Roma Senatosu'na halk temsilcisi (Tribunus) seçildiğinde, kimse beş yüz yıllık Roma Cumhuriyeti'nin çöküşünün başlayacağını ve yüz yıl içinde bir diktatörlüğe dönüşeceğini, Roma Cumhuriyeti'nin bitip Roma İmparatorluğu'nun başlayacağını bilmiyordu<sup>15</sup>. Tiberius, Romalı zenginlerin topraklarının belli bir kısmının alınmasını ve toprağı olmayan insanlara dağıtılmasını teklif etmiş ve tarihin bilinen ilk toprak reformunu başlatmıştı; fitilini yaktığı siyasi isyan bir cumhuriyetin sonunu getirecek ve binlerce yıl insanları etkileyecek olan bir kavram yaratacaktı, ölümü çıkarlarını tehdit ettiği senato üyesi zengin toprak sahiplerinin elinden olmuştur<sup>16</sup>. Gerçekten de Roma'da mülkiyet dağılımındaki adaletsizlik eski Yunan'dakinden daha fazla olmuştur<sup>17</sup>. Roma'da çalışma gücü kölelere dayanmakta ve köleler çok ağır koşullarda çalışmaktaydı<sup>18</sup>. Hem toprak dağılımın-

<sup>12</sup> KILIÇBAY, s.16. Ayrıca o tarihte 900.000 fakir Roma vatandaşı (pleb) ve 10.000 endüstrici ve büyük tüccar (equestrusa) bulunmaktaydı. Batı Roma'da köle nüfusu ise inanılmaz bir şekilde 21 milyon idi. Bu nedenle günde 10.000-20.000 kölenin satıldığı köle pazarları oluşmaktaydı. KILIÇBAY, s.21; ÖZYÜKSEL, s.11.

<sup>13</sup> TATAR, s.33-34; TAHİROĞLU, s.38-39; UMUR, Roma, s.37-38.

<sup>14</sup> Tiberius, M.Ö. 163 yılında etkin bir politikacı ve asker olan "Tiberius Sempronius Gracchus" ve Afrikalı Cornelia çiftinin ortanca oğlu olarak dünyaya gelir. Ailesini oldukça zengin ve "soylu" olarak tanımlamak mümkündür. Tiberius daha çocukken ölen asker babasının hatırı sayılır miktarda toprağı vardır. Babası gibi asker olarak hayata atılan Tiberius, Kartaca savaşındaki başarısı sonrasında İspanya cephesine gönderilir, ama İspanya'da işler beklediği gitmez. Ordusu İspanyollar tarafından bozguna uğrattılır. Önünde iki seçenek vardır, savaşarak ve çok sayıda kayıp vererek geri çekilmek veya İspanyollar ile barış anlaşması yaparak ordusunu kurtararak geri dönmek. Tiberius, ikinci yolu seçer, 20.000 askerinin hayatını kurtarır ve barış anlaşması imzalayarak Roma'ya geri döner ama bu insancıl tutumu, hiç bir takdirde barbarlarla barış imzalamayan Roma Ordusu'nu zayıf gösterdiği gerekçesiyle ordudan uzaklaştırılır. Bundan sonra politikaya atılır. Bu konuda bk. PLUTARKHOS, s.1-2; <http://dogu-roma.blogspot.com.tr/2012/03/tiberius-gracchus-ilk-toprak-reformu-ve.html>, et.03.08.2015.

<sup>15</sup> PLUTARKHOS, s.4.

<sup>16</sup> LEE, s.9; HAUSMANINGER/SELB, s.11; <http://dogu-roma.blogspot.com.tr/2012/03/tiberius-gracchus-ilk-toprak-reformu-ve.html>, et.03.08.2015.

<sup>17</sup> Örneğin Eski Yunan Atina'sında nüfus daha az olmasına karşın 15.000 mülk sahibi olduğu halde Roma'da 2.000 mülk sahibi olduğu bilinmektedir. Bk. GÜRİZ, s.28. Eski Yunan'daki toprak ve mülkiyet sistemi için bk. BERKTAY, s.180 vd.

<sup>18</sup> Köleler hakkındaki düşünceler ve uygulamalar çok kötüdür. Hatta en bilindik düşünürler (Aristo, Platon gibi) bile köleler hakkında olumsuz düşünüyordu. Örneğin Aristo, köleleri insan değil bir eşya, canlı alet olarak görmekte, onların doğuştan köle olduğunu belirtmektedir. Keza Varro, M.Ö. I. Yüzyılda köle sahipleri için yazdığı tarım el kitabında, aletleri üçe ayırmakta, köleleri çalışma gücü olan aletler sınıfına sokmakta, Çiçero'da aletleri sesli ve sessiz (instrumentum mutum ve instrumentum vocale) olarak ikiye ayırarak köleleri sesli alet olarak nitelendirmektedir. Tarihçi Plutarchos da "köleleri yönetme sanatı" hakkında yazdığı kitapta benzer düşünceler ileri sürmektedir. Bk. BERKTAY, s.219-220.

daki adaletsizlik hem de kölelere yapılan kötü muameleler, zaman zaman kölelerin<sup>19</sup> de katıldığı isyan ve ayaklanmalara yol açmıştır<sup>20</sup>.

M.Ö. 133 yılında halk Meclisine “Tribunus” olarak seçildiğinde, savaşlarda kazanılan, sözde devlete ait ama aslında senato üyesi zengin toprak sahiplerince kullanılan arazilerin toprak sahibi olmayan fakir insanlara belli kurallar çerçevesinde dağıtılmasını öngören bir yasa teklifi getirir (“Lex Sempronia Agraria” kısaca “Lex Agraria”) ve yapılan oylamada bu teklifi halk Meclisinin (consilium plebis)<sup>21</sup> büyük desteğiyle kabul edilir<sup>22</sup>. Bu yasaya göre, bir vatandaş 125 hektardan (Roma ölçüsüyle 500 “iugura”dan) daha fazla toprağı mülk edinmezdi<sup>23</sup>. Bunun üzerindeki topraklar her biri 71/2 hektarlık küçük çiftlikler halinde toprakları olmayanlara dağıtılacak, bu topraklar bölünemeyecek ve satılamayacak, işlemesi babadan oğla geçecekti<sup>24</sup>. Bu amaçla üç kişiden oluşan bir komisyon kurulacaktı. Askerler de Tiberius’u desteklemektedir, uzun yıllar süren seferlere giden askerlerin toprakları yokluklarında zengin toprak sahipleri tarafından işgal edilmekte, askerler İtalya’ya geri döndüklerinde topraksız kalmaktadır; Tiberius’un yasası onları toprak sahibi yapmaktadır. Halkta büyük sevinç yaratan bu yasa devletin sahibi görünen toprak sahibi senatörlerin hiç hoşuna gitmez. Her geçen gün Tiberius’un arkasındaki halk desteği artarken, Devlet içinde düşmanları da aynı hızla artar. Tiberius’un başını çektiği reformistler ve yine Tiberius gibi bir parti lideri olan “Marcus Octavius”un başını çektiği muhafazakarlar

<sup>19</sup> Roma’nın gücü, asıl olarak fethedilen topraklara ve burada elde edilen esirlerin köle olarak sayılmasından gelmekteydi. Ancak zamanla anlaşıldı ki köleler çok verimsiz çalışmakta ve toprağı tam anlamıyla verimli olarak işlemekten uzaktılar. Roma’yı köleci uygarlığın doruğı olarak tanımlayan görüş için bk. BERKTAY, s.196 vd.

<sup>20</sup> En bilinen ayaklanma, köle Spartacus’un M.Ö. I. yüzyılda (71 yılında) çıkardığı ayaklanma olarak kaydedilir. Bk. GÜRİZ, s.28. Bu ayaklanmanın bastırılmasıyla binlerce köle çarımına gerilir. Bk. ÖZYÜKSEL, s.17. Çarımına gerilen köle sayısının 6.000 olduğu görüşü için bk. BERKTAY, s.222-223.

<sup>21</sup> M.Ö. 753 yılında Roma kurulduğunda iki sınıf bulunuyordu. Halk (plebs) ve soylular (patricius). Her türlü seçme seçilme, ticaret yapma vb. vatandaşlık hakkı soylulara aitti. Varlıklı kesimin kurduğu Senato (senatus) ülkenin tüm kararlarını alma hakkına sahipti. M.Ö. V. Yüzyıl başlarında Roma’da Cumhuriyet dönemine geçildiğinde sınıfsal farklılığa karşı çıkmalar artmış, sonunda soyluların kabulüyle plebsler de on temsilciden oluşan kendi meclislerini (concilium plebis) kurmuştur. Bu Meclise seçilen temsilcilere ise “Tribini plebis” veya “Tribunus” denmekteydi. Bk. LEE, s.3; KASER, s.31 vd.; PLUTARKHOS, s.2-3; HAUSMANINGER/SELB, s.4-5 ve s.7; MAYER-MALY, s.10 vd.; MANTHE, s.11 vd.; WALDSTEIN/RAINER, s.20-21 ve s.3; UMUR, Roma Tarihi, s.82; CİN/AKYILMAZ, s.7-8; TÜRKOĞLU, s.273-274, dn.79-80; TAHIROĞLU/ERDOĞMUŞ, s.8 ve 12.

<sup>22</sup> PLUTARKHOS, s.3 ve 5; TAHIROĞLU, s.39; UMUR, Roma, s.37; YELÖZER, s.18.

<sup>23</sup> PLUTARKHOS, s.5. Bununla birlikte BERKTAY, daha farklı rakamlar vermektedir. BERKTAY’a göre, çok önce, M.Ö. 367 yılında çıkarılan bir başka Yasayla, bir yurttaşın 500 akr’dan (yaklaşık 2200 dönüm) fazla kamu toprağı edinmeyeceğı kabul edilmiş, Tiberius ise bu Yasayı tekrar canlandırmak amacıyla M.Ö. 133 yılında, özel kişilerin eline geçmiş 500 akr üzerindeki kamu topraklarının alınarak hür vatandaşlara dağıtılmasını teklif etmiştir. Bk. BERKTAY, s.205 ve s.221-222.

<sup>24</sup> PLUTARKHOS, s.5.

olarak senato ikiye bölünür. Tiberius, Octavius'u veto hakkını suistimal ettiğini öne sürerek muhafazakar partinin başından uzaklaştırmayı başarır<sup>25</sup>.

Tiberius bir yıllık görev süresinin sonunda aslında yasak olmasına karşın tekrar seçilmek için Roma'nın işgal ettiği Bergama Krallığı'ndan gelen savaş ganimetini; toprak reformunu finanse etmek amacıyla kullanmayı, askerlik süresini kısaltmayı, sadece senatörlere ait olan davalarda juri olma hakkının herkese tanınmasını ve işgal edilen topraklarda yaşayan ve vatandaşlık hakkı olmayan "yabancı"ların Roma vatandaşlığına kabulünü öneren yasa tasarılarını da senatoya sunmayı vaat eder. Eğer tekrar seçilirse Tiberius'un reformları toprak reformuyla sınırlı kalmayacaktır, başka konularda da demokratikleşme vaat etmektedir<sup>26</sup>. Tarım yasasının çıkarılmasından bir yıl sonra, Tiberius'un Tribunus seçilmesi amacıyla oylamasının olduğu gün (M.Ö.132) senatoda olağandışı bir gerginlik vardır. Senatörlerden biri, Tiberius'un kendini tiran (zorba kral) ilan ettirmek istediğini haykırınca ortalık karışır, çıkan arbedede dışarıda bekleyen taraftarlarına rağmen senatonun içinde toprak sahibi muhafazakar senatörler tarafından dövülerek öldürülür. Ölümünün hemen ardından Senato tarafından çıkarılan bir karar (senatus consultum ultimum) tüm Senato yetkileri bir kişiye altı aylığına (Dictator'a) devredilir<sup>27</sup> ve Tiberius yandaşları da (yaklaşık 300 kişi) kurulan mahkemelerde yargılanarak ölüm cezasına çarptırılır; ancak yasaları yürürlükte kalır. İlginçtir ki Tiberius'un toprak reformu için kurduğu komisyonun başına kardeşi Gaius geçer<sup>28</sup>. Ölümünden yaklaşık on yıl sonra kardeşi Gaius, Tiberius'un açtığı yoldan ilerler ve reformlara devam etmek ister ama Onun da sonu ağabeyi gibi olur ve zengin toprak sahipleri tarafından öldürülür. Gerçekten ağabeyi Tiberius'un öldüğü (M.Ö. 132) seneden yaklaşık on yıl sonra (M.Ö.123), Tribunus olarak seçilen Gaius, yasak olmasına karşın özel bir yasayla iki defa üst üste seçilmiş, halkı kendisine çekmek için tahıl yasası (Lex frumentia), vergi ve adalet sistemini düzelten

<sup>25</sup> Bunu senatonun bir toplantısında herkesin önünde, biraz da zor kullanarak yapar; bu trajik ve önemli olayın oldukça detaylı bir anlatımı, Octavius'un gözyaşları içinde, arkasında zengin senatörlerle kürsüyü terk edişini, Tiberius'un hayatını yazmış yunan tarihçi PLUTARKOS'un "Hayatlar" adlı kitabında bulunabilir. Bu kitap için bk. PLUTARKHOS, Gracchus Kardeşler, Çev. Sema SANDALCI, İstanbul 2001, özellikle s.33 vd. Ayrıca bk. UMUR, Roma, s.37-38; <http://dogu-roma.blogspot.com.tr/2012/03/tiberius-gracchus-ilk-toprak-reformu-ve.html>, et. 03.08.2015.

<sup>26</sup> <http://dogu-roma.blogspot.com.tr/2012/03/tiberius-gracchus-ilk-toprak-reformu-ve.html>, et. 03.08.2015.

<sup>27</sup> Tarihte Diktatörlüğün aslında bir meclis kararına dayanarak kurulan Roma'daki olağanüstü dönemleri ifade ettiği görülmektedir. Ünlü Julius Sezar'ın (M.Ö. 100-44) da Roma'da bu yolla iktidara geldiği bilinir. Altı ay boyunca hiç kimse Diktatörün emirlerine karşı gelemmez, süre bitince görev sona erer ve Senato yetkiyi tekrar ele alırdı. Bu konuda bk. UMUR, Roma, s.38; UMUR, Roma Tarihi, s.82-83; WALDSTEIN/RAINER, s.32-33; HAUSMANINGER/SELB, s.11; TAHIROĞLU/ ERDOĞMUŞ, s.2 ve s.18-19, dn.32.

<sup>28</sup> TOZAN, s.26. Bazı kaynaklarda Gaius'un komisyon üyesi olduğu, ancak Komisyona Tiberius'un kayınpederi olan Licinius Crassus'un geçtiği söylenir. Bk. YELÖZER, s.19-20.

yasalar çıkarmıştır<sup>29</sup>. Tahıl yasasına göre Roma halkı buğdayı pazar fiyatından daha ucuza alabilecekti. Ancak onun da sonu ağabeyi gibi olmuş, sadece iki yıl sonra M.Ö. 121 yılında üçüncü defa seçilmek istendiğinde, toprak sahibi senatörler tarafından Senato'da çıkartılan karışıklıkta yandaşlarıyla (yaklaşık 3.000 kişiyle) birlikte katledilmiştir<sup>30</sup>. Gracchus kardeşler tarafından köylülere dağıtılan topraklar, M.Ö. 111 yılında özel mülk haline getirilerek satma yasağı kaldırılmış, fakir halk toprağını zengin kesime (patricius'lara) satmaya başlamış ve yine aynı durum gerçekleşmiş, geniş topraklara (latifundium'lara) sahip kesim artmıştır<sup>31</sup>. Tiberius'un başlatmış olduğu toprak reformu denemesi, kurduğu kolonilerle ve yayılmacı politikasıyla inanılmaz bir büyüklüğe ulaşmış, dev ülkeleri ve onun yarattığı büyük gelirleri hala bir küçük şehir-devlet'in yasalarıyla yönetmeye çalışan Roma Cumhuriyeti'nin ve Senatosu'nun sonunu getirmiştir. Tiberius'un başlattığı hareket toplu bir huzursuzluğa ve yaklaşık yüz yıllık bir iç savaşa sebep olmuş, Cornelius Sulla ve Gaius Julius Sezar gibi askerler, darbelerle senatoyu feshetmişler ve en nihayetinde Gaius Julius Augustus 1453 yılına kadar sürecek Doğu Roma imparatorluğunu ilan etmiş ve geri dönmeyecek biçimde kurumsallaştırmıştır<sup>32</sup>.

### Kısaltmalar

AÜDTCF-TB	Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi- Tarih Bölümü
e.t.	erişim tarihi
İÜ	İstanbul Üniversitesi
M.Ö.	Milattan Önce
M.S.	Milattan Sonra
vd.	ve devamı (diğerleri)

### KAYNAKÇA

- BERK, Z.Bengi : Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Kazanılması, Ankara 2012.
- BERKTAY, Halil : Kableden Feodalizme, İstanbul 1983.
- CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül : Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995.
- ERDOĞMUŞ, Belgin : Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2012.
- GÜRİZ, Adnan : Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara 1969.
- HAUSMANINGER, Herbert/SELB, Walter : Römisches Privatrecht, Wien-Köln-Weimar 2001.

<sup>29</sup> Bu yasalar ve Gaius'un reformları için bk. TOZAN, s.26.-27; PLUTARKHOS, s.61 vd.; YELÖZER, s.20.

<sup>30</sup> PLUTARKHOS, s.6-7 ve s.97; UMUR, Roma, s.38-39.

<sup>31</sup> PLUTARKHOS, s.7-8.

<sup>32</sup> PLUTARKHOS, s.7-8; <http://dogu-roma.blogspot.com.tr/2012/03/tiberius-gracchus-ilk-toprak-reformu-ve.html>, et. 03.08.2015.

- HONSELL, Heinrich : Römische Recht, Berlin-Tokio 2002.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN O.: Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Ankara 2006.
- KASER, Max : Römische Rechtsgeschichte, Göttingen-Ruprecht 1986 (Geschichte).
- KASER, Max : Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, München 1989 (R m. Recht).
- KOSCHAKER, Paul /AYİTER, Kudret : Modern  zel Hukuka Giriş Olarak Roma  zel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.
- KILIÇBAY, M. Ali : Feodalite ve Klasik Dönem Osmanlı  retim Tarzı, Ankara 1982.
- LEE, R.W. : Öğrenciler İçin M. .753'ten M.S. 1948'e Kadar Roma Hukuku, Tarihi Bir Bakış, ev. Serpil ALTOP, İstanbul 2002.
- LIEBS; Detlef : Römisches Recht, Ruprecht 2004.
- MANTHE, Ulrich : Geschichte des Römischen Rechts, München 2003.
- MAYER-MALY, Theo : Römisches Recht, Wien-NewYork 1999.
- ÖZYÜKSEL, Murat : Feodalite ve Osmanlı Toplumunu, Bursa 1989.
- PLUTARKHOS: Gracchus Kardeşler, ev. Sema SANDALCI, İstanbul 2001.
- SCHWIND, Fritz : Römisches Recht, I, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts, Wien 1950.
- SEROZAN, Rona /ENGİN, Baki İlkey : Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014.
- SÖLLNER, Alfred : Einführung in die römische Rechtsgeschichte, München 1996.
- TAHİROĞLU, Bülent : Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, İstanbul 2001.
- TAHİROĞLU B./ERDOĞMUS B.: Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, İstanbul 2003.
- TATAR, Dilara Buket : Mülkiyet ve Fikri Mülkiyetin Felsefi Temelleri, Ankara 2014.
- TOZAN, Murat : Gaius Gracchus'un Politik Hedefleri ve Phrygia ile Lykaonia'nın Asia Eyaletine Bağlanması, AÜDTCF-TB, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 33, Yıl:2014, Sayı: 55 s.23-44.
- TÜRKOĞLU, Gökçe : Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı, DEÜHFD, C:11, S:2, Y:2009, s.251-289 (Basım Yılı:2011).
- UMUR Ziya : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999 (Roma).
- UMUR Ziya : Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1974 (Roma Tarihi).
- WALDSTEIN, Wolfgang/RAINER, Michael : Römische Rechtsgeschichte, München 2005.
- YELÖZER, Sera : Roma Cumhuriyet Dönemi Sınıf Mücadeleleri, Roma Tarihi Semineri, s. 1-22 (www.academia.edu/4675860/Roma\_Cumhuriyet\_D%C3%B6nemi\_S%C4%B1n%C4%B1f\_M%C3%BCadeleleri ) e.t.03.08.2015)

### İnternet kaynakları

[http://www.acikders.org.tr/file.php/102/Lectures/Not\\_10.pdf](http://www.acikders.org.tr/file.php/102/Lectures/Not_10.pdf) (e.t.03.08.2015).

<http://dogu-roma.blogspot.com.tr/2012/03/tiberius-gracchus-ilk-toprak-reformu-ve.html> (e.t.03.08.2015).



# EŞLERİN GEÇMİŞE ETKİLİ MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ YAPABİLMESİ (4722 sayılı Kanun m. 10/III)

## Spouses' Right To Make Retroactive Matrimonial Agreements (Art. 10/III of the Law No. 4722)

Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS\*

### ÖZET

Mal rejimleri, sona eren evlilik birliklerinin en önemli sonuçlarından biridir. Zira edinilen malvarlığı değerlerinin paylaşılma esaslarını belirler.

1.1.2002 tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde yapılacak mal rejimi sözleşmesi ile eşlerin kanunî mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağını kararlaştırabilmeleri yönünde hüküm ihdas edilmiştir (4722 sayılı Kanun m. 10/III). Söz konusu hüküm, lafzen yorumlandığında bu sözleşmenin bir yıldan sonra yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca ilgili hükmün mefhumu muhalifinden, geçmişe etkili kılma olanağının seçimlik mal rejimleri için geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Eşlerin, evlilikleri bitinceye kadar, edinilmiş mallara katılma rejimini 1.1.2002'den geçmişe yürütebilmeleri ve seçimlik mal rejimlerini de evliliklerinin başından itibaren geçerli olacak şekilde kararlaştırabilmeleri, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olduğu gibi, kamu düzeni ve yararı ile genel ahlâkı zedeleyen bir niteliği haiz değildir.

**Anahtar kelimeler:** Evlilik, Mal rejimleri, Geçmişe Yürüme, Sözleşme Özgürlüğü, 4722 sayılı Kanun m. 10/III

### *Abstract*

Matrimonial property regimes are one of the most important results for end of the marriage. Because it defines the principles of division of marital property.

The clause, spouses' may agree that their legal matrimonial property regimes would be effective from the beginning of the marriage with the marital property agreements made in one year time from 1.1.2002, was adopted (Art.10/III of Code No. 4722). This clause may cause misunderstanding as this agreements could not be made after one year time and same principle would not be valid for optional matrimonial property regimes.

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Spouses', until the end of their marriage, are able to retroactive the regime of participation on acquired property before 1.1.2002 and to decide optional matrimonial property regime to be effective from the beginning of their marriage. As this is a result of freedom of contract, it also does not have a characteristic to harm public order or interest and public decency.

**Keywords:** Marriage, Matrimonial Property Regimes, Retroactive, Freedom of Contract, Art. 10/III of Code No. 4722.

## GİRİŞ

Toplumun temel taşı olan aile ve ailenin oluşumunda en önemli kaynak olan evlilikler<sup>1</sup> özellikle son yıllarda ne yazık ki uzun ömürlü olmamaktadır. Örneğin 2014 yılında bir önceki yıla göre, evlenme sayısı % 0,1 azalırken (599.704 evlilik); boşanmaların sayısı % 4,5'lik bir artış (130.913 boşanma) göstermiştir<sup>2</sup>. Bu tehlikeli istatistik gelecekte toplumumuzu bekleyen önemli bir soruna işaret etmektedir.

Ülkemizde önemli bir sosyolojik olgu hâline gelen boşanma, yaşanan hukukî süreçte bazı ihtilâfları da beraberinde getirmektedir. Maddî – manevî tazminat, nafakalar, velâyet gibi sorunların yanı sıra evlilik birliği süresince edinilen malların ne şekilde paylaşılacağı daha açık anlatımla mal rejiminin tasfiyesi hukuk uygulamasının önemli meselelerinden birini teşkil etmektedir. Ayrılık kültürüne millet olarak sahip olmayışımız, evlilik içinde elde edilen malvarlığı değerlerinin bölüşümünde duygusal davranmamıza ve çözüm odaklı hareket edemememize yol açmaktadır. Ezcümle bu süreç, yargının yükünü artırmaktadır.

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) yürürlüğüne ilişkin olarak çıkarılan Kanunun m. 10/III hükmü ile eşlere, bir yıllık süre içinde yapılacak bir sözleşme ile yasal mal rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağını kabul etme imkânı getirilmiştir. Çalışmamızın esasını 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10/III hükmünün yorumu, yerindeliği ve doğurabileceği sakıncalar oluşturmaktadır. Bu çerçevede çalışmamızda, genel bir tanım yaptıktan sonra, bir yıllık sürenin durumu, seçimlik mal rejimlerinin de bu süre içinde geçmişe etkili hâle getirilip getirilmeyeceği konusunda değerlendirmeler yapılacaktır.

## I- Mal Rejimi Sözleşmesi

Konunun daha iyi anlaşılması açısından öncelikle mal rejimi sözleşmesinin ta-

<sup>1</sup> AİHM, AİHS m. 8/I'de koruma altına alınan aile kavramını evlilikten daha geniş yorumlamaktadır. Bu anlamda olmak üzere fiili birlikte yaşama koşulunun sağlanması ailenin oluşumu için yeterlidir. Bu yöndeki kararlar için bkz. *Elsholz – Almanya Davası*, 13.7.2000 T., 25735 Baş. No., 43 p.; *K & T – Finlandiya Davası*, 12.7.2001 T., 25702/94 Baş. No., 149 – 150 p.

<sup>2</sup> <www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=18628>, Erişim Tarihi, 17.8.2015.

nımı, şekli ve özellikleri hakkında kısa açıklamalar yapmanın uygun olduğunu düşünüyörüz.

### A) Tanımı

Evlilik birliğı kurulmadan önce ve/veya devam ederken eşlerin, sahip oldukları malvarlığı üzerindeki hak ve yükümlölükleri ile evlilik son bulduğunda bu değerler üzerindeki tasarrufları düzenleyen kurallar bütünü mal rejimi olarak ifade edilebilir. Mal rejimi sözleşmesi ise, uygulanacak mal rejiminin seçimi ve/veya değıştirilmesi amacıyla yönelik hukukî işlem olarak tanımlanır<sup>3</sup>. Mal rejimi sözleşmesi evlilik içerisinde veya evlilikten önce yapılabilir. Nişanlılar arasında yapılan mal rejimi sözleşmesi, evlenme geciktirici koşuluna bağı hukukî işlem olarak vasıflandırılır<sup>4</sup>.

### B) Şekli

Mal rejimi sözleşmesi, fiil ehliyetine sahip kişiler tarafından yapılabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların bu sözleşmeyi yapabilmesi yasal temsilcilerinin iznine bağıdır (TMK m. 204). Kişiyi sıkı sıkıya bağı bir hakkın kullanımı mahiyetini taşıyan bu sözleşmenin yasal veya iradî temsilci aracılığıyla yapılması mümkün değildir<sup>5</sup>.

Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra noterde düzenleme ya da onaylama şeklinde yapılabilir. Bunun yanı sıra, evlenme başvurusu esnasında hangi mal rejiminin seçildiğine ilişkin resmî memura<sup>6</sup> yazılı bildirimde bulunmak da mümkündür (TMK m.205/I). O hâlde, evlilik gerçekleştirildikten sonra mal rejimi sözleşmesi sadece noterde yapılabilir.

### C) Özellikleri

Özel ehliyet ve şekil koşullarına bağı bir aile hukuku işlemi olan mal rejimi sözleşmesi, öncelikle TMK hükümlerine (m. 203 – 205) tâbidir. Özel düzenleme

<sup>3</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ZEYTİN, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, B. 2, Ankara 2008, 36; ACAR, Faruk: **Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, B. 4, Ankara 2014, 84 vd.; OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay/TURAN, Gamze: “*Türk Medenî Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi*”, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan, s. 1079 – 1092, 1080; ALDEMİR, İpek Betül: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, Ankara 2015, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 4.

<sup>4</sup> KIRMIZI, Mustafa: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu**, Ankara 2014, 70; ŞİPKA, Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, İstanbul 2012, 17.

<sup>5</sup> (TMK m. 205-gereke). Ayrıntılı bilgi için bkz. OZANEMRE YAYLA/TURAN, 1088; ŞİPKA, 24; ALDEMİR, 7 vd.

<sup>6</sup> *Belediye başkanı veya köy muhtarı (TMK m. 134).*

olmayan hâllerde ise hiç şüphe yok ki TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır (TMK m. 5).

Mal rejimi sözleşmesi, rejim sona ermeden akdedilmelidir. Bu bağlamda, rejimin sona ermesi ile birlikte bu yöndeki düzenlemeler şekle tâbi olmaksızın yapılabılır. Daha açık anlatımla, tasfiye sürecinde eşler, ispat etmek koşulu ile diledikleri şekilde anlaşabilirler. Zira bundan sonrası, mal paylaşımına ilişkin bir süreçtir.

## II- Kanunî Mal Rejiminin Geçmişe Etkili Uygulanması

### A) Genel Olarak

1.1.2002 tarihinden önce evlenen eşler, TMK'nın yürürlüğe girdiği bu tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimini seçmedikleri takdirde kanunî mal rejimine tâbi olacaklardır. Başka bir ifade ile evlendikleri tarihten 1.1.2002'ye kadar bir önceki mal rejimi uygulanacak, daha sonra da kanunî mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olmaya başlayacaktır. Çalışma alanımızı doğrudan ilgilendirmeyen bu konu hakkında kısa açıklamalar yapmayı faydalı buluyoruz.

Hukukumuzda TMK ile giren, edinilmiş mallara katılma rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmaması yönündeki hükme (4722 sayılı Kanun m. 10/I) katılmaktayız<sup>7</sup>. Zira aksi bir tutum, devam etmekte olan evliliklerle sınırlı kalmayacak, TMK'nın yürürlüğe girmesinden önce sona eren evliliklerde de bu hükmün uygulanması gerektiği tartışmalarına yol açacaktı. Kaldı ki, devam etmekte olan evlilikler açısından da, bu duruma göre hareket edilmemesi, delil elde etmede ve yargı pratiği bağlamında karmaşık durumlarla karşılaşılmasına neden olacaktı. Bunun yanı sıra bu düzenlemede, “*kanunların geriye yürümezliği*” gibi temel bir ilkenin istisnasını oluşturacak bir durum da söz konusu değildir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi 18.9.2008 tarihinde verdiği bir kararda, 4722 sayılı Kanun m. 10/I hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğu ile hükmetmiştir<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Bu konudaki açıklamalar ve gerekçeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet: **Katkı – Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar)**, B. 5, Ankara 2014, 196 vd.

<sup>8</sup> Konu, Fatih 2. Aile Mahkemesinin ve Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesinin (Aile Mahkemesi Sıfatıyla) itiraz yoluna başvurusu neticesinde Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. İtirazların konusu 4722 sayılı Kanununun 10. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğudur. 4722 sayılı Kanununun 10. maddesinin 1. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmeden Yüksek Mahkeme gerekçesinde özetle şu ifadelere yer vermiştir: “... *yasa koyucunun takdir hakkını 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yer alan yasal mal rejimine ilişkin hükümlerin geçmişe yürümeyi gerektirecek ayrık durumlar dışında geçmişe etkili olarak uygulanmaması yönünde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.* ... *yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.*”

## B) Bir Yıllık Süre İçinde Sözleşmenin Yapılması

4722 sayılı Kanun, evlilerin isteğine bağlı olarak, kanunî mal rejiminin geçmişe etkili uygulanmasını kabul etmiştir (m. 10/III). Daha açık anlatımla, TMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenen çiftler, 1.1.2002 ilâ 31.12.2002 tarihleri arasında yapacakları bir sözleşme ile edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliğin başladığı tarihten itibaren uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu sonuca, hükümde yer alan “bir yıllık süre içinde” ibaresinden yola çıkarak ulaşıyoruz. Buradan hareketle, bir yıldan sonra (1.1.2003 tarihinden sonra) yapılan sözleşmelerle, kanunî mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanamayacağı tespiti yapmak mümkündür<sup>9</sup>. Lafzî yorum yöntemi ile ulaşılan bu sonuca katılmıyoruz<sup>10</sup>. Şöyle ki, bu imkânı belli bir süre ile sınırlamak, ERTAŞ'ın da ifade ettiği gibi eşlerin mal rejimlerini serbestçe seçebilme ilkesini ihlâl etmektedir<sup>11</sup>. Ayrıca bu bir yıllık süre, bir hakkın kullanımını gereksiz yere sınırlamak anlamına da gelmektedir. Bu hükmün konuluş amacının (*ratio legis*), en iyimser anlayışla, zaman sınırlaması koymak suretiyle evlileri bu konuda aktif davranışta bulunmaya sevk etmek olduğunu düşünüyoruz. Bu bağlamda eğer Kanun Koyucu bu bir yıllık süreyi koymamış olsa idi, “ - bugün yaparız yarın yaparız” söylemleri ile evliliğin sonuna (boşanma, ölüm, iptal vb) gelinmiş olurdu. Bir yıllık süre sayesinde hiç değılse, bunu düşünen evlilere bir motivasyon sağlanmış olacaktır.

Bir yıllık süre dolduktan sonra, geçmişe yürütme amacıyla yapılan sözleşmelerin hukukî kaderinin ne olacağı önemli bir husustur. Örneğin, 24.1.2013 tarihinde eşler, notere giderek 1990 yılında kurulan evliliklerinin başlangıcından itibaren edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmasını istediklerini ifade ettiklerinde bu sözleşme geçersiz mi sayılacaktır? Bu sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi, sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır. Şöyle ki, kanunî mal rejimi, gelir getiren bir işte çalışmayan eşin (toplumumuzda genel olarak kadının) haklarının korunması, ev işlerinde çalışması nedeniyle aileye olan katkısının dikkate alınması amacıyla getirilmiş bir paylaşım biçimidir. Evlilik içerisinde kural olarak emek karşılığı edinilen mala, eşlerin katkı

---

... yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukukî durumlar yaratması ve aynı hukukî durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir. Bu anlamda itirazı konu kuralla Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında ayırım yapan bir düzenleme getirilmediği, her iki eşe de eşit haklar tanıyan objektif hukukî durumlar yaratıldığı görülmektedir...”. Anayasa Mahkemesi 18.9.2008 T., 2006/37 E., 2008/141 K. (RG. 23.12.2008, S. 27089).

<sup>9</sup> KILIÇOĞLU, 204, 205; ZEYTİN, 37; ACAR, 85, 86; SARI Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul 2007, 39.

<sup>10</sup> Aynı doğrultuda bkz. ERTAŞ, Şeref: “*Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukukî Sorunlar*”, DEÜHFD, C. XV, Özel S., 2013, s. 915 – 932, 917; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281)**, İstanbul 2008, 226.

<sup>11</sup> ERTAŞ, 917.

değerine bakılmaksızın eşit paylaşımı esasına (TMK m. 236)<sup>12</sup> dayalı bu rejimin, çalışan tarafın (kural olarak erkeğin) aleyhine olduğu söylenebilir. Ezcümle, kanunî mal rejiminin uygulanması, kendisi aleyhine olan tarafın özgür iradesi doğrultusunda, bu rejimin yürürlüğünü evliliğin başladığı tarihe götürmesi, irade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ayrıca bu noktada kamu düzeni ile genel ahlâka aykırı bir husus söz konusu değildir. Son tâhlilde, kanunî mal rejiminin evliliğin ilk gününden itibaren uygulanacağını kabul eden anlaşma bugün dâhi yapılsa, hâkimin objektif yorum yöntemini kullanmak suretiyle bu anlaşmayı geçerli olarak kabul etmesinin adalete daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Daha açık anlatımla, kanunun uygulandığı esnadaki toplum ihtiyaçlarının yanı sıra söz konusu hüküm ile düzenlenmek istenen menfaate/menfaatlere en uygun çözümü arayan objektif yorum yöntemi<sup>13</sup> bu tür anlaşmaların geçerli kabul edilmesi konusunda hâkime yol gösterici olacaktır.

### III- Seçimlik Mal Rejimlerini Geçmişe Yürütme İmkânı

#### A) Genel Olarak

Türk Medenî Kanununun Aile Hukuku başlıklı İkinci Kitabında yer alan düzenlemeler (m. 118 ilâ 494) kural olarak emredici niteliği haizdir. Mal rejimlerine ilişkin hükümlerde de bu esas, kural olarak görülmektedir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bir örnek vermek gerekirse, “Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilirler.” hükmü (m. 221) ile TMK, iki grup malın edinilmiş mal kategorisinden kişisel mal kategorisine geçirilmesine müsaade etmiştir. Burada nisbî emredici bir hüküm vardır. Şöyle ki, miras yolu ile kazanılan ve kişisel mal olarak vasıflandırılan malların (TMK m. 220) edinilmiş mal olarak kabulü mümkün değildir. Bir başka deyişle, eşler başlangıçta yapacakları bir sözleşme ile “*evliliğimiz içinde miras yolu ile herhangi birimize kalacak mallar edinilmiş maldır ve bu şekilde tasfiyede dikkate alınacaktır.*” şeklinde bir karar alsalar, bu karar geçersiz olacak ve hüküm ifade etmeyecektir. Zira buradaki hükümler emredicidir. Birazdan inceleyeceğimiz konunun daha iyi anlaşılabilmesi için örneğimizi daha farklı bir hâle getirelim: Eşlerden herhangi birine miras yolu ile mal kaldıktan sonra, mirasçı olan eşin bu malı diğeri ile paylaşmasında herhangi bir hukukî sakınca var mıdır? Yoktur.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SARI, 102 vd.; KIRMIZI, 55 vd.; ZEYTİN, 218 vd.

<sup>13</sup> Bu yöntem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EDİS, Seyfullah: **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, B. 6, Ankara 1997, 191, 192.

## B) Geçmişe Yürüme

Eşlerin, seçimlik mal rejimlerini (mal ayrılığı, mal ortaklığı veya paylaşmalı mal ayrılığı) geçmişe etkili hâle getirip getiremeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar böylesi bir anlaşmanın, 4722 sayılı Kanuna aykırı olduğu için, geçerli olmayacağını ileri sürmektedirler<sup>14</sup>. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, bu görüşüne dayanak olarak, bu tercih nedeniyle eşlerden birinin alacaklısının zarara uğrama ihtimalini göstermiştir<sup>15</sup>. KILIÇOĞLU ise “*Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler.*” (4722 sayılı Kanun m. 10/III) hükmünün mefhum-u muhalifinden yola çıkarak mal rejimini geçmişe etkili kılma imkânının sadece edinilmiş mallara katılma rejimi için verildiğini ileri sürmüştür<sup>16</sup>. Yargıtay da, seçimlik mal rejimleri açısından geçmişe etkili sözleşme yapma imkânının olmadığı şeklinde karar vermiştir<sup>17</sup>. Konumuzu doğrudan ilgilendiren bu kararın ilgili bölümünde “... 4722 sayılı Kanun m. 10/I ve III düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde eşlerin geçmişe etkili olmak üzere sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilecekleri açıktır. Diğer bir ifade ile; eşler geçmişe etkili bir biçimde edinilmiş mallara katılma rejimi dışında gene kanunun tanıdığı başka seçimlik bir mal rejimini (mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinden birini) evlenme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere seçemez ve belirleyemezler. Dolayısı ile varsa bile; böyle bir belirleme de yok hükmünde<sup>18</sup> olup, kamu düzenine ilişkin bu sınırlama sözleşme serbestisi kurallarına dayanılarak aşılamaz...” ifadeleri yer almıştır<sup>19</sup>. Görüldüğü üzere Yargıtay da lafzî yorum yöntemini uygulamak suretiyle bu sonuca ulaşmaktadır.

<sup>14</sup> HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Aile Hukuku**, B. 4, İstanbul 2014, 81; KILIÇOĞLU, 204.

<sup>15</sup> HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, 81.

<sup>16</sup> KILIÇOĞLU, 204.

<sup>17</sup> Y. 8. HD, 13.5.2013 T., 2012/13166 E., 2013/7003 K.: ULUÇ, Yusuf: **Mal Rejimleri ve Tasfiyesi**, Ankara 2014, 458 – 460.

<sup>18</sup> Yokluk yaptırımı, kurucu unsurun olmaması olarak ifade edilebilir. Burada her ne kadar aile hukukuna özgü olsa da bir sözleşme söz konusudur. Tarafların sözleşmenin esaslı unsurları konusunda uzlaşmaları hâlinde artık kurucu unsur eksikliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu ifadenin geçersizlik/hükümsüzlük/butlan kavramlarından birisi ile zikredilmesi gerekirdi. Yargıtay da gerekçesini emredici hükme aykırılık esasına dayandırdığına göre “*yokluk*” kavramının kullanılmış olması isabetsiz olmuştur.

<sup>19</sup> Aynı kararın devamında yer alan “... *aile hukukunda; tam ve sınırsız bir sözleşme serbestisi kabul edilmemiş, tam aksine özgür iradeye dayalı sözleşme serbestisinin sınırlı olarak kabul edildiği ve kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda en büyük yasal engel de, 4722 sayılı Kanununun 10/III. fıkrası olmaktadır. Bu nedenle, somut olayda taraflar yasal edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde mal ayrılığı yapmak suretiyle sözleşmeyle seçilen rejimi geriye götürme olanağı bulunmamaktadır...*” ifadelerine ve tespitlerine de katılmıyoruz. Konumuzu doğrudan ilgilendirmemekle birlikte, hükmün amacından çıkılarak böyle bir sonuca ulaşıldığını düşünüyoruz. Şöyle ki, 4722 sayılı Kanun zaten TMK’nın yürürlüğe girmesi ile ilgilidir. Eş deyişle, TMK yürürlüğe girdikten sonra temelleri atılan hukukî ilişkiler için 4722 sayılı Kanun’dan yola çıkılarak yapılan yorumlar ve/veya tespitler yanlış olacaktır.

Yukarıdaki ilmî ve kazaî içtihatlarla katılmıyoruz. Seçimlik mal rejimlerinin de, yapılacak bir anlaşma ile geçmişe etkili hüküm ve sonuçlar doğurabileceğini düşünüyoruz. Hiç şüphe yok ki, “*kamu yararı*” ve “*kamu düzeni*” hassasiyetleri nedeniyle aile hukukunda, diğer özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak Devlete daha fazla müdahale etme yetkisi verilmiştir. Bu anlamda olmak üzere sözleşme özgürlüğü ilkesinin istisnası niteliğini haiz aile hukuku kurumlarında Devletin denetleme görev ve yetki sahası çok geniştir. Hâl böyle olmakla birlikte, buradaki emredici hükümleri dikkatle incelemek ve 4722 sayılı Kanun m. 10/I ve III hükümlerinin konuluş amaçlarını itina ile tâhlil etmek gerekir. Seçimlik mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmasının kabulünün hangi temel değeri ihlâl ettiği incelendiğinde, sadece eşlerin menfaatlerini zedeleyecek sonuçlar görülmektedir. Kaldı ki, kanunî mal rejiminin kabulü (TMK m. 202/I) de özellikle kadını korumak amacıyla getirilmiştir. Ancak burada da kanun koyucu mutlak emredici bir hüküm ihdas etmekten kaçınmış ve tamamlayıcı bir hukuk kuralı koymak suretiyle, eşlerin farklı bir mal rejimini benimsememesi hâlinde kanunî mal rejiminin uygulanacağını düzenlemiştir. Hülâsa kamu yararı ve kamu düzeni bu sözleşmeden zarar görmemektedir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için örnek üzerinden gitmenin daha isabetli olacağını düşünüyoruz. “*24.1.1990 tarihinde evlenen çiftler, 17.11.2002 tarihinde<sup>20</sup> yaptıkları bir sözleşme ile mal ortaklığı rejimini kabul ettiklerini ve bu rejimin de 24.1.1990’dan itibaren geçerli olmasını istemişlerdir. Söz konusu sözleşmede kişisel malları dışında kalan mallarının ortaklık malları olacağını ve bu mallara bölünmemiş bir bütün hâlinde sahip olacaklarını, her birinin kişisel kullanımında bulunanlar ile manevî tazminat alacaklarının yasal olarak kişisel mallarını oluşturacağını hükme bağlamışlardır.*” Tamamen özgür iradeleri ile herhangi bir irade bozukluğu (yanılma, aldatma veya korkutma) yaşamadan bir sözleşme imzalayan taraflar, mevcut mallarını mal ortaklığına sokacaklarını kararlaştırmışlardır. Bu sözleşmede yer alan hükümleri geçersiz saymak için emredici bir hükmün ihlâl edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin, 4722 sayılı Kanun m. 10/III hükmüne aykırı olduğunu iddia etmek çok zorlama bir sonuç olmaktadır. Zira eşlerin mal rejimini geçmişe yürütme olanağının sadece kanunî mal rejimine münhasır kılınması taraf iradelerinin ipotek altına alınması anlamına gelir ki, sözleşme özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi temel insan haklarının yanı sıra ahde vefa gibi temel hukuk ilkesinin ihlâli olarak yorumlanmalıdır. Ayrıca burada olumsuz etkilenen genel ahlâk, kamu düzeni veya üçüncü bir kişinin hakkı söz konusu değildir. Bu işlemde edinilecek bir malın mal ortaklığına girmesi değil, eşlerin mevcutta sahip oldukları malvarlığı değerlerini ortaklık malları olarak kabul etmeleri söz konusudur. Başka bir deyişle, bu sözleşmenin şu şekilde yorumlanması da mümkündür: Evliliğin başından sözleşmenin yapıldığı âna kadarki süreç için

<sup>20</sup> Bu sözleşme 17.11.2003 tarihinde de yapılmış olabilir. Bu konu yukarıda tartışıldığı için üzerinde durmuyoruz.



mallara dair bir tasarruf işlemi, bu tarihten sonra ise mal rejimi sözleşmesi şeklinde iki ayrı hukukî işlem olarak mütalâa etmek mümkündür. Bu perspektifle bakılacak olursa, 2016 yılında yapılacak bir sözleşme ile 2002'de evlenen çiftler evlendikleri tarihten itibaren geçerli olacak tarzda mal ayrılığı rejimi seçilebilir. Şöyle ki, ev hanımı olan eş edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması ile birlikte ekonomik açıdan avantajlı bir konum elde etmektedir. Bu durumun doğal sonucu olarak da evlilikte geçen 14 yıl boyunca da önemli kazanımlara sahip olmuştur. Bir kişi – uygulamada pek karşılaşılmamakla birlikte - kazanmış olduğu haklarından özgür iradesi doğrultusunda vazgeçebilir. Dolayısıyla ev hanımı olan eş de, mal ayrılığı rejimini evliliğinin başından itibaren geçerli olacak şekilde uygulamak suretiyle, sahip olduğu hakları terk etmiş sayılacaktır. Bu hususu malvarlığına ilişkin, ekonomik bir tercih olarak değerlendirmek gerekir. Bu hâlde malların tasfiyesi de mal ayrılığına ilişkin esaslara tâbi olacaktır.

#### IV- Çözüm

Kanunî mal rejimini geçmişe yürütebilme imkânını bir yıl ile sınırlandırmanın ve geçmişe yürütmenin edinilmiş mallara katılma rejimine münhasır kılınmasının yerinde olmadığı değerlendirilmelerinden sonra, ulaştığımız sonucun nasıl elde edilebileceği konusundaki önerilerimizi şu şekilde ifade edebiliriz.

Yapılacak açık bir kanunî düzenleme, garabet olduğunu düşündüğümüz bu hükmü ortadan kaldırarak, mevzuatımızı - bu anlamda – evrensel hukuka uygun hâle getirecektir<sup>21</sup>. Şöyle ki, gerek Alman hukukunda ve gerekse İngiliz hukukunda geçmişe etkili mal rejimi sözleşmeleri yapmak mümkündür ve bu konuda da zaman sınırlamaları getirilmemiştir<sup>22</sup>. Zira yukarıda da ayrıntılı bir şekilde ifade edildiği gibi böylesi sözleşmeler, kamu düzenini ihlâl edici niteliği haiz değildir<sup>23</sup>.

Bu hükmün iptal edilmesi bir diğer çözüm yolu olabilir. Şöyle ki, yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararında, 4722 sayılı Kanun m. 10/I hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin içtihat tesis edilmiştir. Bu bağlamda bizim çalışma konumuzu ilgilendiren üçüncü fıkra hakkında kesin hüküm söz konusu değildir. Dolayısıyla, konunun tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne gelmesinde ve Yüksek Mahkemenin bu fıkrayı Anayasa'nın "*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*" başlıklı 48/I'de teminat altına alınan "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" hükmüne aykırı bularak iptal etmesinde herhangi bir sakınca yoktur.

<sup>21</sup> HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: **Grundriss des Eherechts**, B. 4, Bern 2000, 236.

<sup>22</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SANDERS, Anne: "**Private Autonomy and Marital Property Agreements**", International and Comparative Law Quarterly, [http://journals.cambridge.org/abstract\\_S0020589310000230](http://journals.cambridge.org/abstract_S0020589310000230), 584. Erişim Tarihi 1.3.2016.

<sup>23</sup> SANDERS, 584.

Sorunu kökten çözmeye yönelik ilk iki önerimizin gerçekleşmemesi durumunda iş yargıya düşmektedir. Türk Milleti adına yargılama ve hüküm kurma yetkisini uhdesinde tutan bağımsız hâkimlerimizin amaçsal yorum yöntemini kullanmak suretiyle hükümden radikal bir sonuca ulaşmaları mümkündür. Yargıtay'ın bu konuda bizimle aynı safta yer almadığını yukarıda ifade etmiştik. Yargıtay kararlarının bağlayıcı olmaması gerçeği karşısında bu kararın emsal alınmaması – ki değerli hâkimler de bizimle aynı doğrultuda düşünür ise – arzu edilen uygulamanın hayata geçmesine imkân tanıyacaktır. Unutulmamalıdır ki bazen adalet, cesur hâkimlerin kararları ile tecelli edecektir.

## SONUÇ

Eşler arasındaki mal paylaşımında daha adil olduğu düşünülen ve bu nedenle de TMK ile kanunî mal rejimi olarak benimsenen edinilmiş mallara katılma rejimini geçmişe yürütme olanağını bir yıl ile sınırlamak hem hükmün konuluş amacına hem de genel sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırıdır. Bu bağlamda, 1.1.2002 tarihinden önce evlenen eşlerin 31.12.2002 tarihinden sonra yapacakları bir sözleşme ile kanunî mal rejimini evliliğin başından itibaren uygulayabilme imkânı tanınmalıdır.

Geçmişe yürütebilme açısından hükümde sadece kanunî mal rejiminden bahsedilmiş olması, seçimlik mal rejimleri ile ilgili olarak böyle bir işlemin yapılamaması anlamına gelmemektedir. Aksi bir anlayış, mülkiyet hakkının esasını teşkil eden tasarruf yetkisinin anlamsız bir sınırlandırılması şeklinde vasıflandırılacaktır. Ayrıca, eşler arasındaki malvarlığı tasarruflarının kamu düzeni ve yararı açısından sakıncalı bir sonucu da söz konusu değildir.

## KISALTMALAR

<b>B.</b>	Bası
<b>Bkz.</b>	Bakınız
<b>C.</b>	Cilt
<b>E.</b>	Esas
<b>HD</b>	Hukuk Dairesi
<b>K.</b>	Karar
<b>m.</b>	madde
<b>RG</b>	Resmî Gazete
<b>s.</b>	sayfa
<b>T.</b>	Tarih
<b>TMK</b>	Türk Medenî Kanunu
<b>vd.</b>	ve devamı
<b>Y.</b>	Yargıtay

## BİBLİYOGRAFYA

- ACAR, Faruk: **Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, B. 4, Ankara 2014.
- ALDEMİR, İpek Betül: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi**, Ankara 2015, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- ERTAŞ, Şeref: “*Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar*”, DEÜHFD, C. XV, Özel S., 2013, s. 915 – 932.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281)**, İstanbul 2008.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Aile Hukuku**, B. 4, İstanbul 2014.
- HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: **Grundriss des Eherechts**, B. 4, Bern 2000.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: **Katkı – Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları, Yargıtay İçtihatları, Tablolar)**, B. 5, Ankara 2014.
- KIRMIZI, Mustafa: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu**, Ankara 2014.
- OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay/TURAN, Gamze: “*Türk Medenî Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi*”, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan, s. 1079 – 1092.
- SANDERS, Anne: “*Private Autonomy and Marital Property Agreements*”, International and Comparative Law Quarterly, [http://journals.cambridge.org/abstract\\_S0020589310000230](http://journals.cambridge.org/abstract_S0020589310000230).
- SARI Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul 2007.
- ŞIPKA, Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, İstanbul 2012.
- ULUÇ, Yusuf: **Mal Rejimleri ve Tasfiyesi**, Ankara 2014.
- ZEYTİN, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, B. 2, Ankara 2008.



# ADİ İŞ / TİCARİ İŞ / TÜKETİCİ İŞLEMİ AYRIMI ve BU AYRIMIN ÖNEMİ

## (Differentiation Between Ordinary Transactions / Commercial Transactions / Consumer Transactions and The Importance of Such Differentiation)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR\*  
Yrd. Doç. Dr. Levent BİÇER\*\*

### ÖZET

Bazı konulara ilişkin olarak birden çok kanunda ve farklı yönlerde düzenleme bulunması durumunda, uyumsuzluğun çözümü için işin niteliği ve o işe uygulanacak hükümlerin seçimi büyük önem taşımakta ve bu seçime bağlı olarak, birbirinden farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Ticari iş/adi iş ayırımının temel önemi, adi işlerin başta TMK. ve TBK. olmak üzere genel hükümlere, ticari işlerin ise ticari hükümlere tabi olmasında görülür. Fakat adi veya ticari işlemin bir tarafı tüketici ise ve TKHK.'da özel düzenleme varsa, bu durumda özel hüküm olarak TKHK. uygulanacaktır.

Çalışmamızda, ticari iş, adi iş ve tüketici işlemine değinmek suretiyle bu ayırım ortaya konulacak ve daha sonra bu ayırımın sonuçları üzerinde durulacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Ticari iş, adi iş, tüketici işlemi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.

### *Abstract*

The main importance of distinction between commercial transactions and ordinary transactions is that commercial transactions are subject to the Turkish Commercial Law while the ordinary transactions are subject to the general provisions (Turkish Civil Law and Turkish Code of Obligation). But if one of the parties of a commercial or ordinary transactions is a consumer, then Consumer Protection Law shall apply. Concurrent regulation of certain issues in these Legal nature of the transaction and determination of the provisions that should be implemented is significantly important in the case of concurrent regulation of certain issues

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Kocaeli Üniversitesi İİBF. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

in these laws. In this study, we aim to study the distinction between consumer, commercial and ordinary transactions and their legal consequences.

**Keywords:** Commercial transactions, consumer transactions, ordinary transactions, Consumer Protection Law.

## GİRİŞ

Ticari iş/adi iş ayırımının temel önemi, adi işlerin başta TMK. ve TBK. olmak üzere genel hükümlere, ticari işlerin ise ticari hükümlere tabi olmasında görülür (TTK. 1). Fakat adi veya ticari işlemin bir tarafı tüketici ise ve TKHK'da özel düzenleme varsa, bu durumda özel hüküm olarak TKHK. uygulanacaktır.

Gerçekten, bazı konulara ilişkin olarak bu üç kanunun en az ikisinde ve farklı yönde düzenlemeler bulunabilmektedir. Böyle olunca, somut olayda öncelikle, hangi kanunun uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Uygulanacak hükümlerin seçimi için de öncelikle işin niteliğinin saptanması zorunludur.

Çalışmamızda, ticari iş, adi iş ve tüketici işlemi kavramları ile ölçütleri açıklanarak, bu üçlü ayırımın önemine ilişkin bazı sonuçlar üzerinde durulacaktır. TTK. ve TBK. önceki tarihli genel kanunlar oldukları, TKHK. ise, bu iki kanuna göre, daha sonra kabul edilmiş özel kanun niteliğinde olduğundan, öncelikle TKHK. hükümlerinin uygulanması gerekir (TKHK. 2; 3/1,1 ve 83/1).

Bu nedenle aşağıda, özelden genele doğru bir sıra izlenerek, tüketici işlemi kavramı ve unsurları ortaya konulduktan sonra ticari iş ve adi iş kavramlarına değinilecek, daha sonra da bu üçlü ayırma bağlı sonuçlar hakkında bazı örnekler verilecektir.

## I. Tüketici İşlemi ve Unsurları

Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma<sup>1</sup>, simsarlık, sigorta<sup>2</sup>, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere

<sup>1</sup> TKHK. yönünden taşıma hukukunun durumu konusunda ayrıntılı bilgi ve yeni bir çalışma olarak bkz. **AKSOY, Sami** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Taşıma Hukukuna Müdahalesi, BATİDER. 2015, S. 2, s. 303 vd.

<sup>2</sup> Kabukçuoğlu Özer, 6502 sayılı TKHK.'nın sigorta sözleşmelerini kapsamına dâhil etmesinin sigortalının korunması bakımından bir değişiklik meydana getirmediği, çünkü çok daha ileri ve ayrıntılı düzenlemelerin sigortacılık mevzuatında zaten mevcut olduğu, TKHK.'nın sigorta sözleşmeleri için asıl değil, ancak tamamlayıcı nitelik taşıdığı, sigorta sözleşmelerine uygulanacak temel kanunun TTK. olduğu ve bu kanunun, TKHK. hükümlerinden çok daha ileri düzeyde tüketiciyi korumaya yönelik olduğu kanaatinde. Yazar bu sonuca ulaşırken, genel işlem koşulları, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü, cayma hakkı, mesafeli sözleşme olarak yapılan sigorta sözleşmeleri, kredi kuruluşlarının sigorta yaptırması konularını ele alarak karşılaştırmak-

her türlü sözleşme ve hukuki işlemdir<sup>3</sup> (TKHK. 3/1-1). Bu tanımdan, aşağıdaki unsurlara ulaşılabilir :

### A. Karşılığı Mal veya Hizmet Edinme, Kullanma veya Yararlanma Olan Bir Sözleşme

TKHK., her ne kadar tüketici işleminden söz etmekte ise de, işlem kavramı tek taraflı irade beyanlarını da kapsadığı, oysa hükümde, satıcı veya sağlayıcı taraftan da söz edildiği için, buradaki “işlem” kavramını sözleşme olarak anlamak gerekir<sup>4</sup>.

Sözleşmenin taraflarından biri tüketici olup, ona, belirli bir bedel (ivaz)<sup>5</sup> karşılığında, mal<sup>6</sup> veya hizmet<sup>7</sup> sunulmaktadır. Bu itibarla, tüketici sözleşmeleri tam (karşılıklı) iki tarafa borç yükleyen işlemlerdir.

Bu noktada, sözleşmenin türü ve niteliği önem taşımamaktadır. Taraflardan birinin tüketici, diğerinin satıcı veya sağlayıcı olduğu her türlü sözleşme tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir (TKHK. 3/1-1). Madde gerekçesine göre de, “*tüketici işlemi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder*” şeklinde yeniden tanımlanmıştır. Böylece uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamının

---

tadır. Bkz. **KABUKÇUOĞLU ÖZER, Fatma Dilek:** Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Sigorta Sözleşmeleri, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2015, s. 436 vd.

<sup>3</sup> Hukuki işlem, bir veya birden çok kimsenin hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanıdır. Hukuki işlemler kendi arasında, işleme katılanların sayısına göre, tek taraflı, iki veya çok taraflı hukuki işlemler olarak ayrılmaktadır. Sözleşmeler, her iki tarafı da borç altına sokup sokmamasına göre de, tek tarafa borç yükleyen (bağışlama vaadi ve kefalet gibi), iki tarafa borç yükleyen ve ikiden çok tarafa borç yükleyen (örneğin şirket gibi) sözleşmeler şeklinde ayrılır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de, edimler arasında değiş tokuş ilişkisi olup olmamasına göre tam iki taraflı (satım, mal değişim, kira, hizmet gibi) veya eksik iki taraflı (faizsiz ödünç, ücretsiz vekalet gibi) olabilir. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 38 vd.; 53 vd.

<sup>4</sup> **ZEVKLİLER/AYDOĞDU,** s. 72- 73; aynı yönde **GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014, s. 9; yazar haklı olarak, şayet hukuki işlem kavramı kullanılacak ise, o zaman sözleşme kavramının fazla olacağına da işaret etmektedir. Nitekim TTK.'nın 864/5 hükmünde de, “*tüketicinin sözleşmeyi yapmasından*” söz edilmektedir.

<sup>5</sup> Her ne kadar, TKHK'nın 3/1, 1 maddesinde, vekâlet sözleşmesi açıkça tüketici işlemi olarak kabul edilmiş ise de, ücret vekâlet sözleşmesinin zorunlu ögesi olmadığından, vekâlet sözleşmelerinin tamamı değil, taraflarca ücretin kararlaştırıldığı vekâlet sözleşmeleri tüketici işlemi kabul edilmelidir.

<sup>6</sup> Mal, alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları (**TKHK 3/1, h**), ifade etmektedir.

<sup>7</sup> Hizmet ise bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu oluşturmaktadır (**TKHK 3/1, d**).

daraltan yorumların da önüne geçilmesinin amaçlandığı, kanun gerekçesinden anlaşılmaktadır<sup>8</sup>.

Eski TKHK. döneminde Yargıtay, taşıma sözleşmesi, sigorta sözleşmesi ve hayat sigortası sözleşmesini mutlak ticari dava niteliğinde oldukları için, eser sözleşmesini ise BK.'da özel olarak düzenlendiği için, TKHK.'nın kapsamı dışında tutmakta idi<sup>9</sup>. Bu uygulama, anılan sözleşmelerin taraflarından birinin tüketici olması halinde tüketici işlemi sayılacağı gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir<sup>10</sup>.

6502 sayılı (yeni) TKHK.'da, tüketici işlemlerinin (sözleşmelerinin) sınırlayıcı değil örnekleyici bir biçimde sayılarak düzenlenişi ve madde gerekçesi düşünüldüğünde, artık bu işlemlerin tüketici işlemi sayılması gerektiği<sup>11</sup> şüphesizdir (TKHK. 3/1, k, l). Özellikle TKHK. 83/2'de, "*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*" denilmesi de Kanun'un uygulama alanını, amacı aşan ölçüde genişleten bir düzenleme olarak dikkati çekmektedir.

6502 sayılı Kanun'un getirdiği koruma, sadece kapsamı (her türlü sözleşmeyi Kanun kapsamına alması) yönünden değil, ayrıca, korumanın derecesi (aşırı koruma) ve nihayet, Tüketici Mahkemeleri'nin görev alanı (her türlü sözleşmeye ilişkin yargılama yapacakları ve dolayısıyla bu mahkemelerin ihtisas mahkemesi olmaktan

<sup>8</sup> Bkz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı İle Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM. Yasama Dönemi : 24, Yasama Yılı : 3, Sıra Sayısı : 490, s. 10. "Tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların" sahibi olarak Yargıtay'ın eTKHK. dönemindeki içtihatlarının işaret edildiği ve yeni Kanun'daki bu geniş tanımlama yoluyla 11. HD'nin kararlarının yönlendirdiği uygulamanın engellenmesinin hedeflendiği tespiti için bkz. AKSOY, s. 318.

<sup>9</sup> Yargıtay 11. HD.'nin E. 5782, K. 7900, T. 15.10.1999 sayılı kararı (Karar için bkz. YKD. 2000/2, C. 26, s. 231, 232); 13. HD.'nin 18.01.2001 T., E. 2000/10656, K. 2000/197 sayılı kararı (Karar için bkz. ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 1092). Yargıtay 13. HD.'nin 29.12.2009 T., 2009/14158 E., 2009/15615 K. sayılı kararı; 28.06.2011 T., 2011/10000 E., 2011/10274 sayılı kararı; Yargıtay 13. HD.'nin 17.04.2008, 2008/4533 E., 2008/5478 K. sayılı kararı (Kararlar için bkz. KARA, İlhan: *Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s. 1008, 1013 ve 1015*).

<sup>10</sup> ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 75; ayrıca, AKSOY, s. 310, dn. 12'de anılan diğer yazarlar. O dönemde, taraflarından birisini tüketicinin oluşturup oluşturmadığı sorgulanmaksızın ve taşımanın yapıldığı ortam da fark etmeksizin, taşıma sözleşmelerinin mutlak ticari dava sayılacağı yönündeki Yargıtay 11 HD. içtihatlarından örnekler ve bunların haklı olduğuna dair değerlendirme için bkz. AKSOY, s. 311-316.

<sup>11</sup> Nitekim Aydoğdu'ya göre, 6502 sayılı Kanun'da en dikkat çekici esaslı yenilik ve değişiklik, tüketici işlemi kavramının kapsamının genişletilmesidir. AYDOĞLU, Murat: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 2, 2013, s. 6.



çıkıp adeta genel mahkemeye dönüşebileceği) yönlerinden de eleştirileri hak etmektedir<sup>12</sup>.

## B. Sözleşmenin Taraflarından Birinin Tüketici Olması Gerekir

Tüketici işlemlerinin ve dolayısıyla TKHK.'nın kapsamının belirlenmesi, öncelikle tüketici sıfatının saptanmasını gerektirmektedir. Tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişidir (TKHK 3/1-k). Tanım gereği, bu sıfatın kazanılabilmesi, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket edilmesine bağlıdır. Böylece, tüketicinin yapmış olduğu her türlü sözleşme, tipik veya atipik olduğuna ve hangi kanunda düzenlendiğine bakılmaksızın tüketici işlemi sayılmıştır. Tüketicinin yapmış olduğu sözleşmenin diğer tarafında, ticari ve mesleki amaçla hareket eden bir gerçek veya tüzel kişinin bulunması gerekir (TKHK 3/1-l); aksi takdirde yapılan işlem tüketici işlemi sayılamaz.

Görüldüğü üzere, tüketici sıfatı, tüketici işleminin (TKHK 3/1-l) saptanması açısından belirleyici bir öneme sahiptir. Karşılaştırmalı hukukta ve doktrinde, tüketici sıfatının saptanmasında değişik ölçütlere başvurulmaktadır.

Doktrinde ASLAN, tüketici kanunlarının uygulanma alanlarının belirlenmesinde, tüketici kavramına dayanan sübjektif sistemden veya tüketici sözleşmesi kavramı-

<sup>12</sup> Nitekim, Gümüş, TKHK.'nın bu düzenlemeleri ile tüketici işleminin kapsamının olması gereken ötesinde, bir tüketici krallığı kuracak şekilde son derece genişlediği kanaatinde (GÜMÜŞ, s. 9). İnal da konuya korumanın derecesi açısından yaklaşmakta ve tüketici hukukunun olması gereken çizgiden çıkarılarak, amacından saptırıldığı, küçük krediyi kullanan tüketici kavramı ile yatırımcı kavramının karıştırıldığı, Avrupa Yönergelerinin anlayışından uzaklaşıldığı, tüketici işleminin uygulama limitleri getirilmesi gerektiği, her türlü koruma ve korumacılık tedbirlerinin topluma yüksek bir bedel yüklediği, koruma tedbirlerinin maliyeti yükselttiği, tüketicinin aşırı surette korunmasının tüketiciyle sözleşme yapma imkânlarını azalttığı ölçüde tüketiciye zarar vereceği kanısına varmaktadır. İNAL, Tamer: Tüketici Hukukunda Tüketim Malı- Yatırım Malı Ayrımının Gerekliği, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2015 s. 161 vd. Atamer de, abartılı korumanın faturasının her zaman yüksek ücretlerle tüketiciye gittiğini, yapılan her müdahalenin etki analizinin yapılması gerektiğini, piyasa ekonomisinin geçerli olduğu bir ülkede ilkenin sözleşme özgürlüğü olduğunu, kural olarak tarafların sözleşmenin bütün unsurlarını ve tabi ki fiyatını özgürce belirleyebileceklerini, sözleşme özgürlüğü sayesinde arz tarafındaki çok sayıda ve rekabet içinde bulunan işletme ile talep tarafındaki bilinçli ve özerk bireyin bir araya gelerek en ideal koşulları içeren sözleşmeleri kurabilecekleri, böylesi bir piyasada sadece tarafların kazanmayacağını, aynı zamanda refahın da maksimize edildiği için toplum açısından da en iyi sonucun doğacağını, fiyata müdahaleyi gerektirecek, talep tarafında bir bilgi sorunu veya arz tarafında bir uyumlu eylem olmadığı süreçte faizin/ fiyatın yargısal yönden denetlenmesinin söz konusu olmayacağını, bir sözleşmede essentialia negotii sayılacak unsurların ve bunlar arasında kurulan dengenin yargı denetimi dışında olduğunu belirtmektedir. Bkz. ATAMER, Yeşim: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Fiyat Denetimi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul 2015, s. 6 vd. Ayrıca, bkz. "TV, C" başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalarımız.

na dayanan objektif sistemden hareket edilebileceği, TKHK'nın da sübjektif sistemi esas aldığı görüşündedir<sup>13</sup>.

OZANOĞLU'na göre ise, tüketici kavramının tanımlanmasında kullanılan ölçütler, maddi, kişisel ve işlevsel olmak üzere üçe ayrılabilir. Maddi ölçütte, tarafların gelirleri veya çeşitli sözleşme türleri; kişisel ölçütte, tarafların tacir olup olmadığı, gerçek – tüzel kişi olup olmadığı; işlevsel ölçütte ise yapılan işlemle hangi amacın gerçekleştirilmek istendiği önem taşımaktadır. Yazar, bu ölçütler arasında en fazla işlevsel ölçütün kullanıldığını da belirtmektedir<sup>14</sup>.

TKHK'nın da bu anlamda, kişisel (sübjektif) ölçüt ile birlikte yapılan işlemin hangi amaçla gerçekleştirildiğini esas alan işlevsellik ölçütünü kullandığı söylenebilir. Çünkü, tüketici tanımında, ticari veya mesleki olmayan amaç unsuru bulunduğu gibi, tüketici işleminin tanımında da, tüketicinin muhatabı olan satıcı veya sağlayıcının ticari veya mesleki amaçla hareket etmesi unsuruna yer verilmiştir<sup>15</sup>.

6502 Sayılı Kanununun 3/1-k maddesine göre tüketici, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder<sup>16</sup>. TTK'nın 864/5. maddesinde de, tüketici, “*sözleşmeyi ticari veya meslekî faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Bir kişinin tüketici sıfatını kazanması, kişinin sözleşme yaparken hangi amaçla hareket etmiş olduğunun belirlenmesine bağlıdır<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> ASLAN, ticaret hukukunun diğer hukuk kurallarından ayrılmasında, bazı hukuk sistemlerinde sübjektif sistemin yani tacirin esas alındığını, bazı hukuk sistemlerinde objektif sistemin esas alındığını, objektif sistemin faaliyeti yapan kişiyi değil, faaliyetin kendisini esas aldığını, faaliyeti tanımlayarak konunun kapsamının buna göre belirlendiğini, TTK'nın objektif sistemi benimseyerek önce ticari işlemi tanımladığını, diğer tüm kavramları buna göre düzenlediğini ifade etmektedir. Bkz. ASLAN, s. 70- 71. Oysa, Ticaret hukukunun hangi iş, ilişki ve kişilere uygulanacağı saptanırken, zamana ve mekana göre değişen dört farklı sistemin (sübjektif sistem, objektif sistem, karma sistem, modern sistem) kullanıldığı, TTK'nın bu sistemlerden modern sisteme dayandığı kabul edilmektedir. ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, N. 71 vd.; ARKAN, 3 vd.; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 9-10. Bu nedenle, Aslan'ın TTK'nın ticari işlemi tanımladığı ve diğer tüm kavramları buna göre düzenlediği görüşüne katılma olanağı bulamıyoruz.

<sup>14</sup> OZANOĞLU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 668 vd.

<sup>15</sup> Eski TKHK'da, satıcı ve sağlayıcı tanımında, ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal veya hizmet sunan kişilerden söz edilmekte iken, TKHK'da bu kişiler için ticari ve mesleki amaç yeterli görülme suretiyle, tüketici tanımında, “*ticari veya mesleki olmayan amaç*”tan bahsedilmektedir. Bu farkın önemli olduğu, böylece satıcı/sağlayıcı (girişimci) kavramının kapsamı yönünden son derece genişlediği tespiti ve örnekler ile kaynak yönergenin çevirisindeki fark konusunda özellikle bkz. GÜMÜŞ, s. 14.

<sup>16</sup> Tüketici kavramının tanımıyla ilgili doktrinde, AB hukukunda ve üye ülkelerde birlik bulunmamaktadır. OZANOĞLU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 667.

<sup>17</sup> Eşya taşıma sözleşmelerinin 6502 Sayılı TKHK. kapsamına girebilmesi için, taşıyıcı ile bu sözleşmeyi akdedenin tüketici olması gerekir. Örneğin, ev eşyası taşımalarında, gönderen, kişisel amaçlarla davranmış olacağı için, TKHK. anlamında tüketici sayılır. Eğer gönderen, tacir veya

GÜMÜŞ'e göre, tüketici olduğunu iddia eden kişi bu iddiasını ispatlamakla yükümlü olup, "satıcı ve sağlayıcı olmayan herkes tüketicidir" şeklinde bir sonuca ulaşamaması gerekir<sup>18</sup>. Tacir ve esnaf sıfatına sahip olmayan, ticari ve/veya mesleki bir faaliyeti sürekli olarak yürütmeyen bir gerçek kişinin, karine olarak tüketici kabul edilmesi ve aksini iddia edenin, bu hususu ispatla yükümlü sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Başka bir deyişle, bir kişi tüketici sıfatına sahip ise, bu kişinin yapmış olduğu sözleşmeleri de kural olarak tüketici sözleşmesi saymak ve ispat yükünü, aksini iddia eden karşı tarafa yüklemek gerekir<sup>19</sup>.

ASLAN'a göre, tüketici işleminden söz edebilmek için, hukuki işleme konu olan mal veya hizmetin, tüketici olan alıcının uhdesinde kalması, malın ticari hayata geri dönememesi, ödenen maliyetin geri kazanılamaması, başka bir malın hammaddesi veya yarı mamul maddesi olarak kullanılamaması gerekir. Bir mal veya hizmetin başka bir mal veya hizmetin girdisi olarak alınması halinde, malın fiziki varlığı tükense bile, bu mal veya hizmet tüketim amaçlı kabul edilmez. Bir kişinin ticari işletmesi ile ilgili olan her hukuki işlem ticari veya mesleki amaçlıdır. Gerçek kişiler açısından bunun istisnası olmakla birlikte, tüzel kişiler açısından istisnası bulunmamaktadır. Alıcının kullanım amacının soyut bir şekilde araştırılması yeterli değildir. Bu amaçla, özellikle ilgili malların maliyetlerinin, işletme kayıtlarına geçip geçmediğine bakmak gerekir<sup>20</sup>. Yargıtay, şirketin ticari işletmesi ile ilgili faaliyetlerde kullanmak üzere araç satın almasını, bir tüketici işlemi olarak kabul etmemiştir<sup>21</sup>.

Tacirin ticari faaliyetlerinde basiretli davranması gerektiği ilkesi (TTK 18/2),

---

esnaf niteliğinde ve örneğin, ürettiği gıda maddelerinin müşterilerine ulaştırılması için taşıyıcı ile sözleşme yapmış ise, tüketici sayılamaz. Fakat, tacir veya esnaf, arkadaşına hediye göndermek amacıyla taşıma sözleşmesi yaptığında, tüketici sayılması gerekir. Yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından da taşıyıcının muhatabı olan kişinin amacı araştırılmalıdır; gerçek kişi yolcu, çoğu halde mesleki veya ticari amaçla davranmayacağı için tüketici sayılır (nitekim bu yönde, GÜMÜŞ, s. 10). Buna karşılık, istisnaen, örneğin, bir ticaret şirketinin kendi çalışanlarını yurt dışındaki şantiyeye götürmesi için veya bir turist rehberinin gezdireceği grupla birlikte yapacağı gezi için taşıyıcı ile sözleşmesi yapması örneklerinde şüphesiz ticari veya mesleki amaç gündeme gelecektir. Bu isabetli tespit ve örnekler için özellikle bkz. AKSOY, s. 320-321. İlaveten, TTK. 19/2'nin yasal bir istisnası olarak bkz. TKHK. 51/9 (ayrıca, ileride dn. 31 ve ilgili metindeki açıklamalarımız).

<sup>18</sup> GÜMÜŞ, s. 30.

<sup>19</sup> Buradaki durum, ticaret karinesine benzetilebilir. Tacirin yapmış olduğu işler, kural olarak ticari kabul edilmekte; fakat bu kuralın, gerçek kişi tacirler yönünden iki istisnası bulunmaktadır (TTK 19).

<sup>20</sup> ASLAN, s. 5 vd. Yazara göre, alıcının soyut olarak amacının araştırılması yeterli olmayıp, özellikle, söz konusu malların maliyetlerinin işletme kayıtlarına geçip geçmediğine de bakmak gerekir. Örneğin, bir hekimin hem mesleki hem de özel amaçlarla kullanılmak üzere, tüketici kredisi talep ederek otomobil satın alması halinde, otomobilin çok yönlü kullanıma tahsis edilmesine rağmen, kredi talep eden kişi, kredi kurumuna göre zayıf durumda olması nedeniyle tüketici kabul edilmelidir (ASLAN, s. 5).

<sup>21</sup> YARGITAY 13. HD.'nin 2000/19-1255 E. 2000/1249 sayılı kararı için bkz. ASLAN, s. 4, dn. 4.

onun, tüketici korumasından yararlanmasına engel oluşturmaktadır. Bu ilke, taciri, ticari faaliyetlerinde sözleşmenin güçsüz (zayıf) tarafı olarak görmemekte ve tacirin kendi hak ve çıkarlarını koruyup kollayabilecek şekilde davranmasını gerektirmektedir. Tacirin ticari hayatla ilgili örf ve adet kurallarını bilmesinin gerekmesi (TTK. 2/3), ücret ve cezai şartın fahiş olduğu gerekçesiyle indirimini isteyememesi (TTK. 22) de bu kuralın yansımalarındandır<sup>22</sup>.

TKHK.'nın asıl korumak istediği, gerçek kişilerdir. Tüketici özel amaçlarla malı satın alan kimse olup, işlemi yaparken hangi amaçla hareket etmiş olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Burada tüketici sıfatını belirleyen onun özel amaçlarla bir malı satın almasına yönelik hareket tarzıdır. Eğer kişi ticari veya mesleki amaçlarla hareket ediyorsa tüketici sıfatını kazanamayacak ve TKHK.'nin öngördüğü korumadan yararlanamayacaktır. Günümüzde ekonomik bakımdan güçlü veya güçsüz, zengin veya fakir, eğitilmiş ya da eğitimsiz, tecrübeli ya da tecrübesiz olmanın öneminin kalmadığı iddia edilmektedir. Böylece, TKHK.'nin kime uygulanacağını tespitinde belirleyici olan ölçüt, tarafların işlemi yaparken taşıdıkları iradedir. Amaç teorisine göre tüketici, sözleşmenin zayıf tarafı olması dolayısıyla değil, işlemi yaparken hedeflediği amaç ile belirlenmektedir<sup>23</sup>.

Bu noktada kişinin tacir, serbest meslek sahibi, doktor, avukat, girişimci vs. olması önem taşımaz<sup>24</sup>. Bununla birlikte, kişinin amacının/iradesinin, dışa yansıyan görünüm ve diğer başka deliller ile de desteklenmesi gerekir.

TKHK.'da, satıcı/sağlayıcı (girişimci) karşısında, çeşitli açılardan zayıf, güçsüz ve deneyimsiz olan tüketicinin korunması amacının her zaman gerçekleştiği de söylenemez. Bu şekilde, tüketici kavramının doğmasına neden olan en önemli olgunun, her zaman göz önünde tutulamaması söz konusu olabilecektir<sup>25</sup>. TKHK.'nın

<sup>22</sup> **BATTAL, Ahmet** : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 319-320. Buna karşılık günümüzde, TBK.'da düzenlenen genel işlem şartlarının sadece tüketicilere değil, tacirlere de uygulanacağı kabul edilmektedir (TBK. 20- 25, TTK. 54 vd. 102 vd.; ayrıca bkz. TTK. 1530). Yargıtay 13. HD. T. 29.04.2014, E. 2014/13315, K. 2014/13503 sayılı kararında, tacire de genel işlem koşullarının uygulanacağı kabul edilmiştir.

<sup>23</sup> **OZANOĞLU**, Tüketici Sözleşmeleri, s. 59.

<sup>24</sup> **OZANOĞLU**, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 671.

<sup>25</sup> Serozan TKHK.'daki düzenlemeleri eleştirirken, *"Liberalizmin hukuki avadanlığıyla tüketim toplumunun kanayan yaraları sarılıp sağaltılamaz; tüketici etkin bir şekilde korunamaz. Serbest piyasa yanlısı bir yaklaşımla, olsa olsa, salt göstermelik, susmalık ve korkuluk bir 'hayali koruma yasası' çıkarılabilir. Pazarla bütünleşmiş (entegratif) önlemlerle değil, ancak pazarı düzeltici (korrektif) önlemlerle korunabilir tüketici. Bu arada şu gerçek asla unutulmamalıdır: Aynen işçinin ve kiracının korunması sorunu gibi, tüketicinin korunması sorunu da son değerlendirmede 'bireyin en yüksek kârı elde etmeye tek amaç bilen sermayeye karşı korunması' sorunudur. Özünde üretim araçları mülkiyetinin sosyal kaygılarla sınırlandırılması anlamına gelen bu koruma, ister istemez tüm mülkiyet ve sermaye sınırlamaları gibi, toplumun belirli bir gelişme aşamasında geçerli somut ve siyasal güç dengelerine bağlı olarak saptanır. Tüketiciciyi (sözüm ona) aslında 'Kandırma' yasası, bu bilimsel gerçeklerin en acı örneğidir."* demektedir. **SEROZAN**, Eleştirisi, s. 598.

çözmeyi başaramadığı en önemli konulardan birisi olan bu durum tüketici sıfatının belirlenmesinde, kişinin hangi amaçla hareket ettiğinin bir ölçüt olarak kabul edilmesi ve fakat kişinin ekonomik durumunun dikkate alınmamasının bir sonucudur. Kişinin ekonomik durumu, Tüketici Hukuku hakkında sahip olduğu bilgi ve tecrübe, yapmış olduğu sözleşmenin ulaştığı değer vs. unsurlar tüketici sıfatı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin kendi özel kullanımı için yat alan birisi tüketici sıfatını kazanacak; oysa ticari ve mesleki amaçlarla hareket ederek güç bela bir ticari bir araç (kamyonet) alan kişi ise tüketici sıfatını kazanamayacaktır. Bu durum belki de TKHK. gibi kabul edilmiş amacı zayıf korumak olan bir kanunun hakkaniyeti ve adaleti sağlama amacına aykırı düşmekte ve bize TKHK.’nın “*Güçsüz olan kimdir?*” sorusuna verdiği cevabın yanlış olduğunu göstermektedir<sup>26</sup>.

TKHK., tacir olan veya olmayan bir gerçek kişinin, özel amaçlarını gerçekleştirmek için yürüttüğü tüketim faaliyetleri ile bunun dışında ticari ve mesleki bir amaçla yürüttüğü faaliyetleri birbirinden ayırmaktadır. Her iki kişi grubunun da, bazen ticari veya mesleki amaçlarla ve bazen de bunun dışında kalan bir amaçla hareket edebilmesi mümkündür. Şu halde gerçek kişi tacirin bir faaliyetinde tüketici sayılması, diğer faaliyetinde ise sayılmaması mümkün olmakta ve TKHK. ticari ve mesleki olmayan amaçla yapılan işlemlerde korumayı düzenlemektedir<sup>27</sup>.

BATTAL, gerçek kişiler açısından da, ticari işletmesi ile ilgili olsa bile, tüketimin amacının iktisadi faaliyet ile ilgisinin bir ölçü olarak kullanılması gerektiğini, işletmenin faaliyet sahası ile ilgili rutin bir işlemin sözkonusu olduğu hallerde, tüketiciye ilişkin korumadan yararlanılmaması, fakat faaliyet konusu ile ilgili olmayan bir işlem sözkonusu ise bu durumda tacirin bu işlem açısından tüketici sayılması gerektiğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, uygulamada gerek Tüketici Mahkemeleri ve gerek Yargıtay’ın, gerçek kişi tacirlerin mal veya hizmet satın almaları durumunda bu hukuki işlemin, tacirin ticari işletmesi ile ilgili olup olmadığı ile ilgilenmediğini; bunu ayrıca araştırmayarak TKHK.’yı uyguladığını ve taciri korumadan yararlandırdıklarını ifade etmektedir<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Dreher, “*tüketici kavramı olmadan da tüketicinin korunmasından bahsedebileceğini, kapsamlı bir açıklama getirmeden tüketici kavramından bahsedilmesinin, hukuki erdem yolunu terk etmek olacağını, bunun da hukuki açıklık ve dolayısıyla hukuki güvenlikten sapma anlamına geleceğini belirterek, tüketici kavramını tanımlama gayretlerini eleştirmekte ve tüketici kavramının Avrupa ve Alman Hukuku sahnesindeki hayalet benzediğini*” belirtmektedir. DREHER Meinhard, Der Verbraucher – Das Phantom in den Opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 4/1997, s. 178 (OZANOĞLU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 668’den naklen).

<sup>27</sup> Kuntalp’e göre, iş veya meslekle ilgili olma veya olmama, diğer bir deyişle özel amaca özgülleme ölçütlerinin esas alınması halinde, kişinin iş ve mesleği ile ilgili olmayan veya özel amaçlara özgülünen malların “*tüketim*” bunun dışında kalan yani iş ve meslekle ilgili olan ya da profesyonel amaçlara hizmet eden malların ise “*yatırım malı*” olarak kabulü gerekecektir. KUNTALP, s. 308; aynı yönde İNAL, s. 166.

<sup>28</sup> BATTAL, Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 332.

Gerçek kişi tacirlerin yapmış olduğu işlemlerde, ticaret karinesinin görmezden gelinmek suretiyle bir sonuca ulaşılması eleştirilebilecek niteliktedir<sup>29</sup>. Çünkü, gerçek kişi tacirlerin yaptıkları işlemler kural olarak ticari iş sayılmalı, ancak tacir işlemi yaptığı zamanda bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirirse veya işin ticari sayılmasına halin icabı (somut olayın özellikleri) uygun değilse iş adi sayılmalıdır (TTK. 19). Yargıtay'ın ve Tüketici Mahkemeleri'nin tacirin yaptığı işlemi doğrudan TKHK.'ya tabi tutması TTK .19'a uygun düşmemektedir.

Tacirin tüzel kişi olması durumunda hangi amaçla hareket ettiğinin nasıl belirleneceği ve bazı işlemlerde tüketici sıfatını kazanıp kazanamayacakları sorusu akla gelebilir. Tacirin ticari olmayan bir amaçla hareket etmesi söz konusu olabilir mi? TTK. 19/1 uyarınca bir tacirin borçlarının (her türlü iş, işlem ve eyleminin) ticari olması kuraldır. Bu kural, gerçek kişi tacirlerin aksine, tüzel kişi tacirler için mutlak bir ifade ile kaleme alınmış olduğundan, bir ticaret şirketinin tüm işlemleri de ticari sayılacak ve bu şirket tüketici korumasından yararlandırılmayacaktır<sup>30</sup>; meğer ki kanda aksine bir özel hüküm bulunsun<sup>31</sup>.

Tüzel kişilerin tüketici sıfatının istisnai olması nedeniyle kamu tüzel kişileri tüketici sıfatına sahip olmamalı, buna karşılık, dernek ve vakıf gibi özel hukuk tüzel kişileri, ideal (manevi) amaçlarla davrandıkları ölçüde tüketici sayılabilmelidir<sup>32</sup>.

TKHK.'nın tüzel kişileri de tüketici olarak kabul etmesi<sup>33</sup>, doktrinde birbirinden farklı yorumların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

<sup>29</sup> Aynı yöndeki eleştiri için bkz. **BATTAL**, Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 321.

<sup>30</sup> Nitekim bkz. **ZEVKLİLER/AYDOĞDU**, s. 30; **ASLAN**, s. 7; **GÜMÜŞ**, s. 17-18. Yargıtay 13. HD'nin E. 2000/1255, K. 2000/1249 Sayılı kararı da bu yöndedir (karar için bkz. **ASLAN**, s. 7, dn. 13); ayrıca, 11. HD. T. 5.5.2014; E. 2014/1257, K. 2014/8458 sayılı, 13. HD. T. 24.12.2014, E. 2014/17865, K. 2014/41513 ve 19. HD. T. 5.7.2011, E. 1782, K. 5240 sayılı kararlar için bkz. **TUTUMLU, Mehmet Akif** : Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara 2015, s. 75-76. Karş. 19. HD'nin 6.7.1999 tarihli kararında ise tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatı taşıyabileceği sonucuna varılmıştır (karar için bkz. **ASLAN**, s. 7, dn. 12).

<sup>31</sup> Tüzel kişi tacirin istisnaen de olsa, ticari olmayan bir amaçla hareket etmesi söz konusu olabilir. Örneğin, bir sivil toplum kuruluşuna karşılıksız olarak yardımda bulunması veya çalışanlarının memnuniyetini sağlamak, motivasyonunu artırmak amacıyla mal veya hizmet satın alması durumunda, tüzel kişi tacirin de aynen, ticari amaçlarla hareket etmeyen dernek, vakıf, sendika, siyasi parti gibi tüketici olarak kabul edilebileceği ve yapılan işlemin tüketici işlemi sayılabileceği savunulabilir. Ne var ki; TTK. 19/2'nin mutlak ifadesi, yasal bir istisna hükmü bulunmadıkça, bu yoruma açık kapı bırakmamaktadır. Bu kapsamda istisnai bir düzenleme, TKHK. 51/9'da yer almakta ve ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden yararlanan tüzel kişiler de tüketici kabul edilmektedir. Örneğin, bir ticaret şirketi, çalışanlarını tatile göndermek için bir turizm şirketi ile paket tur sözleşme yaptığında tüketici sayılacak ve TKHK.'nın öngördüğü korumadan yararlanabilecektir.

<sup>32</sup> **ZEVKLİLER/AYDOĞDU**, s. 81; **GÜMÜŞ**, s. 17.

<sup>33</sup> 4077 sayılı eski TKHK'nın 3. maddesinde gerçek kişiler yanında, bir mal ya da hizmeti özel kullanımı için nihai olarak satın alan tüzel kişilerin de, tüketici sayılacağı esasının birimsendiği ifade edilmişti. Böylece dernekler, vakıflar, KİT'ler, meslek odaları ve birlikleri, üniversiteler vb. bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla satın almışlarsa tüketici sayılabilmekte idi. Gerekçede aksi belirtilmesine rağmen, 6502 sayılı TKHK., tüzel kişilerin de tüketici sıfatını taşıyabileceğini açıkça düzenlemiştir.

Bir görüşe göre, TKHK.'da yer alan tüzel kişilerin de tüketici olabileceğini kabul eden bu hükümle kanun koyucu, sadece ticari amaç gütmeyen dernek, vakıf gibi tüzel kişilerin tüketici olabileceğini ifade etmek istemiştir<sup>34</sup>. Görüş uyarınca, ticaret şirketleri, tüzel kişiliğe ve sadece tacir sıfatına sahip olan, kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir (TTK. 124). Bunların yaptıkları tüm işlemler, TTK. 19 gereği ticari olup, TKHK. kapsamı dışında tutulmalıdır. Başka bir deyişle, ticaret şirketlerinin gerçekleştirdikleri işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü onların her türlü işlemi ticari işletmeleri ile ilgili ve ticari iş niteliklidir<sup>35</sup>.

Ticaret şirketlerinin yaptıkları işlemlerin tümünün ticari sayılmasının nedeni, her türlü harcamalarını, maliyetlerine yazabilmeleri ve böylece bir şekilde ödedikleri bedelin geri dönüşümünü sağlayabilmeleridir<sup>36</sup>. Oysa tüketici işlemlerinde maliyet-

<sup>34</sup> İstanbul 1. Tüketici Mahkemesi'nin T. 10.05.2005, E. 2004/4600, K. 2005/ 433 sayılı kararında, "Bir sözleşmenin tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için kredi alanın tüketici olması ve kredinin tüketim amacı ile kullanılması gerekir. Oysa krediyi kullanan şirketin tüketici olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira krediyi kullanan şirket ticari amaçla kurulmuş ve tüm faaliyetleri ticari amaçlarının gerçekleşmesine yöneliktir. Yargıtay'ın muhtelif içtihatlarında da ticari şirketlerin tüketici kabul edilemeyeceği açıklanmıştır. Yasada tüketici olarak kabul edilen tüzel kişiler ticari amaçla kurulmayan tüzel kişilerdir. Örneğin ticari amaçla kurulmayan dernek, vakıflar yasada tüketici kabul edilen tüzel kişilerdendir. Kaldı ki, anılan vasıta şirket işlerinde kullanılan bir araçtır. Bu durumda düzenlenen sözleşmenin tarafı tüketici değildir. Ayrıca davalılar sözleşmede kefil konumundadırlar ve tüketici değildir. Ayrıca ticari veya mesleki amaç dışında kullanılmak üzere alınan mal da yoktur. Bu bilgilere göre, bu sözleşme tüketici kredisi sözleşmesi ve bu sözleşme 4077 Sayılı Yasa kapsamında sayılmaz. Davanın genel hükümlere göre genel mahkemede çözülmesi gerekir." denilmektedir. Karar, 13 Y. HD.'nin T. 3.2.2006, E. 2005/17295, K. 2006/1165 sayılı kararıyla kesinleşmiştir. Yargıtay 20. HD.'nin T. 17.7.2006, E. 2006/17421, K. 2006/10706 sayılı kararında da, ticaret şirketlerinin tüketici olamayacağına ilişkin görüş tekrarlanmıştır.

<sup>35</sup> **ASLAN**, s. 34; **ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**, s. 81; **DOMANIÇ, Hayri**: Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, İstanbul 1988, s. 131; **İMREGÜN, Oğuz**: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2001, s. 19; **ARKAN, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005, s. 64; **BAHTİYAR, Mehmet**: Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2015, s. 54; **KAYAR, İsmail**: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2006, s. 76; **KARAHAN, Sami**: Ticari İşletme Hukuku, Konya 1998, s. 52. Tuna, tüzel kişi tacirin bir dernek dahi olsa adi işinin olamayacağını belirtmektedir. **TUNA, Ergun**: Ticari İşletme Hukuku Cilt I, Ticari İşletme, İstanbul 1993, s. 15.

<sup>36</sup> İsviçre Federal Mahkemesi tüketim ve yatırım malı ayrımına yer verdiği bir kararında bu ayrımı şu şekilde ifade etmektedir: Yatırım malı ile kastedilen, bir işletme bünyesinde ticari kullanıma özgülenen veya münhasıran profesyonel amaçlara hizmet eden mallar olup, malın bu nitelikte olduğunu belirlemede karar verici unsur, onunla para kazanılması yahut kazanılmasının gerekmesidir. Jdt 1994 II 102= ATF 118 11 150. KUNTALP'ten naklen s. 309. Danıştay 3. Dairesinin 2.6.1995 T. ve E. 1994/5008, K. 1995/1745 sayılı kararında, Savcının, "3226 sayılı Kanunun gereğine göre, Yasanın amacı mal ve hizmet üretimine yönelik yatırım malı veya kiracının kendi işletmesi için gerekli mal temini için finansman sağlamaktır. Yani bu kanunla ancak mal ve hizmet üretimine yönelik yatırım malı veya kiracının kendi işletmesi için finans sağlamaktır. Yani bu kanunla ancak mal ve hizmet üretimine yönelik yatırım mallarının bu yolla kiralanmasına cevaz verilmiştir" görüşünde olduğu belirtilmektedir. Kuntalp, Savcının bu görüşüne göre, yatırım mallarına ilişkin olarak iki türlü açıklama yapılabileceğini belirtmektedir. İlk önce bu görüşün yalnızca işletme için gerekli olan yatırım malı sayılmaları, böylece işletmeye katkısı olmayan, sadece

lerin ve bedelin geri dönüşümü söz konusu değildir.

Diğer görüşe göre, tüzel kişi tacirlerin yaptıkları bazı işlemler tüketici işlemi sayılmalıdır<sup>37</sup>. Eski TKHK. 3/e hükmü karşısında, ticaret şirketlerinin de ticari olmayan faaliyetlerinin olabileceği savunulmuş<sup>38</sup> ise de, bu görüşü savunanlar arasında tüzel kişi tacirlerin hangi işlemlerinin tüketici işlemi sayılması gerektiği, başka bir deyişle ölçütün ne olması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Ticaret şirketlerinin işletme konusu dışında yapmış olduğu bazı işlemler (örneğin, bağış yapmaları, fabrikanın işçilerini yaptıkları işe daha iyi motive etmek amacıyla bazı sözleşmeler akdetmeleri, şirketin çalışanlarının özel çıkarları doğrultusunda hareket etmesi<sup>39</sup> -eğlence, dans, bowling kulüpleri gibi- ve geziler düzenlemesi halinde, bu gezide mal ve hizmet alımı biçiminde oluşan konaklama, yemek, eğlence vb. edimlerin sunulması) ile ilgili uyuşmazlıklarda şirket tüketici kabul edilmektedir<sup>40</sup>.

işletmenin bünyesinde olmanın getireceği avantajlardan yararlanmak amacıyla işletme için alınan malların yatırım malları olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Bu görüş aynı zamanda iş ve meslekle ilgi kurmanın ne anlama geleceğini belirtmektedir. İkinci anlamı ile bu görüşün, işletme bünyesinde mal ve hizmet üretimine yönelik olan malların yatırım malı, olmayanların ise tüketim malı olduğu ifade ettiği görülmektedir. **KUNTALP**, s. 310. Karşı görüş için bkz. “*Örneğin yağlı boya satıcısı bir tacirin yüklü miktarda yağlı boya satın alması, bir otomobil lastiği toptancısının yüz adet lastik satın alması gibi işlemlerin tacirin ticari işletmesi ile ilgili olduğu açıktır. Ancak binaya çay – kahve makinesi satın alınması, işyerinin yemekhanesinde kullanılmak üzere yiyecek maddesi alınması gibi alım satımlar ticari nitelikte bir alım satım değil; tüketim amacıyla yapılan alım satım olduğundan, bu gibi sözleşmelerde şirketler tüketici addedilmelidir. Zira nihai kullanım amacı vardır. Ticari ya da mesleki bir gelir elde etme yoktur. Bu durumda korumadan sadece tüketim gayesiyle hareket eden bir ticaret şirketini mahrum etmek doğru olmayacaktır. Tacir olan ticaret şirketlerinin (TTK. m. 18) özel amaçları olmadığından, ancak iktisadi faaliyet konuları dışında yaptıkları mal ve hizmet amaçları için TKHK'nın uygulanmasında tüketici sayılacaklardır.*” **GEZDER**, Tüketicinin Korunması, s. 156 – 159.

<sup>37</sup> Poroy, ticaret ortaklıklarının tüketici sıfatını taşıyabileceği kanaatindedir. Örneğin, bir anonim ortaklık büro ihtiyacı için kırtasiye malzemesi satın alırsa tüketici olarak kabul edilebilmektedir. **POROY**, s. 524; **TAŞKIN, Mustafa**: Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı, ABD, 1997/I, Yıl: 54, s. 36. Tüzel kişi tacirin adi borç ilişkisinin bulunmaması, barınma, gıda, giyinme ve aile gibi yaratılış gereği insan olmaya bağlı ihtiyaçlarının bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Sözgelimi bilgisayar satıcısı bir tüzel kişi tacir, bir bilgisayarı, işyerinde kullanmak için de alsın, satmak için de alsın ticari iş niteliğinde bir hukuki ilişkiye girmiş sayılmaktadır. Oysa TKHK. yönünden bakıldığında, bilgisayarı kendi kullanımı için satın almışsa tüketici sayılabilecek; ancak satmak üzere satın almışsa asla tüketici olarak değerlendirilmeyecektir. Böylece tüketici tanımında yer alan “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan*” ibaresini bu açıdan değerlendirmek gereklidir (örnek ve görüş için bkz. **BATTAL**, Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 318).

<sup>38</sup> **AYDOĞDU**, s. 77.

<sup>39</sup> **KEMPER**, s. 28 (**ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**, s. 82'den naklen). Ozanoğlu özel amaç ile tüzel kişi tüketici kavramının tam anlamıyla uyumlu olmadığı, özellikle, kişisel ve ailevi kullanım ile tüzel kişilik kavramını bağdaştırmanın mümkün bulunmadığı düşüncesindedir. **OZANOĞLU**, Tüketim Sözleşmeleri, s. 72.

<sup>40</sup> **OZANOĞLU**, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 670, 18. dn. Esasen TKHK. 51/9 hükmü kısmen de olsa bu görüşün teyidi niteliğindedir.



Tüzel kişi tacirin işletme konusu dışında yaptığı, fakat dolaylı da olsa işletme faaliyetlerini kolaylaştıran veya yardımcı olan bazı işlemlerde, örneğin çay ve kahve makinesi, fotokopi makinesi, lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kapı kilidi, klima alması durumunda ticaret şirketinin<sup>41</sup> ve kamu hukuku tüzel kişilerinin, kendilerine yüklenen hizmetleri ifa edebilmek için mal ve hizmet satın alması durumunda kamu kurumlarının, bu harcamaları nedeniyle tüketici sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir.

Bazı ülkelerin kanunlarında<sup>42</sup> ve Avrupa Birliği Konseyi çeşitli yönergelerinde tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmiştir<sup>43</sup>. Eski TKHK ve TKHK bu düzenlemesi ile birlikte, Avrupa Birliği Hukukundan ayrılmaktadır. Avrupa Birliği ülkelerinde tekdüze kurallardan sayılan ve Avrupa Konseyince kabul edilen 24.07.1990 tarihli Direktifin 2. maddesinin 3. bendinde tüketiciden gerçek kişilerin anlaşılması gerektiği ("*The consumer*" means a naturel person...) belirtilmiştir. AT Komisyonunun İkinci Eylem Planı'nda ise "*Tüketici mal veya hizmet edimlerini mesleki amaçlar dışında kullanım amacıyla davranan, alım gücü az ya da çok gerçek veya tüzel kişilerdir*"<sup>44</sup> denilerek, tüzel kişiler de kapsama alınmıştır.

<sup>41</sup> **ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**, s. 82.

<sup>42</sup> Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeyle (§ 13 BGB) tüzel kişiler, tüketici kavramı dışında tutulmuştur Buna karşılık, Alman hukuk öğretisinde de, tüzel kişilerin tüketici sayılmayacağı görüşü eleştirilmekte ve tüketiciyi koruyucu düzenlemeler yapılırken, zarara uğrama olasılığı bulunan büyük sermayelerin değil, hakkaniyete aykırı bir biçimde zarara uğrama olasılıklarının sözkonusu olması gerektiği belirtilmektedir. **KEMPER Rainer**, Verbraucherschutz-instrumente, Baden- Baden, 1994, s. 28 (**ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**, s. 82'den naklen). Almanya'da 01.01.2002 tarihinden itibaren Borçlar Hukuku reformuyla yürürlükten kaldırılan Tüketici Kredileri Kanunu'nda açıkça, kredi alabilecek tüketicinin, ancak gerçek kişi olabileceği doğrultusunda (§ 1 Verbraucherkreditgesetz) hüküm vardı; fakat Tüketici Kredileri Kanunu, tamamen Alman Medeni Kanunu'na alınmıştır (§§ 491 – 506 BGB n. F.) . Tüketici Kanunu gerekçesinde açıkça belirtilmediği halde, Alman Hukuk öğretisinde tüzel kişilerin sorumluluğunun malvarlığı ile sınırlı olduğu ve aldığı krediyi ödeyemeyen tüzel kişinin bu borcu nedeniyle üyelerinin ya da ortaklarının sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği için kredi kurumlarının sürekli zarara uğrayacağı bu nedenle de, tüzel kişilerin yasa kapsamı dışında tutulduğu belirtilmektedir. Udo, Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, JCP, 2, 1978, 203, benzer bir açıklama için bkz, MARTENS Jöng, Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes, Die Bank, 1991, s. 278 – 279 (**ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**, s. 83'ten naklen). İsviçre'de, 8 Ekim 1993 tarihli Tüketici Kredileri Hakkında Federal Kanun'un 3. maddesinde de gerçek kişilerin tüketici olabilmesi kabul edilmiştir. **HAVUTÇU**, Genel İşlem Koşulları, s. 20. **POROY**, s. 524.

<sup>43</sup> Bkz. "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullar Hakkında*" 5 Nisan 1993 tarihli Konsey Yönergesi m. 2 (a), "*Tüketici Kredileri İle İlgili Üye Devletlerin Hukuklarını, Düzenlemelerini ve İdari Hükümlerini Birbirine Yakınlaştırılması Hakkında*" 22 Aralık 1986 Tarihli Konsey Yönergesi m. 2 (a); 97/17/EG sayılı Mesafeli Satış/ Sürüm Direktifi m. 2 p. 2'ye göre, "*tüketici bu Direktifin kapsadığı sözleşmelerde, sanatı, ticareti ya da mesleki dışındaki bir amaç için hareket eden herhangi bir gerçek şahıs anlamına gelir.*" Bu durum, AB politikalarına ve tüketici politikalarına ilişkin ikinci üç yıllık plana uygun değildir. **OZANOĞLU**, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 670.

<sup>44</sup> **ÖZEL**, s. 31.

Avrupa Birliği üyesi bazı ülkelerde, ender de olsa, belirli koşullar altında, tüzel kişilerin imzaladıkları sözleşmeler, yargı kararı ile genel olarak tüketici sözleşmesi sayılmıştır<sup>45</sup>.

Tüzel kişilerin borçları nedeniyle malvarlığı ile sınırlı biçimde sorumlu olmaları nedeniyle, ortakların ya da üyelerinin sorumluluğuna gidilemeyeceği, bu nedenle de, tüzel kişilerin yasa kapsamı dışında tutulması gerektiği yönündeki düşünce<sup>46</sup>, tüketici kredileri yönünden doğru olsa da, tüketici kredisi dışında diğer mal ve hizmetlerin satışları açısından doğru kabul edilemez. Böyle bir genelleme yaparak tüzel kişilerin tamamını kanunun kapsamı dışında tutmak yerinde değildir. Çünkü çoğu zaman güçlendirme, tedavi, eğitim, ekonomik destek gibi ideal amaçlarla kurulan dernek, vakıf vb. tüzel kişiler konumu ve parasal olanakları yönünden tüketici sıfatıyla korunmaya layık (üretici ve satıcı karşısında zayıf konumda) bulunabilirler. Bu bakımdan, özellikle dernek ve vakıf gibi tüzel kişilerin 4077 sayılı eski ve yeni TKHK.'da tüketici kapsamına alınarak korunmasının yerinde olduğu söylenebilir<sup>47</sup>.

BATTAL'a göre, kamu kurumlarının özel hukuk hükümlerine tabi olacak şekilde satın aldıkları mal ve hizmetler nedeniyle mağdur olabilecekleri, korunmaya muhtaç durumda bulunabilecekleri ve bu nedenle tüketici sıfatına sahip olabilecekleri düşünülebilir. Ancak, tüketici tanımında yer alan özel amaçlarla satın almak deyimindeki özel kelimesi kamusalın zıddı olarak da algılanabilir. Ayrıca, TKHK.'da satıcı ve imalatçı tanımları verilirken, kamu hukuku tüzel kişileri de açıkça kapsam içine alınmıştır. Fakat tüketici tanımında kamu tüzel kişilerine yer verilmemiştir. Bu nedenle kamu hukuku tüzel kişileri tüketici kavramının dışındadırlar<sup>48</sup>.

TTK. 16/1'e göre kendi kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümleri çerçevesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi kamu hukuku tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseseler dahi tacir sayılır<sup>49</sup>. Ticaret şirketlerinin tüketici sıfatı ile ilgili olarak yapılan değerlendirmenin burada da geçerli olduğu kabul edilmelidir<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Rasbora Ltd./JCL Marine Ltd. davası, 1. Lloyd's Rep. 1977, Almanya'da 645. **FAIREST P. B.**, Consumer Protection –For Whom? NLJ 1978, 1127. Bu olayda davacı Almanya'da bir yat satın almak ister. Fakat yüksek vergi ödeme endişesiyle bir şirket kurarak yatı bu şirkete satın aldırır, şirketin tüm hisselerini de elinde tutar. Satın alınan yat batınca, şirketin satıcı şirkete karşı açtığı davada mahkeme, sözleşmeyi bir tüketici sözleşmesi saymıştır. Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesi de bir olayda alıcı durumundaki tüzel kişinin tüketici sayılacağını kabul etmiştir, bk. AG Hamburg, 30.7.1987, BB, 1983/869 (**ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**'dan naklen s. 83).

<sup>46</sup> Bkz. Yukarıda dn. 30 ilâ 45 arasındaki metin.

<sup>47</sup> Aynı yönde **ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**, s. 81.

<sup>48</sup> **BATTAL**, Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 327.

<sup>49</sup> Kamu hukuku tüzel kişileri tarafından kurulan ve kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen teşekkül ve müesseseler, hiçbir şekilde tacir sayılmazlar (TTK 16).

<sup>50</sup> **BATTAL**, Tacirlerin Tüketici Sıfatı, s. 328.

TKHK.'nın 3/i. maddesine göre, "Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade ederken, 3/1 maddesine göre; Sağlayıcı, "Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade etmektedir. Satıcı ve sağlayıcı arasındaki tek fark satıcının tüketiciye mal sunması, sağlayıcının ise hizmet sunmasıdır<sup>51</sup>.

Burada özellikle hizmet tanımının genişliğine paralel olarak, sağlayıcı kavramının da çok geniş olduğu ve çeşitli türdeki hukuki işlemlerde, tüketicinin karşısında yer alan tarafı ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir.

Tüketici hukuku açısından sözleşmenin karşı tarafının belli özellikleri taşıması gerekir. Bu hukuk dalının gelişimi ve amaçları düşünüldüğünde ana fikrin güçsüzü güçlüye karşı korumak olduğu görülür. Sözleşmenin diğer tarafının, tüketiciye sözleşme konusu mal ve hizmetleri sunmayı meslek edinmiş kişi olması gerekir<sup>52</sup>. Böyle bir yaklaşımda mal ve hizmetleri meslek olarak sunan kişinin güçlü olduğu varsayılır. Arızı olarak yapılan satış işlemleri esasen eşitler arasındaki bir sözleşme olduğundan, menfaat dengelerini eşitsizlik kurgusu üzerinden düzenleyen tüketici hukuku kurallarının uygulanmaması gerekir. Bu gibi sözleşmelerin amacı tüketim bile olsa diğer tarafın menfaatlerinin de dengelenebilmesi için genel hükümlerin uygulanması adil ve gereklidir<sup>53</sup>.

Kamu İktisadi Teşebbüsü ya da karma teşebbüs olarak faaliyet gösteren işletmeler, tüketici konumunda bulunan kişilere mal ve hizmet sunmaktadırlar. Bunlar şeker, demir, çelik, kömür, akaryakıt, ev eşyası vb. şeyleri satmakta ya da haberleşme (telefon, telgraf, posta) ulaşım, taşıma elektrik üretim ve dağıtım alanlarında hizmet sunmaktadırlar. Bu gibi kurum ve kuruluşlar, tüketicilerle yapılan sözleşmelerde, TKHK. kapsamında satıcı ve sağlayıcı sayılırlar (TKHK. 3/1, 1, i)<sup>54</sup>.

Yerel yönetimler de, tüketici durumundaki geniş halk kitlelerine ulaşım, su<sup>55</sup>, gaz<sup>56</sup>, elektrik<sup>57</sup>, tüketim maddeleri sunma gibi hizmetlerle bağlantılı olarak yasa

<sup>51</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 86.

<sup>52</sup> ERDOĞAN, İhsan: Satıcının, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Ocak 1996, s. 15.

<sup>53</sup> ASLAN, s. 45.

<sup>54</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 86.

<sup>55</sup> Y. 13. HD. T. 19.04.2004, E. 2003/15408, K. 2004/5508 sayılı kararında İSKİ ile abone arasında uyumsuzluğun TKHK.'nin kapsamında olduğuna karar verilmiştir. Karar için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 78, Sayı: 4, Yıl: 2004, s. 1813 – 1815.

<sup>56</sup> Y. 3. HD.'nin T. 01.04.2004, E. 2004/2429, K. 2004/3012 sayılı kararı. Karar için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 78, Sayı: 3, Yıl: 2004, s. 1244 – 1245.

<sup>57</sup> Y. 13. HD.'nin T. 7.6.2004, E. 2004/2350, K. 2004/8769 sayılı kararda elektrik satımından do-

anlamında satıcı ve sağlayıcı sayılırlar<sup>58</sup>. Bu belirtilenlere, değişik kamu kurumlarına bağlı olarak çalışan ve özel kanunlara göre kurulan döner sermaye işletmeleri eklenebilir<sup>59</sup>.

Tüketici sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için sunulan mal veya hizmet karşılığında, mal veya hizmeti sunan kişiye bir bedel ödenmesi gerekir. Satıcının veya sağlayıcının esnaf ya da tacir olması sonucu değiştirmez. Eğer mal veya hizmet satışını amaçlayan sözleşmenin öteki tarafı tüketici<sup>60</sup> niteliğine sahipse, ona mal sunan kişi ister tacir olsun, isterse esnaf TKHK. anlamında satıcı veya sağlayıcıdır<sup>61</sup>.

TKHK. anlamında satıcı veya sağlayıcı sayılacak kişi işletmeyi çalıştırmalı, mal veya hizmeti işletmenin sürekli faaliyetleri kapsamında kazanç sağlamak üzere sunmalıdır. Bu nedenle bir malı ya da hizmeti arızı olarak sunan, fakat daha sonra bu işi sürdürmeyen kişiler yasa anlamında satıcı veya sağlayıcı sayılmazlar<sup>62</sup>. Örneğin, kullanmış olduğu otomobili yenisini almak üzere satan, tanıdığı bir kişinin işinde hatır için çalışıp yardımcı olan, fakat bu işi mesleki olarak yürütmeyen kişi satıcı sayılmaz<sup>63</sup>.

### C. Tüketicinin Ticari ve Mesleki Olmayan Amaçlarla Hareket Etmesi

Öğretide, bir faaliyetin mesleki olarak kabul edilebilmesi için öncelikle sürekli (devamlı), bağımsız ve ivazlı olması gerektiği belirtilmektedir<sup>64</sup>. Burada, satın aldığı otomobili üniversiteye giderken kullanacak olan öğretim üyesi veya almış olduğu cep telefonunu özel hayatında ve işlerinde kullanan bir iş adamı tüketici olarak kabul edilebilecek midir? Bu kişilerin mesleki faaliyetlerini bağımlı olarak yürüttükleri, bağımsız davranmadıkları için tüketici sayılmaları gerekir<sup>65</sup>.

---

ğan hukuki ilişkinin tüketici mahkemesinde bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Karar için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 1, Yıl: 2005, s. 257 – 258.

<sup>58</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 86.

<sup>59</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 86.

<sup>60</sup> Y. 3. HD.'nin T. 3.5.2007, E. 2007/6878, K. 2007/7203 sayılı kararına göre, "Somut olayda abonelik sözleşmesinin ticari (işyerine) ait olup olmadığı tespit edilememiştir. Bu husus kesin olarak açıklığa kavuşturulmadan eksik inceleme dayalı hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Mahkemece davalı adına yapılan aboneliğin işyerine mi, meskene mi ait olduğu etraflıca araştırılıp bu yönde taraf delilleri toplandıktan sonra, aboneliğin ticari işyerine ait olduğunun tespiti halinde genel mahkemelerin görevli olduğu, aksi takdirde tüketici mahkemelerinin görevli bulunduğu gözetilerek uygun sonuç çerçevesinde karar verilmelidir." Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 6, Haziran 2007, s. 1073 – 1074.

<sup>61</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 87.

<sup>62</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 87.

<sup>63</sup> KEMPER, s. 28 – 29 (ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 87'den naklen).

<sup>64</sup> OZANOĞLU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 674.

<sup>65</sup> OZANOĞLU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 675 vd.

OZANOĞLU, tüketici hukukundaki anlamıyla ticari faaliyetten bahsedebilmek için sürekli ve bağımsız olan bir işletme organizasyonunun bulunması gereğini vurgulamaktadır. Ayrıca, ticari faaliyet için kazanç elde etme amacının varlığı aranmamakta<sup>66</sup> olduğundan, gelir sağlama amacı dışında, işletmenin unsurları ile ticari faaliyetin unsurlarının birbirleriyle örtüşüğünün söylenebileceğini belirtmektedir<sup>67</sup>.

Ne var ki; ticari faaliyet ve işletme birbirinden farklı kavramlardır. Bir faaliyetin ticari olarak kabul edilebilmesi için süreklilik taşıması<sup>68</sup>, meslek olarak yapılması ve bir işletme organizasyonunu varlığı gerekmemekte; fakat kazanç sağlama amacının varlığı aranmaktadır. Burada kazanç elde etmek amacıyla hareket eden kişinin bu faaliyetini, bir işletme organizasyonu içerisinde süreklilik taşıyacak şekilde gerçekleştirmemesine rağmen ticari saymak; kişiyi ise tüketici kabul etmemek gerekir. Örneğin, büyük bir marketten kampanya çerçevesinde yeniden satmak ve gelir elde etmek için çok sayıda LCD televizyon satın alan kişinin faaliyeti ticaridir; ancak mesleki değildir. Öte yandan, bir faaliyetin mesleki olarak kabul edilebilmesi için ise süreklilik taşıması gerekmektedir. Oysa kazanç elde etme amacı olmaksızın bir kişinin aile üyelerine hediye etmek amacıyla bir mal satın alması durumunda tüketici olarak kabul edilmesi gerekir.

TTK.'nın 14. maddesi de benzer bir şekilde, ticaret yapması yasak veya izne/ ruhsata tabi olan memur, öğretim üyesi, yargıç gibi kişileri, işletmeleri olmasa ve faaliyetleri süreklilik arz etmese dahi tacir saymıştır.

Tüketicinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi, malı veya hizmeti, kendi ihtiyacı veya hediye etme gibi özel amaçla almasını, kullanmasını ya da tüketmesini, yani malın aşınmasını, biçim değiştirmesini, azalmasını ve değer yitirmesini ifade eder.

Kişisel ihtiyaçları dışında, belirli bir meslek icrası, belirli bir üretimde kullanma vs. gibi amaçlarla mal ve hizmet alınması söz konusu olabilir. Bir mal veya hizmeti mesleki veya ticari amaçlarla satın alanlar tüketici sayılmazlar<sup>69</sup>. Tüketici belirli mal veya hizmetleri, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen kişi olup, mal veya hizmet ile onun maliyeti alıcının kendisinde kalmaktadır. Tüketimden bahsedebilmek için alınan malın veya hizmetin başka bir malın hammaddesi veya yarı mamul maddesi olarak kullanılmaması veya herhangi bir şekilde yeni bir mal veya hizmetin maliyet unsurları arasında yer almaması gerekir. Bir mal veya hizmetin başka bir mal

<sup>66</sup> OZANOĞLU, Kişi Bakımından Uygulama Alanı, s. 674.

<sup>67</sup> Ticari işletmenin unsurları ise, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlama amaçlı faaliyetlerde bulunma, devamlılık ve bağımsızlıktır (TTK 11/1).

<sup>68</sup> Oysa TTK 11/1 uyarınca ticari işletme, faaliyetlerin devamlı (sürekli) şekilde yürütüldüğü işletmedir.

<sup>69</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 83.

veya hizmetin girdisi olarak alınması halinde, malın fiziki varlığı tükense bile, bu mal veya hizmet tüketim amaçlı olarak kabul edilemez<sup>70</sup>.

Tüketici sayılabilecek kişinin mal veya hizmeti, özel kullanım ya da tüketimi için talep etmesi gerekir. Bu açıdan özellikle malın aşınması, biçim değiştirmesi, tükenmesi, azalması, değerini yitirmesi sonucunu doğurabilecek bir kullanma ve yararlanma amacıyla elde edilmesi halinde özel amaçla kullanım ve tüketimden söz edilebilecektir. Özel amaç ile belli bir amaç değil, bireysel kullanım ifade edilmek istenmiştir. “Özel” sözcüğü, “kamusal”ın değil, ticari ve mesleki sözcüklerinin karşıtı olarak kullanılmaktadır. Mal veya hizmetin bizzat kendi kullanımı ya da yararlanması için talep edilmesi “*nihai olarak yararlanmak*” şeklinde anlaşılmalıdır<sup>71</sup>. Bu yüzden bir malı olduğu gibi ya da işleyerek bir başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek üzere satın alan, yani kendisi de satıcı konumuna girecek olan kişiler tüketici sayılmazlar. Başkasına satma amacıyla karanfil fidelerini alan kişi tüketici sıfatına sahip değildir<sup>72</sup>.

Avrupa Konseyinin 24 Temmuz 1990 tarihli direktifinin 2. maddesinin 3. bendinde, bir işletme ya da ticarethane sahibinin, mesleğinde, işletmesinde, ticarethanesinde kullanmamak koşuluyla, yalnızca kendi kullanımı için ürün satın alması halinde bu kişi de tüketici sayılmıştır<sup>73</sup>.

Ticari veya mesleki amaç kavramı, satıcının değil alıcının amacına göre belirlenecektir. Zira tüketici sıfatını taşıyabilecek olan kişi alıcıdır. Tüketim denilince bir malın maddi varlığının ve ekonomik değerinin ortadan kalkması değil, onu satın alan kişiye mal oluş değerinin geri gelip gelmemesi göz önünde tutulmalıdır. Bir kişinin tüketici sayılabilmesi için bir mal veya hizmeti elde etmek için harcadığı paranın, o mal veya hizmetin kullanılmış veya tüketilmiş olmasıyla bağlantılı olarak tekrar geri gelmemesi gerekir.

ASLAN'a göre, bir kişinin ticari işletmesi ile ilgili olan her hukuki işlem ticari veya mesleki amaçlıdır. Gerçek kişiler açısından bunun istisnaları olabilir. TTK m. 19'da belirtilen ticari işletmesi ile ilgili olmadığını belirtme veya bu durumun halin icabından anlaşılması kistasları, bir işlemin ticari ve mesleki amaçlı olup olmadığının tespit edilmesinde kıyasen burada da uygulanabilir. Tüzel kişi tacirler açısından böyle bir istisna bulunmamaktadır<sup>74</sup>.

Bununla birlikte bazı yazarlar, işletmenin ısınması için kömür veya aydınlan-

<sup>70</sup> ASLAN, s. 32.

<sup>71</sup> KEMPER, s. 25 vd. (ÖZEL, s. 31'den naklen)

<sup>72</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 83.

<sup>73</sup> Official Journal of the European Communities, 28.9.90 No. C, 243/2. ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 83.

<sup>74</sup> ASLAN, s. 4.

ması için elektrik veya yemekhanesinde kullanmak için yiyecek maddesi satın alması gibi işlemler bakımından şirketlerin de tüketici sayılması gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>75</sup>.

İşverenin gözetiminde ve ona bağımlı olarak çalışan ücretlinin, yaptığı işte kullanılmak üzere satın aldığı malları tüketici sıfatıyla satın alabileceği görüşü ileri sürülmektedir. Bu halde, bir başkasının taksisini işçi sıfatıyla çalıştıran şoför, bu taksit için benzin satın alındığında tüketici sayılacaktır. Bir başkasının terzihanesinde el işçisi olarak çalışan işçi, işyerinde kullanmak üzere malzeme satın alındığında yine tüketici sıfatıyla mal satın almaktadır<sup>76</sup>. Ancak ASLAN'ın haklı olarak belirttiği üzere, burada alınan şeyler, alan kişinin yararlanması, kullanması veya edinmesi amacını taşımamakta, aksine başkasının yararına olarak işlem yapılmaktadır. Bu işlemlerde işçi temsil yetkisine dayanarak işletme hesabına bir sözleşme yapmaktadır. Bu nedenle tüketici işlemi sayılması mümkün değildir<sup>77</sup>.

Kanunda ticari ve mesleki amaçtan bahsedilmiş zirai amaçtan bahsedilmemiştir. Örneğin bir çiftçinin evinde ekmek üzere aldığı buğday tüketim amaçlıdır. Aynı buğdayları ekim amacıyla satın almış ise zirai amaçlı olacaktır. Kanun açıkça ticari veya mesleki amaçlı olmayan demekle, zirai amaçlı olmanın tüketici sayılmaya engel olmadığını ifade etmiş gözükmemekte ise de, ziraatın de mesleki veya ticari amaçlarla yapılıp yapılmadığına bakmak gerektiği kanaatindeyiz<sup>78</sup>.

TKHK. 51/9 uyarınca, ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir<sup>79</sup>. Bu hükümlerle tüketici işleminin kapsamı genişletilmiş olmaktadır. Paket tur sözleşmesinde hizmet alan kişi ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket etmiş olsa bile tüketici olarak kabul edilmiştir.

## II. Ticari İş ve Ölçütleri

Hangi işlerin ticari nitelik taşıdığı konusunda TTK. 3 ve 19'da düzenleme vardır. Bu düzenlemeler uyarınca, bir işin ticari sayılabilmesi için şu dört ölçütten en azından birisine uygunluk taşınması gerekir :

### A. TTK'da Düzenlenen İşler

TTK. 3 uyarınca, kanunda düzenlenen hususlar, tarafların tacir olup olmadığı-

<sup>75</sup> KEMPER, s. 26 (ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 8'den naklen); ATASOY/TAŞKIN/ ACAR, s. 8; GEZDER, s. 159 vd.; ayrıca bkz. Yukarıda, dn. 37-40'a ait metinler.

<sup>76</sup> ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 84.

<sup>77</sup> ASLAN, s. 6; İNAL, s. 49. Aksi görüşte, ZEVKLİLER/ AYDOĞDU, s. 84.

<sup>78</sup> Nitekim bkz. ASLAN, s. 6.

<sup>79</sup> Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 17 ile dn. 31 ve ilgili metindeki açıklama ve örnekler.

na veya işin ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticaridir. İki esnaf arasında çek düzenlenmesi, at arabası ile taşımacılık yapılması ve birkaç kişinin bir araya gelip ticaret şirketi kurması gibi, TTK.'da düzenlenen tüm hususlardan doğan işler ticaridir.

Ancak taşıma sözleşmesi örneğinde olduğu gibi, işlemin bir tarafı tüketici ise ve ticari-mesleki olmayan amaçlarla hareket ediyorsa, öncelikle TTK. değil, TKHK.'nın ilgili düzenlemelerinin özel hüküm olarak uygulanması gerekir (TKHK. 3/1, 83/2).

### B. Bir Ticari İşletmeyi İlgilendiren İşler

Kanunda düzenlenmiş olmayan, fakat bir ticari işletmeyi ilgilendiren işler de ticaridir (TTK. 3). Buradaki ilginin çok dar yorumlanmaması gerekir. Ticari işletmenin doğrudan doğruya konusuna girmemekle birlikte dolaylı olarak onunla ilgisi (uygun bir illiyet bağlantısı) bulunan bütün hususlardan doğan işler de ticaridir<sup>80</sup>.

Bir işletmenin, atölyesinin inşası için bir mimar ile istisna sözleşmesi yapması, marka veya patent hakkına ilişkin lisans sözleşmesi akdetmesi, işçilerini taşıması için servis otobüsü sahibi ile anlaşma yapması, çalışanların kalması için lojman kiralaması, hammadde ve makineler satın alması, defterlerini tutması için bir mali müşavir ile anlaşması, işletme alacaklarını takip ve tahsil etmesi için bir avukata vekâletname vermesi, fabrika için arsa alınması, üretilen malların ihracı için satım sözleşmesi yapılması gibi örneklerde, işlerin doğrudan ya da dolaylı olarak işletmeyi ilgilendirdiği görülmektedir.

### C. Ticari İş Karinesi

Bu ölçüte göre, bir tacirin borçlarının (her türlü iş, işlem ve eyleminin) ticari olması kuraldır. Dolayısıyla, tacirlerin yaptıkları işlerin, ticari işletmeleri ile ilgili olduğu var sayılır.

Tüzel kişi tacirlerde bu kuralın hiçbir istisnası yoktur; onların tüm işlemleri ticari sayılır. Nitekim Yargıtay, tüzel kişi tacirlerin tüm işlemlerinin ticari olmasından hareketle, bir limited ortaklığın, kendi işlerinde kullanmak üzere araç satın almasının, tüketici sözleşmesi olarak nitelenemeyeceğine karar vermiştir<sup>81</sup>. Buna karşılık, TTK. 19, anılan kurala, gerçek kişi tacirler bakımından istisna getirmiştir:

Gerçek kişi tacir, işlemini yaptığı zamanda bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirirse veya işin ticari sayılmasına halin icabı (somut ola-

<sup>80</sup> İMREGÜN, Kara Ticareti, s. 18; ARKAN, Ticari İşletme, s. 62; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 53.

<sup>81</sup> ARKAN, s. 65, 66; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA / ERTAN, N. 217; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 54.



yın özellikleri) müsait değilse borç adi sayılır. Örnek: Bir tacir karşı tarafa da açıkça bildirmek suretiyle, kızına doğum günü hediyesi olarak bir araba ya da kendi evinde kullanmak amacıyla bilgisayar satın alırsa, karşı taraf (satıcı) da tacir olmamak koşulu ile bu satım ticari değil, adi nitelik kazanır. Şayet tacir bu bildirim sırasında gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş ise, işin ticari olmasında çıkarı doğabilecek karşı tarafa bunu kanıtlama olanağı tanımak gerekir<sup>82</sup>.

Bir tacirin evine giderken esnaftan bir kilogram meyve alması adi iş, hatta tüketici işlemi niteliğindedir. Bununla birlikte, ayakkabı mağazası işleten tacirin bir öğrenciden kitap satın alması veya bir tacirin, evinde kullanacağını açıkça belirtmemesine rağmen memurdan satın aldığı antika halının evine teslim edilmesini istemesi örneklerinde de iş, somut olayın özellikleri gereği adi nitelikte sayılmalıdır.

Yargıtay (HGK. T. 19. 3. 2003, E. 11-117, K. 169 sayılı kararında) tacir olsa dahi, bir gerçek kişinin, kendi özel kullanımı için araba satın alması durumunda tüketici sıfatı taşıyacağına karar vermiştir. Böylece gerçek kişi tacirin tüketici sayıldığı ve dolayısıyla TKHK.'nın özel korumasından yararlandığı hallerde ticari hükümlerin uygulama alanı daralmış olmaktadır<sup>83</sup>.

#### D. Taraflardan Birisi İçin Ticari Olan Sözleşmeler

Yukarıdaki ikinci ve üçüncü ölçütlerin uygulandığı bazı hallerde, işin bir taraf için ticari, fakat diğer taraf için adi olması olasılığı mevcuttur. Bu olasılık gözetilerek, TTK. 19/II'de öngörölmüş olan son ölçüt uyarınca, taraflardan birisi için ticari olan sözleşme, diğer taraf için de ticari sayılır<sup>84</sup>. Örneğin bir esnaf, memur ya da öğrenci ile bir tacir arasındaki herhangi bir sözleşme, tacir olmayan taraf için de ticari niteliktedir. Fakat tacir olmayan taraf tüketici sıfatıyla hareket etmişse, bu sözleşme tüketici işlemi sayılacak ve TKHK.'daki özel hükümlere tabi olacaktır<sup>85</sup>.

Taraflar arasındaki ilişki bir sözleşmeye değil de, örneğin haksız fiile dayanıyorsa işin her iki taraf için ticari sayılabilmesi için, tarafların tacir ve ayrıca, fiilin her iki tarafın işletmesi ile ilgili olması gerekir. Nakliyat şirketine ait arabanın kaza yapararak bir fabrikanın duvarında hasara neden olması gibi<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> ARKAN, Ticari İşletme, s. 65- 66; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 54.

<sup>83</sup> ARKAN, Ticari İşletme, s. 65; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 43.

<sup>84</sup> ARKAN; Ticari İşletme, s. 64 – 65; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 55; KAYAR, 77 - 78.

<sup>85</sup> Hatta gerçek kişi tacir, özel (kişisel) amaçla esnaftan bir ürün almış ise yine tüketici sayılabilecektir.

<sup>86</sup> ARKAN, Ticari İşletme, s. 65; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 54.

### III. Adi İş

Tüketici işlemi ve ticari iş olarak nitelendirilmeyen her iş, bir adi iş olarak kabul edilmelidir. Adi işe, genel hükümlerin (TMK., TBK.<sup>87</sup>) uygulanması gerekir. Yukarıda açıklandığı gibi, adi veya ticari bir işin (sözleşmenin) bir tarafı tüketici ise, o iş aynı zamanda tüketici işlemi oluşturur ve öncelikle TKHK. ve ilgili mevzuata tabi olur.

Örneğin, tüketici olan bir kişinin esnaftan veya tacirden ya da esnaf/tacir olmasa dahi ticari amaçlarla hareket eden bir başka kişiden bir cep telefonu satın alması durumunda tüketici işlemi söz konusu olur. Tüketicinin, sigortacı ile akdetmiş olduğu sigorta sözleşmesi ve ev eşyalarını taşıtmak için nakliyeciyi ile yaptığı taşıma sözleşmesi de birer tüketici işlemidir.

Buna karşılık bir tacirin, işletmesinde kullanmak üzere bir araç satın alması veya bir bankadan işletme kredisi çekmesi ticari iş niteliğinde kabul edilir. Bir öğrencinin arkadaşının bilgisayarını, kullanım amacıyla satın alması adi iştir; fakat bu öğrencinin, ticari bir amaçla, yeniden satmak ve kar elde etmek amacıyla, bilgisayar satın alması durumunda tüketici işlemi söz konusu olmayacaktır.

Kanunun oldukça geniş kapsamından dolayıdır ki; bir kişinin, avukat, doktor, mühendis gibi kişilerle yapmış olduğu vekâlet sözleşmesinden doğan uyumsuzluk da tüketici işlemi olarak kabul edilebilecektir.

### IV. Bir Konunun TKHK. İle Birlikte TTK.'da veya Genel Hükümlerde Düzenlendiği Bazı Durumlar

Aşağıda, aynı veya benzer konuların TKHK. ile birlikte TTK.'da veya BK.'da düzenlenmiş olduğu hallere ilişkin bazı sorun ve örnekler üzerinde durulacaktır.

#### A. Uygulanacak Hükümler Açısından

TKHK., TTK. ve TBK.'ya göre özel bir kanundur. 6502 sayılı TKHK.'ya göre, her türlü sözleşme tüketici işleminin konusunu oluşturabilmekte; hatta bir sözleşmenin başka bir kanunda düzenlenmiş olması, giderek, TKHK.'nın bu sözleşmeye dair hiçbir düzenleme içermemesi dahi sonucu değiştirmemekte, en azından TKHK.'nın görev ve yetkiye dair hükümleri yine de uygulanmaktadır (TKHK. 2; 3/1,1 ve 83/2).

<sup>87</sup> TBK'da tüketici kavramına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, TTK'nın faize ilişkin 8. maddesinde, haksız rekabete ilişkin 55. ve 56 maddesinde, hâkim şirketin güvenden doğan sorumluluğunun düzenlendiği 209. maddesinde, gönderenin kusursuz sorumluluğunun düzenlendiği 864. maddede, taşıma eşyasının taşınmasında, taşıyıcının yükümlülüğünün öngörüldüğü 895. ve 896. maddede, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlama hakkının kaybını düzenleyen 901. maddede, sigorta sözleşmesinde sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün düzenlendiği 1423. maddede, tüketici lehine, koruma sağlayan birtakım hükümlerin ya saklı tutulduğu veya doğrudan yer aldığı görülmektedir.

Şu halde, TKHK.'da özel düzenleme bulunan tüm hususlarda öncelikle bu kanun uygulanacak, hüküm olmayan hususlarda işin niteliğine göre, TTK.'ya veya o da olmazsa TBK.'ya gidilecektir. Örneğin, satış sözleşmesi, sadece ayıpla ilgili konularda TKHK. kapsamına girecek; buna karşılık, teslim yükümlülüğü veya bedelin ödenmesine ilişkin ana yükümlülükler hakkındaki uyumsuzluklar TKHK. kapsamına girmeyecek, genel hükümlere tabi olmaya devam edecektir.

Özellikle vurgulamak gerekir ki; TKHK.'yi, TTK. karşısında bütün hükümleriyle özel kanun saymak, ticari ihtiyaç ve gelişmeler gözetilerek konulmuş TTK.'daki özel hükümlerin uygulanmasını devre dışı bırakmaya yol açabilir. Bu anlamda, taşıma ve sigorta gibi, 6102 Sayılı TTK.'da ayrıntılı, uluslararası gelişme ve anlaşmalarla uyumlu özel bazı hükümlerle düzenlenmiş sözleşmelerden doğacak uyumsuzlukların, hangi hükümlere tabi olacağı dikkatle değerlendirilmeli, kanun bazında değil, hüküm bazında özel-genel nitelemesi yapılmalıdır. Örneğin, taşıma veya sigorta sözleşmesinden doğan ve taşıyıcının/ sigortacının sorumluluğuna dayanan davalarda, 6502 Sayılı TKHK. hükümlerinin, özellikle de ayıplı hizmete dair düzenlemelerin uygulanıp uygulanmayacağı, uygulamada şüphe ve sorun yaratabilir<sup>88</sup>.

Katıldığımız görüş, bu tür uyumsuzluklarda, 6502 Sayılı Kanun'un ayıplı hizmete dair hükümlerinin<sup>89</sup>, taşıma sözleşmelerine şu gerekçelerle uygulanamayacağı yönündedir<sup>90</sup>:

- Öncelikle, TTK., taşıyıcının sorumluluğunu emredici ve özel hükümlerle düzenlemiş; taşıyıcının muhatabının tacir, esnaf veya tüketici olması, kural olarak göz önüne alınmamıştır (TTK. 864 ve 895'teki tüketici kavramlarına bağlı düzenlemeler, bu kurala istisna oluşturur). Sorumluluğa, ayıplı hizmete dair TKHK. hükümlerinin uygulanması, bu emredici ve özel düzenlemelere aykırılık oluşturur.

- İkincisi, TKHK., taşıma hukukundan doğan sorunları çözebilecek nitelik ve ayrıntılardan yoksundur. Örneğin, tüketici işleminin tanımı, eşya taşıma sözleşmesindeki gönderilenin konumu ve haklarını izah edemeyebilir.

- Üçüncüsü, tüketici hukukunun getirdiği bazı koruyucu düzenlemelere, taşıma hukukunda özel olarak zaten yer verilmiştir. Örneğin, TKHK. 4/3, taşıma ücreti dışında ek bedel istenememesini öngören TTK. 912 ve 1250 ile paraleldir.

<sup>88</sup> Aksoy'un vurguladığı üzere, yasa koyucu, taşıyıcının sorumluluğuna dayanan bir davada, ayıplı hizmete dair TKHK. 15 hükmünün uygulanabileceği şeklinde hatalı bir düşünceye sahiptir; 6502 Sayılı Kanun'un paket tur sözleşmelerine ilişkin gerekçesinde yer alan ifadeler de bunu göstermektedir. Bkz. **AKSOY**, s. 322.

<sup>89</sup> Burada, TTK.'nın daha önceki tarihli genel kanun, 6502 sayılı TKHK.'nın ise sonraki özel kanun olduğu, dolayısıyla önceki genel kanun – sonraki özel kanun çatışmasında sonraki özel kanunun uygulanması gerektiği düşünülebilir ise de; önceki genel kanun olan TTK.'nın içerisinde yer alan taşıma ve sigortaya ilişkin ayıp hükümlerinin TKHK.'daki ayıp hükümlerine göre daha özel nitelikte hükümler olduğu kabul edilmelidir.

<sup>90</sup> Geniş bilgi ve örnekler için bkz. **AKSOY**, s. 323-325.

Böyle olunca, kural olarak, taşıma sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığa, öncelikle taşıma mevzuatında uygulanması mümkün olan bir düzenleme olup olmadığına bakılmalı ve varsa, bu özel hüküm uygulanmalıdır. Bu sonuç, emredici ve özel nitelikte olan, uluslararası anlaşmalara dayanan hükmün öncelikle uygulanmasının gereğidir. Fakat, taşıma hukukunda yer verilmeyen ve tüketici hukukuna özgü olan düzenlemeler, bu kurala istisna oluşturacaktır; TKHK. 4 ve 5 gibi<sup>91</sup>. Sigorta sözleşmeleri için de benzer bir mantık yürütülmesi mümkündür.

## B. Müteselsil Borçluluk ve Kefalet Açısından

Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır (TKHK. 4/6).

Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle düzenlenen senetlere verilen avale bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir.

Görüşümüz, tüketicinin düzenlemiş olduğu senedin TKHK m. 4/5'e aykırı biçimde nama yazılı olarak düzenlenmemesi nedeniyle, tüketici açısından geçersiz olsa bile, tüketici için aval veren kişinin taahhüdünün, imzaların bağımsızlığı ilkesi gereği geçerli kalmaya devam edeceği, zira lehine aval verilen tüketicinin imzasının taklit edilmesinde veya ehliyetsiz olması durumlarında olduğu gibi, TKHK m. 4/5'e aykırılık durumunda da tüketicinin atmış olduğu imzanın dış görünüşe bir etkisinin bulunmadığı yönündedir<sup>92</sup>.

Adi borçlarda bir kanun hükmü (TBK. 201, 202, 206/II, 382, 511, 567 gibi) varsa ya da taraflar bu hususta anlaşılırsa müteselsil borçluluk söz konusu olacak, aksi takdirde olmayacaktır.

Adi borçlarda müteselsil borçluluk kararlaştırılabilir iken tüketici işlemi söz konusu ise müteselsil borçluluk kararlaştırılmaz (TKHK. 4/6).

Ticari işlerde ise, TTK 7/1 uyarınca, “İki veya daha fazla kişi, işlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliğe sahip bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe müteselsilen sorumlular.”.

TTK 7/1, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemeyeceğini düzenlemektedir. Böyle

<sup>91</sup> Bu isabetli değerlendirme ve gerekçeler için bkz. AKSOY, s. 326.

<sup>92</sup> Nitekim bkz. BAHTİYAR, Mehmet/ HAMAMCIOĞLU, Esra: Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2015, Cilt: 3- Sayı: 1, s. 120.

bir hüküm TKHK.'da yer almamasına rağmen, bu hükmün tüketici işlemlerine de uygulanması gerekir.

### C. Faiz Oranları Açısından

Tüketici sözleşmelerinde anapara faizi ve tüketicinin temerrüdü halinde uygulanacak temerrüt faizi oranlarını tarafların serbestçe kararlaştırıp kararlaştıramayacaklarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Adi işlere uygulanacak anapara ve temerrüt faizi oranı, TBK. 88 ve 120. madde hükümleri ile sınırlandırılmıştır. Buna karşılık, ticari işlere bu sınırın uygulanıp uygulanamayacağı, öğretide tartışmalıdır<sup>93</sup>.

Yargıtay 13. HD. T. 22.11.2012 tarihli, E. 2012/17865, K. 2012/26319 sayılı kararında<sup>94</sup> TBK. 88-120'deki faiz sınırlarının ticari işlere de uygulanacağına karar vermiştir. Oysa, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T. 01.07.2013, 8556/12306 sayılı kararı<sup>95</sup>, 16.05.2013 T., 5446/9052 sayılı kararı<sup>96</sup> ve 18.09.2013 E. 2013/10777; K. 2013/14096 sayılı kararında<sup>97</sup>, ticari işlerde bu sınırın uygulanamayacağına, faiz oranının serbestçe belirlenebileceğine hükmetmiştir.

Tüketici sözleşmelerinde de, TBK. 88 ve 120'deki sınırın uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Böylece TBK. 88 ve 120 uyarınca, anapara faizinde en fazla % 13,5 ve temerrüt faizi olarak ise % 18 oranında faiz kararlaştırılması mümkün olmalıdır<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> Öğretide çoğunluk, TBK. 88 ve 120'deki sınırlamanın ticari işlerde uygulanmaması gerektiği kanaatinde. Bkz. **MOROĞLU, Erdoğan**: Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları, İ.B.D., 2006/1, s.4-6; **ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA / NOMER**, N. 153; **ARKAN**, 77 vd.; **NOMER, Haluk Nami**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul, Beta, 2012, N. 167; **KILIÇOĞLU, Ahmet**: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2008, s.49; **HELVACI, Serap**: Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri, Legal Hukuk Dergisi, 2005/34, s. 3641; **YAĞCI, Kürşad**: Anapara Faizi Ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği, İÜ-HFM C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421 vd.

Azınlıkta kalan görüşe göre ise, BK. 88 ve 120'deki sınırlama ticari işler açısından da geçerlidir. **AYDOĞDU, Murat**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler, DEÜ-HD, 2010/1, s.93-95; **KIRKBEŞOĞLU, Nagehan**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme, BATİDER, 2012/4, s.159-160

<sup>94</sup> Karar için bkz. YKD. S. 2013/3, s. 561.

<sup>95</sup> Karar için bkz. **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 26.

<sup>96</sup> Karar için bkz. **MOROĞLU/KENDİGELEN**, s. 26.

<sup>97</sup> Karar için bkz. **ORTAÇ, Nurdan Orbay**: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 126.

<sup>98</sup> Aynı yönde **ÜLGEN, Hüseyin /HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer /KAYA, Arslan / ERTAN, Füsün Nomer**: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, N. 153; **ARKAN**, s. 78; **TOKBAŞ, Hakan**: Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları Tüketici Hukukunun Temel İlkelerinin Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi ve Eleştirisi, İstanbul 2015, s. 34. Çeker, anapara faizi yönünden, tüketici işlemlerinin kendisine özgü yapısı ve kredi piyasasının dinamik yapısı dikkate alındığında, TBK 88 hükmünün tüketici kredileri bakımından

Tüketici sözleşmelerinin bazı maddelerinin haksız şart oluşturması veya yasanın aramış olduğu şekil şartına uymama gibi nedenlerle geçersiz olduğu tespit edilebilir. Böyle bir halde veya tüketicinin dönme hakkını veya bedelde indirim hakkını kullanması vb. durumlarda, satıcının/sağlayıcının/kredi verenin bir miktar para borcunu iade etme zorunluluğu doğabilir. Bu hallerde özellikle, iade borcunun dayanağı, faiz ödeme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, faizin türü ve başlangıç anı önem taşımaktadır. Uygulamada ilk derece mahkemelerinin ve Yargıtay'ın bu konularda birbirinden farklı kararlar verdikleri, bu nedenle hukuk güvenliğinin zedelendiği görülmektedir.

TKHK., faize ilişkin düzenlemelerin yer aldığı, TBK., TTK. ve 3095 sayılı Faiz Kanunu'na göre özel bir kanundur. Bu durumda, TKHK.'nin kapsamına giren bir uyuşmazlık sözkonusu ise öncelikle bu Kanuna bakılması; ancak uyuşmazlığa uygulanacak özel bir hüküm yok ise bu durumda genel hükümlere gidilmesi gerekmektedir (TKHK. 83/1). Başka bir deyişle, TKHK., kapsamına aldığı konuları ve sözleşmeleri tamamen düzenlememekte, sadece tüketicinin korunması bakımından gerekli olduğu kadarıyla düzenlemekte/ kapsamına almaktadır<sup>99</sup>.

TBK.'nin 120. maddesine göre, “*Uygulanacak yıllık temerrüt faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir*”. TTK.'nin 9. maddesi uyarınca, “*Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır*”. Gerek BK.'nin 120. maddesi, gerek TTK.'nin 9. maddesi, temerrüt faizine ilişkin olarak mevzuat hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.

3095 sayılı Faiz Kanunu'nun 2. maddesi temerrüt faizine ilişkin ikili bir ayırım yapmış; birinci fıkrada adi işlere, ikinci fıkrada ticari işlere uygulanan temerrüt faizi düzenlenmiştir. Ticari işlere ticari temerrüt faizi, adi işlere ise adi temerrüt faizi uygulanmaktadır.

---

geçerli olmaması gerektiği, zira bankaların kredi işlemlerinde geçerli olacak faiz oranlarını, dış piyasalar, ülkenin ekonomik durumu, piyasadaki para hacmi gibi birçok faktöre bağlı olarak belirlemek zorunda olduğu, TBK. 88 hükmü esas alınacak olursa, kredi faizinin sabit bir orana endekslenmesi gibi bir durum ortaya çıkacağı düşünülmektedir. Buna karşılık, 3095 sayılı Faiz Kanunu'nun 1/II. maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkili olduğundan yazarın gerekçesinde ileri sürmüştüğü hususlar yerinde değildir. Temerrüt faizi yönünden ise TBK. 120/2'nin varlığı karşısında tüketici kredileri bakımından ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığı, bu sınırın tüketici kredisi sözleşmelerinde de uygulanacağı kabul edildikten sonra, tüketici kredilerine uygulanacak temerrüt faizinin üst sınırı bakımından Bakanlıkça çıkarılacak düzenlemelerin esas alınması gerektiğinin belirtilmesi çelişki yaratmaktadır. Zira, temerrüt faizinin sınırının belirlenmesi bakımından Bakanlıkça çıkarılacak düzenlemelere üstünlük tanınmaz; bu düzenlemeler ile TBK. 120'deki sınırın aşılması mümkün olmamalıdır.

<sup>99</sup> Örnek ve diğer açıklamalar için bkz. **ASLAN, İ. Yılmaz**: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2006, s. 37; **ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s. 74 vd.). YHGK'nun T. 14.10.1998, E. 98/19-694, K. 98/715 sayılı kararı, bu doğrultudadır (karar için bkz. **ZEVKLİLER/ AYDOĞDU**, s. 928.

Tüketici sözleşmelerinde, para borcunun iadesi söz konusu olduğunda (tüketicinin alacaklı olduğu hallerde), TKHK'da faizin türüne ilişkin hüküm bulunmadığından, TTK. uygulanacak ve buna göre tüketici TTK. 19 uyarınca ticari temerrüt faizi oranının uygulanması suretiyle, faizin hesaplanmasını isteyebilecektir<sup>100</sup>. Tam aksi düşünüldüğünde, tüketici kredi borcunu ödemediğinde, banka tüketiciden talepte bulunurken, hiç kuşkusuz ticari temerrüt faizi talep edecektir. Bu bağlamda, temerrüt halinde banka talepte bulunurken ticari temerrüt faizi isteyebileceğini kabul ederken, diğer taraftan, tüketicinin sebepsiz zenginleşme uyarınca para iadesi söz konusu olduğunda adi temerrüt faizinin istenebileceğinin kabul edilmesi<sup>101</sup> çelişkili ve hakkaniyete aykırı olacaktır.

Uygulamada, en çok karşılaşılan durumlardan birisi, tüketicinin bankalardan bir miktar paranın iadesini talep etmesidir. Bu durumda, TTK. 18 gereğince basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunan bankanın, yasal ve sözleşmesel dayanağı bulunmayan herhangi bir bedeli (örneğin ekspertiz ve komisyon ücretini) tahsil etmemesi gerektiğini veya tahsil ettikten sonra bu miktarı iade etme yükümlülüğünün bulunduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Banka bu nedenle kötüniyetli sebepsiz zenginleşen olup, TBK. 117/II uyarınca, tüketicinin bankayı temerrüde düşürmesi için ihtara gerek yoktur<sup>102</sup>.

Buna ek olarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesine göre mevduat kabulü ve nakdi kredi verme işlemleri faaliyet konusu içerisinde yer alan bankaların, ekspertiz ve komisyon ücreti adı altında bir miktar parayı tahsil etmesi, bunu uhdesinde tutarak ticari faaliyetlerinde kullanması ve bundan her halükarda iade edeceği ticari temerrüt faizinden daha yüksek kar elde etmesi karşısında, TMK. 2'de yer alan

<sup>100</sup> Aynı yönde, **KARA, İlhan** Tüketici Hukuku, Ankara 2015, s. 73.

<sup>101</sup> Yargıtay 13. HD.'nin 15.04.2013 T., 2013/4750 E., 2013/9626 sayılı, Yargıtay 13. HD.'nin 22.10.2013 tarih ve E. 2013/27074, K. 2013/25413, sayılı, Yargıtay 13. HD.'nin 27.03.2014 T., 2013/28660 E., 2014/9003 K. sayılı kararları da bu doğrultudadır. Kararlar için bkz. **KARA**, s. 73.

<sup>102</sup> Borcun ifasında gecikme halinde borçlu temerrüdünün koşulları, TBK. 117'de gösterilmiş; ihtar gerek bulunmayan istisnalara da işaret edilmiştir. Bu istisnalara ek olarak, TMK. 2'de yer alan dürüstlük kuralına göre alacaklıdan borçluya ihtarında bulunması beklenmiyorsa, o takdirde borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar gerekmez. Bazı durumlarda, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarının beklenmesi ve kendisine ihtar yöneltilmediğinde de, bu nedenle mütemerrit sayılmayacağı sonucuna varılması dürüstlük kuralına aykırı düşebilir. Dürüstlük kuralının ihtarı bu şekilde gereksiz kulması kanunda düzenlenmemekle birlikte, anılan temel kuralın burada da uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Bir hakkın kullanılmasının, hak sahibinin daha önceki davranışlarına aykırılık teşkil etmemesi ilkesi burada da uygulama alanı bulmalıdır. Bkz. **BARLAS, Nami**: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 61 vd.; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 918; **OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 301; **NOMER, Haluk**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 255.

dürüstlük kuralına göre alacaklıdan borçlu Bankaya ihtarda bulunması beklenemez. Bu nedenle de bankaların temerrüde düşmesi için ihtar gerekmediği kanaatindeyiz.

Temerrüt hâli de dâhil olmak üzere, tüketici işlemlerinde bileşik faiz uygulanmaz (TKHK m. 4/7)<sup>103</sup>. Bileşik faiz TBK.'nın 388. ve 3095 sayılı Faiz Kanunu'nun 3. maddesinde de açıkça yasaklanmıştır. Fakat bu kuralın, bazı ticari işlerde istisnaları bulunmaktadır (TTK. 8/2 ve 725/1 -726).

#### D. Görevli Mahkeme Açısından

TKHK. 73/1 uyarınca, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Buna karşılık, ticari davalar ticaret mahkemelerinde görülür. Ticari bir dava, TKHK. kapsamında aynı zamanda tüketici işlemine konu olabilir ve tüketici sıfatına sahip birisi tarafından dava açılabilir. Örneğin, taşıma ve sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, davacı tüketici sıfatını taşıyabilir. Bu durumda değerine göre, tüketici hakem heyetlerine başvurulması veya davanın tüketici mahkemesinde açılması gerekir<sup>104</sup> (TKHK. 68 vd., 73, 83/2).

TKHK.'da, tüm haksız fiiller değil, haksız fiilin haksız ticari uygulama şeklindeki özel görünümünden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemesi görevli sayılmıştır. Aksi düşünceyle, haksız fiillerden doğan tüm uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesi amaçlanmamıştır.

Müşterinin tüketici sıfatıyla açmış olduğu haksız rekabet davalarında, örneğin tüketicinin saldırgan bir reklama yönelik dava açması, halkın sağlığını tehdit eden bir mal veya hizmete dava açması gibi hallerde, haksız rekabet TTK.'da düzenlenmesine rağmen, haksız ticari uygulamalar TKHK.'nın 62. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir. Aynı şekilde tacirin haksız rekabet nedeniyle bir tüketiciye açmış olduğu dava da tüketici mahkemesinde görülmelidir<sup>105</sup>. Örneğin, tüketici bir yiyeceğin içinde domuz eti bulunduğunu bir elektronik posta aracılığı ile yaymakta veya gerçeğe aykırı biçimde, bir ürünün insan sağlığına zarar verdiğini belirtmekte ise, tacir davayı tüketici mahkemesinde açmalıdır.

TKHK. m. 66 ile düzenlenen tüketici hakem heyetinin, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenen "*sigorta tahkim komisyonu*"nun görev ve yetkilerini ortadan

<sup>103</sup> Bileşik faiz, bir anapara borcuna, belli bir döneme kadar işlemiş temerrüt faizlerinin eklenip, ortaya çıkan miktara tekrar faiz işletilmesi olduğuna ve anapara borcu, anapara ile anapara faizinin toplamını ifade ettiğine göre yasada "*temerrüt hali de dahi*" denilerek neyin kastedildiği anlaşılamamaktadır. Zira bileşik faiz sadece temerrüt halinde gerçekleşen bir olgudur.

<sup>104</sup> ARKAN, s. 107; BAHTİYAR, s. 80.

<sup>105</sup> Nitekim bu yönde, AKSOY, s. 327.



kaldırmadığı kabul edilmelidir. Zira 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, TKHK'ya göre özel bir kanundur. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta, tüketici sigorta tahkim komisyonuna veya tüketici hakem heyetine başvurma olanağına sahiptir.

Belirli bir miktara kadar tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunlu olduğu halde, sigorta tahkim komisyonuna başvuru zorunlu değildir (5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu m. 30).

Öğretide KAYA, “TK'da düzenlenen hususlardan doğan davaların mutlak ticari dava olduğu, bu nedenle ek bir değerlendirme yapılmaksızın asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu açık olmakla birlikte yakın tarihli kararlarında Yargıtay'ın mutlak ticari dava anlayışı ile uyuşmayan kararlar verdiği, TKHK'dan önce yürürlükte bulunan ETKHK döneminde tüketici mahkemeleri lehine asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına müdahale edildiği görülmektedir. Şöyle ki, ETKHK 3/1- (c)'ye göre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar da “mal” kavramının içerisine girmektedir. Yargıtay bu noktadan ve eTKHK'nın amacına ilişkin 1. maddesi ile kapsama ilişkin 2. maddesi ve bu kanunun kapsamına giren her türlü işin tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiğinden hareketle konut alımı için verilen bir bonodan kaynaklı uyuşmazlığa tüketici mahkemesinin bakması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Esasen TKHK 3/1- (h)'deki mal tanımında eTKHK'ya göre bir farklılaşmaya gidilmemiştir. Bu nedenle, TKHK döneminde de aynı içtihadın devam etmesi ihtimal dahilindedir. Ancak TK'da düzenlenen bir husus olan bonodan kaynaklı bu tarz davalarda bononun verilme amacı değerlendirilerek tüketici mahkemesini görevli sayan Yargıtay yorumunun isabetinin, hem bononun mücerretliği ilkesiyle<sup>106</sup> hem de mutlak ticari dava kavramıyla ne denli bağdaştığı tartışmaya açıktır” diyerek, konut alımı dolayısıyla verilen bir bonodan doğan uyuşmazlığın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiğini ifade etmekte, bu durumda tüketici mahkemelerinin görevli sayılmasını, mutlak ticari dava kavramıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir<sup>107</sup>.

TKHK., kapsam yönünden kural olarak, TTK'ya göre özel bir kanundur. Bu

<sup>106</sup> Ticaret Hukuku öğretisinde, kıymetli evrakın mücerretliğinin anlamı ve etkileri tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen birinci görüşe göre, soyutluk bir kıymetli evrakın düzenlenmesine yol açan alt ilişkideki sakatlıktan etkilenmemesi, yani hakkın doğumuna neden olan temel ilişki sakat veya geçersiz olsa bile kıymetli evrakın geçerli kalmakta devam etmesidir. İkinci görüş uyarınca soyutluk, bir kıymetli evrakın düzenlenmesine neden olan alt ilişkinin anlaşılmasına olanak vermemesi, senede bakılarak alt ilişkinin saptanamamasıdır. **BAHTİYAR, Mehmet** Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 12. Bası, İstanbul 2014, s. 5 vd. Bu açıklamalar ışığında, bononun verilme amacının değerlendirilmesi suretiyle tüketici mahkemesinin görevli olduğunun kabul edilmesinin, ikinci görüş anlamında mücerretlik ile ilgisinin bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira burada, bononun verilmesine neden olan alt ilişkinin geçersizliği gündeme gelmediği gibi, bononun verilmesine neden olan alt ilişki de senetten anlaşılmamaktadır. Bu nedenle, bononun verilme amacının tartışılması soyutluk ilkesini zedelememektedir.

<sup>107</sup> **ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA / NOMER**, N. 217.

açından öncelikle, bir uyuşmazlığa konu sözleşmenin (veya ticari uygulamanın) tüketici işlemi olup olmadığı irdelenmelidir. Eğer bir tüketici işlemi söz konusu ise dava bir tüketici davası olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık, tüketici işlemi bulunmuyorsa, davanın ticari olması halinde ticari yargıda, ticari bir dava da değilse genel mahkemelerde, yani asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerekir. Başka bir deyişle, bir hukuki işlemde doğan uyuşmazlığın TTK'da düzenlenmesi her zaman onun ticaret mahkemelerinde görüleceği anlamına gelmemektedir. Eğer mutlak ticari bir dava aynı zamanda tüketici işlemine konu oluyorsa, tüketici mahkemesinde açılmalıdır<sup>108</sup>.

Nitekim TKHK. 83/2'nin "*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez*" şeklindeki hükmü de bunu öngörmektedir.

TKHK.'nın 4/5. maddesine göre, "*Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir*"<sup>109</sup>. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir". Aktarılan hüküm uyarınca, konut alımı için verilen bir bonodan doğan uyuşmazlığın, tüketici mahkemesinde görülmesi mümkündür. Örneğin, konut alınırken verilen bir bono nama yazılı değilse veya her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde düzenlenmemişse TKHK. 4/5 uyarınca senetlerin tüketici yönünden geçersizliğinin tespiti için tüketici mahkemesinde dava açılacaktır. Veya tüketicinin satın almış olduğu bir mal ya da hizmet nedeniyle kıymetli evrak vermesi ve alt ilişkisinin geçersiz olması durumunda açılacak menfi tespit davasının tüketici mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, anılan Yargıtay kararlarının isabetli olduğu kanaatinde olup, KAYA'nın anılan eleştirilerine, TKHK. 83/2'nin açık düzenlemesi nedeniyle, de lege lata katılamamaktayız. Fakat olması gereken hukuk bakımından, tüketici mahkemelerinin görev alanının bu kadar genişletilmesinin, özellikle her konu ve sözleşme tipi hakkında uzmanlaşmış bir tüketici hâkimini yetiştirmenin zorluğu nedeniyle doğru bulmamaktayız<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> BAHTİYAR, s. 80.

<sup>109</sup> Bu hükmün, tüketicinin sadece düzenleyen sıfatına sahip olduğu kıymetli evrakta uygulama alanı olabileceği, bunun dışında tüketicinin ciranta veya avalist olarak imza attığı durumlarda uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmekte; tüketicinin daha fazla korunmasını sağlamak amacıyla başvuru borçlusu olarak yer aldığı senetleri de kapsamı için açık bir düzenleme bulunması gerektiği belirtilmektedir. BAHTİYAR/ HAMAMCIOĞLU, s. 117.

<sup>110</sup> Bkz. ve karşı. AKSOY, s. 328'de, TKHK. 3 ve 83 hükümleri gereği, bir tarafını tüketicinin oluşturduğu taşıma sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiği sonucunun doğduğu, oysa uyuşmazlığı hangi mahkeme görürse görsün, taşıyıcının sorumluluğuna, istisnalar dışında, TTK, Türk Sicil Havaçılık Kanunu, CMR, CIM, CIV ya da

Olması gereken, TKHK.'nın sadece özel olarak ve bütünüyle düzenlediği durumlarda tüketici mahkemelerinin görevli sayılmasıdır. Bunun dışında, taşıma, sigorta, kıymetli evrak, vekâlet, eser sözleşmesi gibi TKHK.'da düzenlenmeyen ancak tüketici işlemi olması dolayısıyla tüketici mahkemesinde görülen bir uyuşmazlığın ise Ticaret Mahkemesi'nde veya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde çözülmesi ve fakat TKHK.'nın tüketici lehine olan hükümlerinin/ tüketiciyi koruyan hükümlerin (tüketiciden harç alınmaması gibi) uygulanmasını önermekteyiz. Her sözleşmeye ilişkin olarak tüketici mahkemesi hakiminin uzman olması düşünülemeyeceğinden, bazen bir sorunun tüketici mahkemesinde çözülmesi düşünülenin aksine tüketicinin aleyhine de olabilir. Tüketici mahkemesinin görevini sınırlamak ve genel mahkemelerdeki hâkimleri, tüketici hukuku konusunda bilgilendirmek, hem daha kolay, hem usul ekonomisi yönünden daha verimli olacaktır.

6502 sayılı Kanununun 62. maddesinde, “*Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatici veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır. (2) Ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi hâlinde, ticari uygulamada bulunan, bu uygulamasının haksız ticari uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür.*” denilmektedir.

Yatırımcının bir bankadan veya aracı kurumdan finansal bir hizmet alması durumunda, yatırımcının tüketici sıfatına sahip olduğu ve tüketici mahkemesinde dava açabileceğini kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, yatırımcının yapmış olduğu işlem için tüketici mahkemesinde dava açılmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>111</sup>. PASLI, birincil ve ikincil piyasadaki işlemlerin iptal edilemeyeceği, ancak verilen aylıklı hizmet nedeniyle zararın tazmininin dava edilebileceği düşüncesindedir<sup>112</sup>.

---

Montreal Sözleşmesi'nin uygulanacağı, bu halde de, harç muafiyeti ve yargılama usulü gibi şekil kuralları dışında, davanın, tüketici hukuku ile bağının kalmayacağı belirtilmektedir. Bu gerekçeleri, olması gereken yönünden benimsemekle ve TKHK. 83/2'nin tüketici mahkemelerini adeta genel mahkemelere dönüştürdüğünü düşünmekle birlikte, de lege lata, TKHK. 83/2'nin açık sözüne aykırı bir yorum ve uygulama da yapılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bu açıdan, TKHK. 83/2 mutlaka değiştirilmeli, fakat bu değişiklik yapılabildiği takdirde hüküm sözü ve konuluş gerekçesine göre uygulanmalıdır. Nitekim Yargıtay 11. HD'nin 6502 Sayılı TKHK. yürürlüğe girdikten sonraki kararları da bu yöndedir (bkz. AKSOY, s. 329 vd'da zikredilerek eleştirilen kararlar).

<sup>111</sup> PASLI, s. 415.

<sup>112</sup> PASLI, s. 415-416.

### E. Satıştan Kaçınamama - Öneri Açısından (TKHK 6, TBK 8)

TBK 27'de çizilen sınırlar çerçevesinde, kişiler, sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, sözleşmeyi yapıp yapmama, tarafını, biçimini, türünü, seçme özgürlüğüne, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve içeriğini belirleme özgürlüğüne sahiptirler. Ancak satıştan kaçınamama ilkesini düzenleyen TKHK 6. madde, sözleşme özgürlüğü ilkesine sınırlama getirerek, satıcı/ sağlayıcıya sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz (TKHK. 6).

ZEVKLİLER/AYDOĞDU'ya göre, TKHK. 6 bu noktada, TBK. 8. maddeden ayrılmaktadır. TBK. 8/II'de, fiyatının gösterilmesi suretiyle mal sergilenmesi öneri sayılmış iken, TKHK'da vitrinde malın sergilenmesinin öneri kabul edilebilmesi için fiyat gösterilmesine gerek bulunmamaktadır<sup>113</sup>.

Satıştan kaçınamama ile öneri kavramlarının ayrı ayrı düşünülmesi gerektiği, fiyatı gösterilmeksizin bir malın sergilenmesinin öneri değil<sup>114</sup>, öneriye davet olduğu kanaatindeyiz. Zira, fiyatı gösterilmeksizin mal sergilenmesinde kabul beyanı ile birlikte sözleşme kurulamaz<sup>115</sup>. Burada satıcının sergilemiş olduğu malın satışından kaçınamaması, fiyatın gösterilmemesine rağmen önerenin bağlı kalma iradesinin yasa hükmü dolayısıyla peşinen bulunduğu anlamına gelmektedir.

Buna karşılık, malın fiyatının gösterilmeksizin sergilenmesi nedeniyle, tüketicinin hangi fiyata olursa olsun malı alacağını beyan etmesi (örneğin malı çok beğendiğini ve kesin olarak alacağını bildirmesi) ayrıca değerlendirilebilir. TBK. 233 uyarınca, “Alıcı, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmişse satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılır”. Hükmün uygulanması suretiyle, tüketici/alıcının böyle bir beyanı üzerine, sergilenen malın fiyatı gösterilmemesine rağmen, satışın ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılacağı da düşünülebilir. Böylece, malın fiyatı gösterilmemesine rağmen, alıcının evet demesiyle sözleşme kurulabilecektir.

Satıcının sözleşme yapma yükümlülüğünün, sergilenen mal ve stokta bulunan-

<sup>113</sup> Buna karşılık, TKHK. 54/1'de, “Perakende satışa arz edilen malların veya ambalajlarının yahut kaplarının üzerine kolaylıkla görülebilir ve okunabilir şekilde tüketicinin ödeyeceği tüm vergiler dâhil satış fiyatı ve birim fiyatını gösteren, üretim yeri ve ayırıcı özelliklerini içeren etiket konulması; etiket konulması mümkün olmayan hâllerde aynı bilgileri kapsayan listelerin görülebilecek şekilde uygun yerlere asılması zorunludur. Hizmetlerin tarife ve fiyatlarını gösteren listeler de bu madde hükmüne göre düzenlenerek asılır” denilerek, satışa arz edilen malların üzerine fiyat etiketi konulmasını zorunlu kılınmıştır.

<sup>114</sup> Gümüş de, Kanun koyucunun salt mal teşhirini bir öneri saymadığı düşüncesindedir. GÜMÜŞ, s. 76.

<sup>115</sup> ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 152.

lar ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Satıcının stokta bulunmayan bir malı sipariş ederek, tüketiciye sunma zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>116</sup>.

### F. Ayıplı Mal (TKHK m. 8) Açısından

TKHK.'da ayıplı<sup>117</sup> malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıbı belirli bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğü kaldırılmıştır.

Buna karşılık, TTK. 23'e göre, açık ayıplarda iki gün, açık olmayan ayıplarda ise sekiz gün içerisinde ayıp satıcıya bildirilmelidir. TBK. 223/II'ye göre ise, işlerin olağan akışına imkan bulunur bulunmaz inceleme sonucu ortaya çıkan ayıbın bildiri-ri öngörülmüştür.

Ayıpların varlığını ispat yükü konusuna gelince, TKHK. 10'a göre, teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir. Böyle bir düzenleme TTK. ve TBK.'da yer almamaktadır.

Tüketici, iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği sürece seçimlik haklarını da kullanabilecektir. Ayıbın çok erken bir safhada tespit edilmiş olmasına rağmen tüketicinin uzun bir süre seçimlik haklarını kullanmamış olması, duruma göre TMK.'nın 2. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bir hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşabilecektir.

TKHK. 11/1-ç'de, "*ayıpsız bir misli ile değişim*" den söz edilirken, TBK. 227'de "*ayıpsız bir benzeri ile değişim*" den söz edilmektedir. Arada fark olmadığı düşünülebilir ise de, TBK.'daki ayıpsız bir benzeri ile değişim hükmün konuluş amacına daha uygun olup, tüketicinin lehine gözükmektedir. Çünkü, ayıpsız misli ile değişim söz konusu olduğunda satıcı, daha sonra üretilen ürünün tüketiciye satılan ürünün misli olmadığı, üründe birtakım değişiklikler yapıldığını, üretilen malın tüketiciye satılan misli olmadığını, dolayısıyla bu hakkın ileri sürülemeyeceğini savunabilecektir.

TKHK. 11/2'deki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. TBK. 219 ise sadece satıcının sorumlu olmasından söz etmiştir.

### G. Taksitle Satım Sözleşmeleri Açısından

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca sözleşmeye TBK.'nın kısmi ödemeli satışlara ilişkin hükümle-

<sup>116</sup> ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 152; GÜMÜŞ, s. 76.

<sup>117</sup> Ayıba karşı tekeffül ve garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlerin karşılaştırılmasına ilişkin geniş bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Murat Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, s. 153 vd.

rinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Oysa TKHK. m. 17/2'de tüketicinin, kira süresi sonunda bir malın mülkiyetini edinme zorunluluğunun bulunduğu finansal kiralama sözleşmeleri hakkında da bu bölüm (TKHK. 17-21) hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

6361 sayılı Kanun'da kiracı sıfatı açısından tacir, tüketici sınırlaması olmadığı halde, ÖZAKMAN<sup>118</sup>, finansal kiralamaya dair kanun hükümlerinin tüketiciye uygulanamayacağı, tüketicinin kiracı olamayacağı kanaatindedir.

TBK. 256 uyarınca, alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür. Kanunda belirlenen asgari peşinatı tamamen almaksızın, satılanı alıcıya devreden satıcı, peşinatın ödenmeyen kısmı üzerinde istem hakkını kaybeder. Bu hükmün tüketici sözleşmelerinde uygulanıp uygulanmayacağı akla gelebilir. Kanaatimizce, düzenleme tüketici lehine olduğundan, tüketici sözleşmelerine de uygulanabilecek niteliktedir.

Taksitli satış sözleşmelerinde, alacağın devredilmesi durumunda alıcının, satış bedeli alacağına ilişkin defileri sınırlanamaz ve ortadan kaldırılamaz (TBK. 257). Hükmün tüketiciye ilişkin taksitli satış sözleşmelerinde, TKHK. 83/1 atfı uyarınca uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz.

Tüketici, borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Her iki durumda da satıcı veya sağlayıcı, faiz veya komisyon aldığı durumlarda ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür (TKHK. 20). Erken ödemeye ilişkin bu hüküm, borçlunun, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapılamayacağını düzenleyen TBK. 96'nın bir istisnasıdır.

TBK. 258 uyarınca da, alıcı satış bedelinin kalan kısmını her zaman bir defada ödeyerek borcundan kurtulabilir. Bu durumda, peşin satış bedeline ilave edilen bedelin ödenmemiş taksitlere isabet eden kısmı, yarısından az olmamak üzere ödeme süresinin kısaltılmasına uygun olarak indirilir. TBK. 258 taksit borcunun kambiyo senedine bağlanmış olması durumunda indirim yapılamayacağını öngörmüş ise de, hükmün tüketicilere uygulanmaması gerekir. Zira, kalan borcun nama yazılı bir kambiyo senedine bağlanması (TKHK. 4/5) durumunda tüketicinin indirimden yararlanması mümkün ve TKHK. 20'ye uygun olacaktır. Tüketicinin bu olanaktan yararlandırılmaması için hukuken savunulabilir bir neden de gözükmemektedir.

Taksitli satım sözleşmesinde, taksitlerin ödenmesinde tüketicinin temerrüde düşmüş olması durumunda, satıcının dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar, öden-

<sup>118</sup> **Cumhur ÖZAKMAN**'ın Bilgi Üniversitesi'ndeki Sempozyum'da yapmış olduğu değerlendirmeler.

miş olan taksitler tutarına eşit veya daha fazla ise satıcı sözleşmeden dönemez (BK. 259/II). Buna ilişkin bir hüküm TKHK'da yer almamaktadır. Ancak bu hükmün tüketici işlemlerinde uygulanabileceği kanaatindeyiz.

### **H. Genel İşlem Koşulları – Haksız Şart – Haksız Rekabet Hükümler Açısından**

Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler TBK. 20-25. maddelerde, haksız rekabete ilişkin hükümler TTK. 54-63. maddelerde ve haksız şarta ilişkin TKHK.'nın 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerin birbirlerine benzer yönleri olduğu gibi bu hükümler arasında farklılıklar da bulunmaktadır.

Haksız şarta ilişkin hükümler sadece tüketicilere, haksız rekabete ilişkin hükümler tacirlere, tüketicilere (ve müşterilere), esnaflara, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler ise tüketicilere, tacirlere ve esnafa uygulanabilecektir. Haksız şarta ilişkin hükümlerin tüketici dışındaki kişilere uygulanması mümkün değildir.

Haksız şarta ilişkin hükümler ile genel işlem koşulları arasında bazı benzerlikler bulunmaktadır. Gerek haksız şartlar gerek genel işlem koşulları sözleşmenin karşı tarafıyla müzakere edilmeksizin hazırlanırlar.

Haksız şartta karşı tarafın tüketici olması gerektiği halde, genel işlem koşulunda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Haksız şartlarda ve genel işlem koşullarında, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine olacak hükümlerin konulamayacağı belirtilmiştir.

Her iki tür hükümlerde de düzenleyenin aleyhine ve tüketicinin/ karşı tarafın lehine olan yorum ilkesi benimsenmiştir.

Yine hem genel işlem koşullarının hem haksız şartlara ilişkin hükümlerin, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle faaliyet yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de uygulanması öngörülmüştür.

TKHK.'nın 5/2. maddesinin, 2. cümlesinde, sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı, bu durumda sözleşmeyi düzenleyenin, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı, diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği kabul edilmiştir. Benzer bir hüküm genel işlem koşullarına ilişkin TBK 22. maddede bulunmaktadır. Her iki durumda da, geçersiz kalan bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağının açıkça anlaşılması durumunda, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağına ilişkin TBK. 27/ II, 2. cümleinin burada uygulanmasına imkân yoktur. Başka bir deyişle, tüketiciyi/ karşı tarafı korumak amacıyla kısmi geçersizliğin sözleşmenin tamamına yayılmasına izin verilmemiştir.

Genel işlem koşullarında, karşı tarafın durumunun ağırlaştırılmasından söz edilirken, haksız şartlarda tüketici aleyhine dengesizlikten söz edilmektedir. Buna karşılık, bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu sayılması için ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden hazırlanması gerekli iken haksız şartlarda böyle bir koşulun varlığından açıkça söz edilmemiştir<sup>119</sup>. TTK. 55. maddede ise, genel işlem şartlarının önceden yazılmasından söz etmektedir.

Haksız şartların yaptırımı kesin hükümsüzlük, genel işlem koşullarının ise yazılmamış sayılmadır. TTK. 55'de genel işlem şartlarının böyle bir yaptırımı olmamakla birlikte, hiç şüphesiz haksız rekabet nedeniyle zarar gören taraf sorumluluk davası açabilecektir.

TKHK.'da 5/7'de sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde fiyat denetimi yapılamayacağı belirtildiği halde genel işlem koşullarında böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık TBK. 28'de bir sözleşmenin karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlık bulunması durumunda belirli koşullarda zarar görene sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirecek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin istenebileceği kabul edilmiştir. TKHK. 5/7 karşısında, bu hükmün tüketici işlemlerine de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle, tüketici işlemlerinde de belirli koşullarda fiyat denetiminin yapılabileceğini kabul edilebilir.

TBK. 20/III'e göre, "*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz*". TKHK.'nın 5/3. maddesinde, "*Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmününün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez*" şeklinde bir hüküm yer almakta ise de; TBK. 20/III'e benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, bu hükmün kıyasen tüketici sözleşmelerinde de uygulanması gerekir. Başka bir deyişle, bir tüketici sözleşmesinde, "*sözleşmede yer alan koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar tek başına onları haksız şart olmaktan çıkarmayacaktır*."

Bakanlığın, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış olan sözleşmelerde, haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir. TKHK.'nın 7/2. maddesi uyarınca, Bakanlıkça verilen süre içinde haksız şartın sözleşme metninden çıkarılmaması ha-

<sup>119</sup> KARA, s. 167.



linde iki yüz Türk Lirası idari para cezasının uygulanması kabul edilmiştir. TTK. 62. maddeye göre, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullananların iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılabilmesi kabul edilmiştir. Haksız şartı kullanmak aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarını kullanmak anlamına gelebilecektir. Böyle bir durumda da, her iki hükümdeki yaptırımların birlikte uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir niteliktedir. Ancak aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesi gereğince her iki yaptırımın birlikte uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Genel işlem koşullarına ilişkin TBK. hükümlerine uyulmadığında ise, idari veya adli para cezası veya hapis cezası öngören bir hüküm bulunmamaktadır.

TKHK. 5/2'de, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde dengesizliğe neden olan sözleşme hükümleri haksız şart sayılmış ve haksız şartların kesin hükümsüz olduğu belirtilmiştir. TBK. 21/II'de, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması kabul edilmiştir. Oysa sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören genel işlem şartlarını kullananların dürüstlüğü aykırı davranacağı kabul edilmiş ancak herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır.

## **SONUÇ**

Çalışmada vardığımız önemli bazı sonuçları özetle sıralamak gerekirse;

1. 6502 sayılı TKHK.'nın tüketici sıfatının saptanmasında, kişisel (sübjektif) ölçüt ile birlikte yapılan işlemin hangi amaçla gerçekleştirildiğini esas alan işlevsellik ölçütünü kabul ettiği söylenebilir. Zira tüketici tanımında, ticari veya mesleki olmayan amaç unsuru bulunduğu gibi, tüketici işleminin tanımında da, tüketicinin muhatabı olan satıcı veya sağlayıcının ticari veya mesleki amaçla hareket etmesi unsuruna yer verilmiştir.

2. Tacir ve esnaf sıfatına sahip olmayan, ticari ve/veya mesleki bir faaliyeti sürekli olarak yürütmeyen bir gerçek kişinin, karine olarak tüketici kabul edilmesi ve aksini iddia edenin, bu hususu ispatla yükümlü sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Başka bir deyişle, bir kişi tüketici sıfatına sahip ise, bu kişinin yapmış olduğu sözleşmeleri de kural olarak tüketici sözleşmesi saymak ve ispat yükünü, aksini iddia eden karşı tarafa yüklemek gerekir.

3. TKHK., TTK. ve TBK.'ya göre özel bir kanundur. 6502 sayılı TKHK.'ya göre, her türlü sözleşme tüketici işleminin konusunu oluşturabilmekte; hatta bir sözleşmenin başka bir kanunda düzenlenmiş olması, giderek, TKHK.'nin bu sözleşmeye dair hiçbir düzenleme içermemesi dahi sonucu değiştirmemekte, en azından TKHK.'nin görev ve yetkiye dair hükümleri yine de uygulanmaktadır (TKHK. 2; 3/1,1 ve 83/2). Buna göre, TKHK.'da özel düzenleme bulunan tüm hususlarda

öncelikle bu kanun uygulanacak, hüküm olmayan hususlarda işin niteliğine göre, TTK.'ya veya o da olmazsa TBK.'ya gidilecektir. Bununla birlikte, taşıma ve sigorta gibi, TTK.'da ayrıntılı, uluslararası gelişme ve anlaşmalarla uyumlu özel bazı hükümlerle düzenlenmiş sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda, TTK. hükümlerinin özel hüküm olduğu kabul edilmeli; TTK.'da düzenlenmeyen hususlarda TKHK. hükümleri uygulanmalıdır.

4. TTK. 7/1, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemeyeceğini düzenlemektedir. Böyle bir hüküm TKHK.'da yer almamasına rağmen, bu hükmün tüketici işlemlerine de uygulanması gerekir.

5. TBK. 88 ve 120'deki sınırlamaların tüketici sözleşmelerinde de, uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Böylece TBK. 88 ve 120 uyarınca, anapara faizinde en fazla % 13,5 ve temerrüt faizi olarak ise % 18 oranında faiz kararlaştırılması mümkün olmalıdır.

6. Tüketici sözleşmelerinde, para borcunun iadesi söz konusu olduğunda (tüketicinin alacaklı olduğu hallerde), TKHK'da faizin türüne ilişkin hüküm bulunmadığından, TTK. uygulanacak ve buna göre tüketici TTK. 19 uyarınca ticari temerrüt faizi oranının uygulanması suretiyle, faizin hesaplanmasını isteyebilecektir.

Tüketicinin bankalardan bir miktar paranın iadesini talep ettiği durumlarda, TTK. 18 gereğince basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunan bankanın, yasal ve sözleşmesel dayanağı bulunmayan herhangi bir bedeli (örneğin ekspertiz ve komisyon ücretini) tahsil etmemesi gerektiğini veya tahsil ettikten sonra bu miktarı iade etme yükümlülüğünün bulunduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Banka bu nedenle kötüniyetli sebepsiz zenginleşen olup, TBK. 117/II uyarınca, tüketicinin bankayı temerrüde düşürmesi için ihtara gerek yoktur.

7. Ticari bir dava, TKHK. kapsamında aynı zamanda tüketici işlemine konu olabilir ve tüketici sıfatına sahip birisi tarafından dava açılabilir. Bu durumda değerine göre, tüketici hakem heyetlerine başvurulması veya davanın tüketici mahkemesinde açılması gerekir<sup>120</sup> (TKHK. 68 vd., 73, 83/2).

Müşterinin tüketici sıfatıyla açmış olduğu haksız rekabet davalarında, haksız rekabet TTK.'da düzenlenmesine rağmen, haksız ticari uygulamalar TKHK.'nın 62. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir. Aynı şekilde tacirin haksız rekabet nedeniyle bir tüketiciye açmış olduğu dava da tüketici mahkemesinde görülmelidir.

TKHK. 66 ile düzenlenen tüketici hakem heyetinin, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenen "sigorta tahkim komisyonu" nun görev ve yetkilerini ortadan kaldırmadığı kabul edilmelidir.

<sup>120</sup> ARKAN, s. 107; BAHTİYAR, s. 80.

Yatırımcının bir bankadan veya aracı kurumdan finansal bir hizmet alması durumunda, yatırımcının tüketici sıfatına sahip olduğu ve tüketici mahkemesinde dava açabileceğini kabul etmek gerekir.

8. 6502 sayılı TKHK.'nın, TKHK. 3/1, k, l ve özellikle 83/2 hükmünün Kanun'un uygulama alanını, amacı aşan ölçüde genişletmesi, buna ek olarak Kanun'un getirdiği korumanın, sadece kapsamı (her türlü sözleşmeyi Kanun kapsamına alması) yönünden değil, ayrıca, korumanın derecesi (aşırı koruma) ve nihayet, Tüketici Mahkemeleri'nin görev alanı (her türlü sözleşmeye ilişkin yargılama yapacakları ve dolayısıyla bu mahkemelerin ihtisas mahkemesi olmaktan çıkıp adeta genel mahkemeye dönüşebileceği) yönlerinden de eleştirileri hak etmektedir. Olması gereken hukuk bakımından, tüketici mahkemelerinin görev alanının bu kadar genişletilmesinin, özellikle her konu ve sözleşme tipi hakkında uzmanlaşmış bir tüketici hâkimini yetiştirmenin zorluğu nedeniyle doğru bulmamaktayız.

Burada, sadece TKHK.'nın özel olarak sorunu çözümlendiği veya düzenlediği durumlarda tüketici mahkemelerinin görevli sayılması, bunun dışında taşıma, sigorta, kıymetli evrak, vekâlet, eser sözleşmesi gibi TKHK.'da düzenlenmeyen ancak tüketici işlemi olması dolayısıyla tüketici mahkemesinde görülen bir uyumsuzluğun ise Ticaret Mahkemesi'nde veya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde çözülmesi ve fakat TKHK.'nın tüketici lehine olan hükümlerinin/ tüketiciyi koruyan hükümlerin (tüketiciden harç alınmaması gibi) uygulanmasını önermekteyiz.

Her sözleşmeye ilişkin olarak tüketici mahkemesi hakiminin uzman olması düşünülemeyeceğinden, bazen bir sorunun tüketici mahkemesinde çözülmesi düşünülenin aksine tüketicinin aleyhine de olabilir. Tüketici mahkemesinin görevini sınırlamak ve genel mahkemelerdeki hakimleri, tüketici hukuku konusunda bilgilendirmek, hem daha kolay, hem usul ekonomisi yönünden daha verimli olacaktır.

#### **KAYNAKÇA**

- AKSOY, Sami** : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Taşıma Hukukuna Müdahalesi, *BATİDER*. 2015, S. 2, s. 303 vd.
- ALBAŞ, Hakan** Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri, *Legal Hukuk Dergisi*, 2005/34, s. 3463 vd.
- ALTOP, Atilla**: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul.
- ARKAN, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2005.
- ASLAN, İ. Yılmaz**: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2015.
- ATAMER, Yeşim M.**: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m.55, f.1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012.

- ATAMER, Yeşim:** 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Fiyat Denetimi, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul 2015.
- AYDINCIK, Şirin:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Borçların İfası (TBK m.83 -111) Hükümlerine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, Filiz, 2011.
- AYDOĞLU, Murat:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 2, 2013.
- AYDOĞDU, Murat:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı.
- AYDOĞDU, Murat:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler, DEÜHD, 2010/1.
- BAHTİYAR, Mehmet** Ticari İşletme Hukuku 16. Bası, İstanbul 2015.
- BAHTİYAR, Mehmet** Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 12. Bası, İstanbul 2014.
- BAHTİYAR, Mehmet/ HAMAMCIOĞLU, Esra:** Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanılması ve Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2015, Cilt: 3- Sayı: 1, s. 99- 124.
- BARLAS, Nami:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- BATTAL,** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 313- 332.
- DOMANIÇ, Hayri:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi I, İstanbul 1988.
- ERDOĞAN, İhsan:** Satıcının, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Ocak 1996.
- GEZDER, Ümit:** İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2004.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** 6502 sayılı Tüketici Kanunu Şerhi, İstanbul 2014.
- HAVUTÇU, Ayşe:** Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- HELVACI, Serap:** Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri, Legal Hukuk Dergisi, 2005/34, s.
- İMREGÜN, Oğuz:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2001.
- İNAL, Tamer:** Tüketici Hukukunda Tüketim Malı- Yatırım Malı Ayırımının Gerekliği, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2015 s. 161 vd.
- İNCEOĞLU, Murat** Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı.
- KARA, İlhan** Tüketici Hukuku, Ankara 2015.

- KARA, İlhan** 6502 Sayılı TKHK'da Bankacılık İşlemleri Nedeni İle Tüketiciden Alınabilecek Masraflar, BDDK Kararı, Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları, İstanbul Barosu Dergisi, Mart Nisan 2015, Cilt:89, Sayı:2015/2.
- KARA, Mustafa Sencer:** Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2.
- KARAHAN, Sami:** Ticari İşletme Hukuku, Konya 1998.
- KAYAR, İsmail:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2006.
- KILIÇOĞLU, Ahmet** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2008.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme, BATİDER, 2012/4.
- MOROĞLU, Erdoğan:** Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarıları, İ.B.D., 2006/1.
- NOMER, Haluk Namı:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul, Beta, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin:** Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, 663- 692.
- OZANOĞLU,** Tüketim Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2001, Cilt 50, Sayı 1, s. 55-90.
- KABUKÇUOĞLU ÖZER, Fatma Dilek:** Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Sigorta Sözleşmeleri, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2015.
- PASLI, Ali:** Sermaye Piyasası Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2015.
- REİSOĞLU, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- SEROZAN, Rona:** Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Eleştirisi, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. XV, S. 173/4, Mayıs 1996.
- ŞEKER, Muzaffer:** Sipariş Edilmeyen Mal ve Hizmetler (TKHK. m. 7) İle İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (TBK. 7), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:13 Sayı:26 Güz 2014/2 s. 73- 93.
- TAŞKIN, Mustafa:** Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı, ABD, 1997/I, Yıl: 54, s.
- TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- TOKBAŞ, Hakan:** Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları Tüketici Hukununun Temel İlkelerinin Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi ve Eleştirisi, İstanbul 2015.
- TUNA, Ergun:** Ticari İşletme Hukuku Cilt I, Ticari İşletme, İstanbul 1993.

**TUTUMLU, Mehmet Akif:** Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara 2015.

**ÜLGEN, Hüseyin /HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer /KAYA, Arslan / ERTAN, Füsun Nomer:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.

**YAĞCI, Kürşad:** Anapara Faizi Ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği, İÜHFİM C. LXXI, S. 2, 2013.

**ZEVKLİLER, Aydın / AYDOĞDU, Murat:** Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

# KÜRESELLEŞEN DÜNYADA HUKUKUN YEKNESAKLAŞTIRILMASI KONUSUNDA KARŞILAŞILAN BAZI PROBLEMLER

(Some Problems Encountered About Unification  
of Laws Within The Globalizing World)

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR\*

## ÖZET

Küreselleşmenin etkilediği alanlardan birisi de hukuktur. Çünkü küreselleşme ile hukuk sistemleri birbirine daha da yakınlaşmıştır. Bunun sonucu olarak devletler, hukuk sistemlerinin yeknesaklaştırılması konusunun eskisinden daha istekli hale gelmişlerdir. Ancak, bir şeyi istemek, o sonucun gerçekleşmesi için tek başına yeterli değildir. Sonucun gerçekleşmesi için isteğin yanında teknik altyapının hazırlanması ve devletlerin bu konuda üzerlerine düşen gayretleri sarfetmeleri de gereklidir.

Bu güne kadar, hukuk sistemlerinin yeknesaklaştırılması konusunda bazı çalışmalar yapılmış, model kanunlar hazırlanmıştır. Ancak bu tür çalışmalar mahallî ve bölge bazında kalmış, hiçbir zaman bütün dünyayı kapsayamamıştır. Bunun sebeplerinin bir kısmı hukukî ise de, geçmişte büyük kısmı siyasîdir. Gerçekten de, aynı siyasî ve hukuk sistemini benimsemiş Avrupa Birliği'nde bile hukukun yeknesaklaştırılması ağır aksak ilerlemektedir. Bu sebeple bütün dünyayı kapsayan bir hukuk sistemi bugün için ideal olmakla birlikte, hayalden öteye bir anlam taşımamaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Küreselleşme, Hukuk sistemleri, Yeknesaklaştırma, Avrupa Birliği Medenî Kanunu, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri

## *Abstract*

Law is one of the areas being affected by globalisation. Because, with the globalisation, different law systems have moved towards each other. As a result, states become more willing to unify law systems. However, to want something is not enough. To get results, states' efforts and preparing technical infrastructure are also necessary.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Some studies have been done for the unification of law and some model laws have been prepared. On the other hand, these studies were local, not global. Some of the reasons of this failure were legal and other reasons were political. Even within European Union, in which the same law system applied, unification of law is haltingly progressing. For this reason, to have a uniform law system that covers whole world, is not realistic and just a dream while being ideal.

**Keywords:** Globalisation, law systems, unification, European Union Civil Law, Principles of European Contract Law

## GİRİŞ

Kanadalı filozof, Marshall McLuhan'ın “*Dünya küresel bir köy olacak (The world will be a global village)*” sözü<sup>1</sup>, yirminci yüzyılda iletişim alanında meydana gelen baş döndürücü gelişmelerle bir kehanet olmanın ötesinde, gerçeğe dönüşmüştür<sup>2</sup>. Gerçekten de, “*dünyanın küçük bir köy haline geldiği*” sözü en çok Internet, facebook, twitter ve instagram alanındaki gelişmeler açısından geçerlidir. Çünkü, bu tür sosyal paylaşım imkânları sayesinde geçmişte farklı ülkelerdeki insanlar birbirlerini görmeden, seslerini duymadan iletişim kurabilmekte idi. Bugün için söz konusu olaylar da gerçekleşmiş, farklı ülkelerdeki insanlar, bilgisayar sayesinde birbirlerini göreyerek iletişim kurabilir hale gelmiştir.

### I. Küreselleşmenin Hukukun Yeknesaklaştırılmasına Getirdiği Kolaylıklar

18. yüzyıldan sonra millî hukuklar meydana gelmeye başlamıştır. Bu hareket, özellikle özel hukuk ve bilhassa ticaret hukuku alanlarında görülmüştür. Hatta, söz konusu alanlardaki kanunlaştırmaların tamamlanmasıyla millileşme en üst seviyeye ulaşmıştır<sup>3</sup>.

Hukukun uyumlaştırılmasında ve bunun sonucu olarak yeknesaklaştırmalarda, en büyük kamu ve özel hukuk müesseselerine düşmektedir. Zira, hukuku uyumlaştırma ruhunu güçlendirme kamu ve özel hukuk müesseselerinin etkisi çok büyüktür. Gerçekten de yeknesaklaştırma ve uyumlaştırma ancak bunların destekleri sayesinde gerçekleştirilebilir.

<sup>1</sup> McLuhan bu sözünü radyonun 1930'lardan sonra giderek artan kullanımı ve insanlar arasındaki iletişimi kolaylaştırması üzerine söylemiştir. Gerçekten de, radyo sinyalleri ile bir yerden başka bir yere iletişim kurmak ona göre dünyayı küresel bir köye dönüştürmüştür. Yazarın bu sözü ile söylemesinden çok sonraları 1990'lardan itibaren Internetin insanlar arasında yaygın olarak kullanılmasına başlanması adeta yeni bir çağın habercisi olmuştur.

<sup>2</sup> MCLUHAN, Eric; The Source of the Term “Global Village”, McLuhan Studies: Issue : 2, www.choss.utoronto.ca/mcluhan-studies/v1\_iss2/1\_2art.htm, s.1, E.T. 11.02.2005.

<sup>3</sup> Hatta, söz konusu alanlardaki kanunlaştırmaların tamamlanmasıyla millileşme en üst seviyeye yükselmiştir. Geniş bilgi için bkz. ZENCİRKIRAN, Memet; Küreselleşme: Sorunlar ve Çözümler Önerileri, www.isguc.org/memet2htm, s. 2. 18. yüzyıldan sonra millî hukuklar meydana gelmeye başlamıştır. Bu hareket özel hukuk ve ticaret hukuku alanlarında görülmüştür.



İnternetin getirdiği kolaylıklar küreselleşmeyi kolaylaştırmıştır. Küreselleşmenin özel hukuktaki en önemli sonucu ise, İnternet aracılığı ile elektronik ticarettir (e-Ticaret, e-commerce)<sup>4</sup>.

### A. E-Ticaret

E-ticaret; 20. yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkmış yepyeni bir ticaret dalıdır. Elektronik ticaret, “*elektronik iletişim araç ve metodlarıyla açık ve kapalı ağlar üzerinden ve bilgisayarlar aracılığı ile gerçekleştirilen ticarî uygulamaların tamamı*” olarak tanımlanmaktadır<sup>5</sup>. E-Ticaretin OECD tarafından yapılan tanımı ise şöyledir: “*Gerçek veya tüzel kişilerin açık bilgisayar ağları veya bu ağlarla bağlantılı kapalı ağlar üzerinden sayısallaşmış metin, görüntü ya da ses kullanarak yapılan ticari işlemlerdir*”<sup>6</sup>. Doktrinde, hakim görüş tarafından kabul edilen tanım ise, e-ticaret “*bilgisayar veya bilgisayar tabanlı cihazlar arasında, İnternet kullanmak suretiyle gerçekleştirilen ve her türlü fizikî veya dijital ürün satımını konu alan, satılan malların teslimi ve bedelinin ödemesinin İnternet yoluyla veya klâsik usulde yapıldığı ticarî ilişkiler bütünüdür*”<sup>7</sup>.

E-ticaret, genel olarak üçe ayrılmaktadır. Bunlardan ilk sırada; mal veya hizmet sunan ve alan tarafların her ikisinin de işletmeler olduğu elektronik ticaret uygulamaları gelmektedir. Doktrinde buna “*işletmeler arası elektronik ticaret*”, veya “teşebbüsler arası elektronik ticaret” (B2B) adı verilmektedir<sup>8</sup>. E-ticaretin ikinci şeklinde, mal veya hizmet sunanın bir işletme, bunları alanların tüketici olduğu uygulama söz konusudur. Bu tür e-ticaret “*işletmeler ile tüketiciler arası elektronik ticaret (B2C)*” adlandırılmaktadır. Üçüncü halde ise, iki kişi arasında gerçekleşen ve e-ticaretin diğer iki türü arasında bulunmayan mal ve hizmet işlemlerini konu almaktadır. Bu son hal, doktrinde “*tüketiciler arası elektronik ticaret (C2C)*” olarak tanımlanmaktadır<sup>9</sup>.

E-ticaretin önemli unsurlarından birisi de elektronik ödeme araçlarıdır. *Bunlar doktrinde, kredi kartları, elektronik çek, elektronik para, Smart kard, E-posta aracılığı ile Online Para Transferi, Elektronik para şeklinde sıralanmaktadır*<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Küreselleşmenin hukuk için anlamı ve küreselleşmede hukuka nasıl bir görev yüklediği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. MICHAELS, Ralf; Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung), Rabels, Bd. 69 (2205), s. 527 vd.

<sup>5</sup> Tanım için bkz. FALCIOĞLU, Mete Özgür; Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara 2004, s. 51.

<sup>6</sup> Tanım için bkz. SAVAŞ, Abdurrahman; İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler ve Bunların Hukukî Sonuçları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Konya 2004, s. 53.

<sup>7</sup> SAVAŞ, s. 53.

<sup>8</sup> ÖZSUNAY, Ergun; Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s. 121.

<sup>9</sup> Tanımlar için bkz. FALCIOĞLU, s. 51-52.

<sup>10</sup> Geniş bilgi için bkz. SAVAŞ, s. 63 vd.

## B. İnternet

1990'lardan itibaren İnternet büyük bir hızla yaygınlaşmaya başlamıştır. Gerçekten de, 2002 yılında dünya üzerindeki İnternet kullanıcısı sayısı 604 milyon iken, 2004 yılında 945 milyona, 2015 yılının ilk yarısında ise 3,01 milyara ulaşmıştır<sup>11</sup>. Üstelik bu kişilerin 2,07 milyarının, sosyal medya<sup>12</sup> ağlarında hesabı da vardır. Türkiye'de ise, Ocak/2015 itibarıyla, 37,7 milyon aktif İnternet kullanıcısı mevcuttur. Bunun yanında, Türkiye'de 40 milyon aktif sosyal medya hesabı, 69,6 milyon mobil hat ve 32,0 milyon aktif mobil sosyal medya hesabı bulunmaktadır<sup>13</sup>.

İnternet, dünyanın neresinde bulunulduğundan bağımsız olarak, hemen hemen herkesin her türlü elektronik bilgi hizmetine erişimini mümkün kılmaktadır. İnternet, facebook ,twitter ve instagram gibi bilgi otobanlarının ve ağlarının ortaya çıkışı, bu gelişmeleri hızlandırmıştır. Teknolojideki bu gelişmeler sayesinde iletişim ve bilgi hizmetlerine bağlanan kullanıcılar “siber uzay” adı verilen ortak bir uzay meydana getirmişlerdir. Ancak siber uzayın meşru amaçlar için kullanılması kadar, kötüye kullanımı da söz konusudur. Bu tehlike, alınan bütün tedbirlere rağmen her zaman mevcuttur.

İnternet, küresel seviyede birbirine bağlı bilgisayar ağları arasında verilerin iletimine imkân sağlayan bir sistemdir. Bu sebeple, toplumlar İnternet, facebook, twitter ve instagram'a kısa zamanda ve çok çabuk alışılmış, hatta bunlar klâsik haberleşme ve veri iletişim metodlarının yerini almışlardır. Böylece coğrafi sınırlar içerisinde her devletin kendi hukukunun geçerli olduğu hukuk anlayışı, günümüzde yıkılmıştır. İnternet, facebook, twitter ve instagram'ın ortaya çıkması ile birlikte, veriler devletlerin sınırlarını tanımadan iletmeye başlanmıştır. Bunun sonucu olarak aynı veri ile ilgili dünyanın her yerinden farklı hukuk sistemlerinin aynı olayda yetkili olması problemleri ortaya çıkmıştır.

Bugün gelinen noktada İnternetin yaygınlaşması kendi hukukunu doğurmuştur. Gerçekten de, İnternet yaygınlaşmaya başladıkça, hukukun uygulanmadığı bir alan olmaktan çıkmaya başlamıştır. *İnternet dünya çapında hukukçuların dikkatini çekmeye başlamış*, bu sistemin getirdiği problemlere çözüm üretmek için milletlerarası düzenlemeler yapılmıştır. Bugün İnternet üzerinde yapılan sözleşmelerin ortaya çıkardığı sorunlara çözüm için E-Ticaret Direktifleri, Elektronik İmza<sup>14</sup> ile ilgili kanunlar, İnternette, facebook ve twitter'da porno yayınlarının önlenmesi ile ilgili sözleşmeler, İnternet protokolleri, İnternette, ortaya çıkan fikrî hak ihlallerine ilişkin sözleşmeler imzalanmıştır. Bu anlamda olmak üzere, devletlerin olumlu karşılamadığı dosyalar ve özel hayatın

<sup>11</sup> Başlangıçtan bu yana İnternet alanındaki gelişmeler hakkında geniş bilgi için bkz. SEVİ, Nüket Evrim; İnternet Servis Sağlayıcıların Hukukî Sorumluluğu, BATİDER, Haziran 2004, Ankara, S. 3, s. 189; <http://www.wearesocial.org>, s. 6 ET. 25.08.2015.

<sup>12</sup> Sosyal medya kullanan kişilerin 1,68 milyarı, akıllı telefonlar aracılığıyla da hesaplarına erişmektedir. İstatistik bilgileri için bkz. <http://www.wearesocial.org>, s. 6, ET. 25.08.2015.

<sup>13</sup> Türkiye istatistikleri için bkz. <http://www.wearesocial.org>, s. 315, ET. 25.08.2015.

<sup>14</sup> Bkz. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (RG. T. 23.01.2004, S. 25355).

gizliliği ilkesini ihlâl eden görüntülerin, seslerin yayınlarının sosyal paylaşım sitesi merkezi tarafından durdurulması kararları verilmeye başlanmıştır. Söz konusu merkezin bu tür talepleri dikkate alması halinde ise, devletlerin kendi ülkelerinde bahsi geçen sitelere ulaşımı engelledikleri görülmektedir. Aynı şekilde ülkelerin iç hukukuna göre, mahkemeler tarafından sitelerin kapatılması veya erişim yasağı kararları bulunmaktadır.

1990'lı yıllardan itibaren, Internetin kullanılmaya başlanması ile fikrî hakların korunması ile ilgili klâsik koruma sistemleri yetersiz kalmıştır. Gerçekten de, bugün için ağlara verilen bir bilginin, kısa sürede ve basit bir şekilde, dünyanın her yerinden alınması mümkün hale gelmiştir. Bu sebeple, mevcut koruma sistemleri ihtiyaca cevap vermez hale gelmiştir<sup>15</sup>. Zira bilgisayar ve iletişim teknolojisi alanında meydana gelen baş döndürücü gelişmeler, klâsik sistemleri zorlamıştır. Bu şekilde dijitalleştirilen iletiler, Internet ağlarında dünyanın bir ucundan diğer bir ucuna, çok kısa sürede iletilmekte ve kullanıcıların bilgisayarına kopyalanabilmektedir. Böylece eserler, kullanıcılar arasında kolayca el değiştirmektedir.

Internet'in iletişim, bilgiye erişim ve yayımında avantaj sağlayan bazı olumlu yanlarına karşın, telif haklarının korunması açısından bazı problemlere sebep olmaktadır. Gelişmiş ülkelerde, bu problemlerin nasıl çözüleceği, yani, Internet ve telif haklarının nasıl bağdaştırılacağı konusu gerek doktrinde gerekse uygulamada çok farklı boyutlarda tartışılmaktadır. Internetin fikrî hak koruması alanında yarattığı problemler belli başlıklar altında şöyle sıralanabilir:

internette fikrî hak sahibi kimdir?,

internet ortamındaki faaliyetlerden hangileri fikrî hak ihlâli sayılır?,

bu tür ortamda gerçekleşen fikrî hak ihlâllerinden sorumlu olan sùjeler kimlerdir?,

bahsi geçen alanda fikrî hak ihlâllerine uygulanacak hukuk hangisi ve bu ihlâlin yargılanacağı mahkeme neresidir?,

internette müzik değişim programları sunma ile fikrî hakların ihlali ve bunun müeyyidesi nedir?

şeklinde sıralanabilir. Çünkü, dijital hale getirilmiş olan müzik verilerinin sıkıştırma programları yoluyla hacimlerinin azaltılmasına Mp3 denilir. Söz konusu program sayesinde, müzik parçalarının bilgisayarda işgal ettiği hacim on kata yakın oranda azalmaktadır. Bu şekilde müzik parçaları daha kolay ve hızlı bir şekilde indirilebilmekte ve böylece hak sahiplerinin haklarının ihlâl potansiyeli artmaktadır<sup>16</sup>.

29 Haziran 2005 tarihinde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin karara bağladığı

<sup>15</sup> RAVIE, H.; Local and International Jurisdiction on the Internet, Part I, August 1997, www.Ravivalawoffice.co, E.T. 08.01.2005.

<sup>16</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MEMİŞ, Tekin; Fikrî Hukuk Bakımından Internet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, s. 38; TOPALOĞLU, Mustafa; İnternette Fikri Haklar Sorunu, [http://enoter\\_hukuk.tripod.com/internethak.htm](http://enoter_hukuk.tripod.com/internethak.htm), E.T. 22.08.2015.

davada 500 milyar ABD Doları tutarındaki bilgisayar piyasası ile yine 500 milyar ABD Doları büyüklüğündeki eğlence sektörü karşı karşıya gelmiştir. Yüksek Mahkeme, bilgisayar programı yazılım sahiplerinin bile bile, merkezî olmayan müzik programları sayesinde ve onların sistemiyle izin alınmadan, üçüncü kişilere iletilmesine izin verdikleri sonucuna vararak, yazılım programı sahiplerini sorumlu tutmuştur.

## II. Yeknesaklaştırmada Karşılaşılan Güçlükler

Küreselleşmenin getirdiği önemli kolaylık olduğu kadar problem de olan hukukun milletlerarası alanda yeknesaklaştırılmasıdır. Ancak, hukukun yeknesaklaştırılması söylendiği kadar kolay bir durum ve sonuç değildir. Gerçekten de, milletlerarası alanda, tek bir metin hazırlanması ve bu metnin aynen kabul edilmesi, kabul edilen metnin iç hukuka yansıtılması ve mahkemeler tarafından amacına uygun olarak yorumlanması ve gerçek hayatta uygulanması konusunda pek çok problemle karşılaşmaktadır. Bunlardan bir kısmını şu şekilde sıralamak mümkündür:

### A. Yeknesaklığın şekli olmaktan öteye geçememesi

Hukukun yeknesaklaştırılması konusunda büyük çaba sarfeden Danimarkalı ünlü hukukçu Ole Lando, *"ıicaret hukuku mahallî değildir (commercial law is not folklore)"* ifadesini kullanmaktadır. Bu görüş kendi içerisinde doğrudur. Bununla birlikte, söz konusu görüş, milletlerarası yeknesaklaştırmada tamamen uygulanamamaktadır. Gerçekten de, milletlerarası yeknesaklaştırmada şekli (formel) metinlerin uyumlaştırılması mümkündür; fakat yaşayan bir hukuk sisteminin tamamen uyumlaştırılması imkânsızdır. Başka bir deyişle, yeknesaklık sadece şekli olarak mümkün olmakla birlikte, madden sistemler arasındaki farklılıklar mevcudiyetini her zaman korumaktadır<sup>17</sup>. -Deyim yerinde ise- *kitaplardaki hukuk (law in books) ile uygulamadaki hukuk (law in action)* birbirinden çok farklıdır. Meselâ, Avrupa Birliği her konuda olduğu gibi, fikrî haklar alanında da, Üye Devletlerin hukukunu uyumlulaştırma çalışmalarına devam etmektedir. Burada en büyük engellerden biri, fikrî hakların *"millî (nationality)"*<sup>18</sup> niteliğidir.

### B. Hukuk dilinde uyumsuzlukların mevcut olması

Bazı ülkelerde birden fazla resmî dil bulunmaktadır. Bu tür ülkelere İsviçre, Belçika, İrlanda, Kanada misal gösterilebilir. Gerçekten de, bugün İsviçre Federal Anayasası'nın 4 ncü maddesinde Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Retoromanca'nın

<sup>17</sup> BASEDOV, Jürgen (Çev. Arzu OĞUZ); Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu, AÜHFD. C. 52, S. 3, s. 3 vd.

<sup>18</sup> Fikrî hakların ülkeselliği, fikrî hakkın varlığı kapsamı ve korunmasının bağlantılı olduğu ülkenin kanunun kuralları çerçevesinde belirlenmesini ifade eder.

resmî dil olduğu yazılıdır<sup>19</sup>. Aynı şekilde Belçika Anayasası'nda (m. 4) resmî dil Felemenkçe, Almanca ve Fransızca'dır. Yine İrlanda Anayasası'na göre (m. 8), ilk resmî dil İrlanda dili, ikinci resmî dil ise İngilizce'dir<sup>20</sup>. Bazı ülkelerde ise, devlet dili ile resmî dil farklıdır. Meselâ, Kırgızistan Anayasası'na göre (m. 5) bu ülkede devlet dili Kırgızca, buna karşılık resmî dil Rusça'dır<sup>21</sup>. Bu misalleri çoğaltmak mümkündür. Birden fazla dilin konuşulduğu bu tür ülkelerde kanunlar, pek tabii olarak farklı dillerde yayımlanmaktadır. Bu sebeple, aynı ülkede değişik dillerde yayımlanan metinler, aynı etkiyi göstermemektedir.

Milletlerarası anlaşmalarda her zaman birden fazla dildeki metinler kabul edilmektedir. Bununla birlikte, milletlerarası yeknesaklaştırma çabalarında en büyük engellerden birisi hukuk dilinde yaşanmaktadır. Çünkü, her ülkede bir hukukî müesseseyi ifade için kullanılan kavramlar, aynı orijinal dildeki güçlü şekilde ifade edilememektedir. Özellikle kesinlik ve tek anlamlılık ifade eden kavramlarda bu durumla çok sık karşılaşmaktadır. Bunun sonucu olarak, bir kavram bir dilde çok güçlü bir şekilde ifade edilirken, başka bir dilde gücünden epey kaybetmiş olabilmektedir. Meselâ, Almanca'da yer alan "geçersizlik (*die Unwirksamkeit, Ungültigkeit*)" bir üst kavram olup, bütün geçersizlik hallerini ifade etmektedir. Buna karşılık, aynı kavramın karşılığı Fransızca'da mevcut değildir. Gerçekten de, sözlüklerde geçersizlik (*die Unwirksamkeit*) kavramının karşılığında butlan (*la nullité*) kelimesi yer almaktadır. Hâlbuki, Fransızca'da yer alan butlan (*la nullité = die Nichtigkeit*), geçersizliğin bir alt türü olup, bütün geçersizlik kavramını ifade etmekten uzaktır. Yine butlan (*die Nichtigkeit*) kavramı Fransızca'da, mutlak butlan (*La nullité absolue*) ve nisbi butlan (*la nullité relative*) şeklinde ayırma tabi tutulmaktadır. Buna karşılık Almanca'da nisbi butlan "iptal (*iptal kabiliyeti, die Anfechtung*) veya iptal kabiliyeti (*die Anfechtbarkeit*)" kavramları ile ifade edilmektedir. Böylece adı geçen hukuk sistemindeki kavram karışıklığı meydana gelmemektedir. Hâlbuki, aynı kesinlik ve açıklığı Fransızca'da görmek mümkün değildir.

Yukarıda bahsedilen sonuca benzer bir durumu zilyetlik ile ilgili bazı kavramlarda da görmek mümkündür. Meselâ, başka bir kimsenin zilyet bulunduğu eşyayı, herhangi bir hâkimiyet iddiasında bulunmadan, sadece kullanma imkânına sahip olanlar, "başkası için zilyet (*possesseur pour autrui*)" sayılmayıp, "hizmet zilyedi" veya "zilyet yardımcılığı (*auxiliaire de la possession*)" sıfatını taşırlar. Fransızca'da bu iki ku-

<sup>19</sup> Bkz. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 29. März 2005) Art. 4 Landessprachen: Die Landessprachen sind Deutsch, Französisch, Italienisch und Rätomanisch.

<sup>20</sup> Bkz. Adalet Bakanlığı; Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, Ankara 2011, s. 105, 286.

<sup>21</sup> Bkz. EREN, A./ALESKERLİ, A.; Yeni Anayasalar Bağımsız Devletler Topluluğu ve Baltık Cumhuriyetleri, Ankara 2005, s. 286.

rum farklı kavramlarla ifade edilirken, Almanca'da her ikisi de aynı kavram olan “*zilyet yardımcısı (Besitzdiner)*” ile ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

### C. Uygulamanın farklı olması

Yeknesaklaştırma çalışmalarında, başka bir engel ise, uygulamanın farklı olmasıdır. Gerçekten de, metinler aynı olsa bile, ülkelerin uygulaması, bunları birbirinden farklılaştırabilmektedir. Buna, aynı metne, söz konusu ülkedeki mahkemelerin verecekleri farklı anlam ve bu anlama göre uygulamayı da eklemek gerekir. Böyle bir halde, aynı metnin uygulamasında bir ülkedeki sonuç ile diğer bir ülkedeki sonuç arasında büyük farklar olabilmektedir. Buna kısaca “*yorum farkları*” demek mümkündür. Böyle bir farklılığı önlemek için doktrinde ileri sürülen görüş; kanun koyma, hukukun uygulanması, hukuk eğitimi gibi konularda, ülkelerin iyiniyetli davranışları ile yol alınabileceğidir. Buna misal olarak da Avrupa Birliği uygulamaları gösterilmektedir. Gerçekten de Avrupa Birliği söz konusu alanda meydana getirdiği ilkelere hayata geçirmiş bulunmaktadır<sup>23</sup>. Özellikle, yeknesaklaştırılan metinlerle ilgili eğitim, ortak anlam verme ve meslek birliklerinin üyelerini bu konuda eğitmeleri sonucunda belirli bir mesafe alınmıştır. Bununla birlikte, Birlik içerisinde kavramlara farklı anlam verme ve farklı uygulamalardan kurtulmak mümkün olamamıştır.

### D. Devletlerin yetkilerinden vazgeçmemeleri

Yeknesaklaştırmaya özel hukuktan başlanması gerekir. Çünkü, özellikle sadece devletlerin katıldığı diplomatik konferanslarda, ülkeler millî menfaatler elden gidiyormuş gibi davranılmaktadır. Bu ise uyumlaştırmayı zora sokmaktadır. Bu anlayışa göre özellikle, küreselleşme ile hükümetlerin yetkileri ve güçleri azalacaktır. Yine ticaret, hizmet alanlarında veya fikrî mülkiyet ile ilgili yapılacak milletlerarası anlaşmalarla, millî hükümetler daha da yetkisiz hale gelecektir. Böyle bir sonuca devletler kolay kolay izin vermemektedirler.

Avrupa'daki kanunlaştırma hareketleri hiçbir alanda sistematik bir şekilde ya-

<sup>22</sup> Geniş bilgi için bkz. STARK, Emil W.; Berner Kommentar, Bd. IV,3.1 Der Besitz, Art. 919-941, 3. Auf. Bern 2001, Art. 919, Nr. 34 vd. Ayrımın önemi büyüktür. Meselâ, başkası için zilyet, zilyet adına zilyetliği müdafaa hakkını kullanabilir. Buna karşılık zilyet yardımcısının böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. TMK. m. 988 hükmü karşısında başkası için zilyet emin sıfatıyla zilyet sayılır ve bu kimseden hak kazanılabilir. Halbuki, zilyet yardımcısının emin sıfatıyla zilyet sıfatı mevcut değildir. Bunun sonucu olarak başkası için zilyedin, zilyet bulunduğu malı üçüncü kişilere satması halinde, güveni kötüye kullanma (TCK. m. 155) suçu meydana gelir. Buna karşılıklı zilyet yardımcısının malı satıp başkasına devretmesi hırsızlık suçuna (TCK. m. 141) yol açar. Bkz. OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.; Eşya Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2017, s. 60 vd; ÜNAL, M./BAŞPINAR, V.; Şekli Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara 2012, s. 162-163.

<sup>23</sup> BASEDOV, s. 5.

pılmamıştır. Çünkü her alanda çeşitli millî kanunlarla bağlantı kurulmak mecburiyetine kalınmıştır. Bu sonuç ise, yeknesak bir metnin her zaman millî kanunlarla bağlantılı görülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Bugün Avrupa Birliği değişik alanlarda pek çok Yönergeler (Richtlinien) yayımlanmaktadır. Yönergelerin Birliğe üye devletler tarafından kabul edilmesi yeterli olmayıp, bunun ayrıca üye devletin hukuk sistemine uyarlanması da gereklidir. Çünkü, kanunlaştırma faaliyeti Birlik seviyesinde ve münferit üye devlet seviyesinde olmak üzere iki aşamalı bir faaliyettir. Bu sebeple, sadece ilk aşamadaki bir yeknesaklaştırma yeterli değildir. Yeknesaklaştırmanın iç hukuka yansıtılması da iç hukukta bir kanunlaştırma faaliyetini gerekli kılmaktadır. Ayrıca iç hukuka yansıtılan yeknesak metnin, mahkemeler tarafından da, yeknesaklaştırma amacına uygun anlaşılıp, yorumlanması ve uygulanması gerekir. Meselâ, tüketicinin korunması ile ilgili Yönerge'nin iç hukuka yansması her bir üye ülke bakımından farklı bir şekilde gerçekleşmiştir. Aynı şekilde, Almanya'da BGB'de 2002 yılında yapılan Borçlar Hukukunun Modernizasyonu Kanunu (Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, =Schuldrechtreformgesetz)<sup>24</sup> bu amaçla kabul edilmiş bir düzenlemedir. Gerçekten de, Almanya, Avrupa Birliği'nin yayınladığı 25.05.1999 tarihli ve 1999/44 sayılı Tüketicinin korunması; 29.06.2000 tarihli ve 2000/35 sayılı kısaca elektronik ticarete (e-commerce-Richtlinie) ödemelerde temerrüde düşülmesinin sonuçları ile ilgili iki adet Yönerge'nin iç hukuka uyarlamayı kabul etmiştir<sup>25</sup>. Ancak bu amaçla hazırlanan Taslaklarının yasama organında görüşülmesine karar verilmiştir<sup>26</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü gibi, Avrupa Birliği'nde yeknesaklaştırma çabalarının önündeki şekle ve muhtevaya ilişkin engeller azalmış; fakat tamamen ortadan kalkmamıştır. Bu engeller her alanda mevcuttur.

### E. Devlet sayısının çoğalması

19. yüzyılda hukukun uyumlaştırılması amacıyla, devletlerin yapılan bir anlaşmayı imzalaması bir araç olarak öngörülmüştü. Bu usul o yıllarda geçerli bir metodu. Ancak bu usul, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, geçerli bir usul olmaktan

<sup>24</sup> Bkz. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I Seite 3138).

<sup>25</sup> Bu aşamada Alman Hükümeti, 1978 yılından beri üzerinde çalışılan ve 1981 yılında üç cilt halinde yayınlanan, daha sonra ile ek raporlarla güncelleştirilen, Borçlar Hukuku Reformu Kanun Tasarısının da, söz konusu Taslak ile birleştirilmesi kararını almıştır. Yasama organına (Bundestag) sevk edilen taslaklar tek metin halinde Borçlar Hukuku Reform Kanunu olarak kanunlaşmıştır. Bu metinde Borçlar Hukuku alanında önemli değişiklikler getirilmiş, zamanaşımı sürelerinde çok büyük değişiklikler yapılmıştır. Böylece Almanya, hem Yönergelerin gereğini iç hukukunda yerine getirmiş; hem de yıllardır üzerinde çalışılan ve bir türlü kanunlaştırılmayan BGB'deki Borçlar Hukukundaki reform çalışmalarını tamamlamıştır.

<sup>26</sup> LORENZ, Stephan; BGB 2002 Sonderausgabe, München 2002, Einführung, s. IX.

çıkıştır. Çünkü, 19. yüzyılda Dünya üzerindeki devlet sayısı 100'ü bulmazken, bugün bu sayı bir hesaba göre 190<sup>27</sup>, başka bir hesaba göre ise 223'tür<sup>28</sup>. Söz konusu yıllarda bile imza usulü etkisini kaybetmiş iken, bugün söz konusu usulün etkisi son derece azalmıştır. Gerçekten de, bugün için, dünya çapında hukukun birleştirilmesi ile ilgili diplomatik konferanslara yüzlerce, hatta binlerle ifade edilen sayıda kişi katılmaktadır. Bunun en güzel misali HABİTAT konferansıdır. Binlerce kişinin katıldığı bir konferansta, bu şartlar altında, bütün katılanların aynı salonda bir arada mümkün olmamaktadır. Bu sebeple aynı anda farklı salonlarda birden fazla toplantı yapılmaktadır. Üstelik bu kadar kişinin katıldığı konferanslarda, konu ile ilgili görüşmeler, sathî kalmakta, konular daha şekli, yüzeysel ve kısa zamanda görüşülmekte, maddî derinliğe inilememektedir. Çünkü, binlerce kişiye istediği veya yeteri kadar süre vermek mümkün değildir. Bu kadar kişinin katıldığı toplantı sonunda imzalanan anlaşmaları devletler gönülsüz olarak imzalamaları durumunda, uygulamakta da isteksiz davranmaktadırlar. Özellikle, anlaşmanın iç hukukun bir parçası haline getirilmesinde, kendilerini daha az sorumlu hissetmektedirler. Bunun sonucu olarak pek az milletlerarası anlaşma iç hukukun bir parçası haline gelmektedir. Üye devlet tarafından imzalanmak suretiyle iç hukukun bir parçası haline gelenler ise genellikle sathî kalmakta, gereği gibi uygulanamamaktadır. Diğer taraftan, milletlerarası bir anlaşma, masa başında imzalanmış olsa bile, bunun iç hukuka aktarılması için uzun bir onama sürecine ve onamanın uygun bulunması usulüne ihtiyaç vardır. Bu söylenenlere uygun olarak Alman hukukçu BASEDOV, *milletlerarası anlaşmaların, gerçek bir hukuk birliği sağlamaktan çok, yamalı bir bohça yaratmaktan başka bir işe yaramadığını* ileri sürmektedir<sup>29</sup>. Bunlara, ek anlaşmaların çoğunda yer alan istisnalar ve sınırlandırmaları da eklemek gerekir. Ayrıca bu konuya yorum farkları ve ortak bir yorum eksikliği de eklenince, söz konusu metolla yeknesaklaştırmaya varılacağı konusunda ciddi kuşkuyla karşılaşmaktadır.

#### F. Milletlerarası teşkilâtların çabalarının yetersiz kalması

Özel hukukun yeknesaklaştırılmasında milletlerarası teşkilâtların katkısı inkâr edilemez. Gerçekten de, yeknesaklaştırma çalışmalarında bazı milletlerarası teşkilâtın önemli katkıları bulunmaktadır<sup>30</sup>. Bu konudaki çabalar Avrupa'da 1880'li yıllarda başlamıştır. Gerçekten de, Avrupa ülkeleri arasındaki kuralların uyumlu ve daha sonra da yeknesak hale getirilmesi amacıyla söz konusu yıllarda sınaî haklar ve demiryolu taşımacılığı alanında ilk milletlerarası anlaşmalar imzalanmıştır. Kambiyö,

<sup>27</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%9Ckeler\\_listesi](http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%9Ckeler_listesi), E.T. 29.04.2014.

<sup>28</sup> FİDAN, Ahmet; Dünyada Kaç Ülke, Kaç Devlet Var?, [www.yazarport.com/Yazi/Oku/9642/Dunyada-Kac-ulke-Kac-Devlet-Var](http://www.yazarport.com/Yazi/Oku/9642/Dunyada-Kac-ulke-Kac-Devlet-Var), E.T. 29.04.2014.

<sup>29</sup> BASEDOV, s. 7.

<sup>30</sup> BASEDOV, s. 7.



çek, temsil, satım, leasing, factoring, deniz ve hava taşımacılığı, karayolu taşımacılığı, fikrî haklar konularında milletlerarası anlaşmalar imzalanarak, ortak metinler ortaya konulmuş ve yeknesaklaştırma işlemleri gerçekleştirilmiştir. Fakat bunların her biri, sadece dar bir alan ile ilgili olup, genel bir düzenlemeye hizmet eder nitelikte değildir.

### G. Avrupa Medenî Kanunu model olabilir mi?

Avrupa Birliği, Avrupa Komisyonu, Avrupa Anayasası gibi ortak bir medenî kanun hazırlanması konusunda bir eylem planı kabul etmiştir. Ancak bu hemen olacak bir sonuç değildir. Çünkü, her şeyden önce Avrupa Birliğinin eylem plânındaki tasarı, tüm Medenî Hukuku kapsayan değil, sadece Borçlar Hukukunun “Sözleşme Hukuku (*Vertragsrecht*)” adı verilen bir kısmıdır. Üstelik Tasarıda sözleşme hukukunun tamamı değil, sözleşmenin kurulması ile ilgili dar bir alana ilişkin hükümler yer almaktadır. Ayrıca bu kısımda, sözleşmenin kurulması için gerekli olan her şey düzenlenmemiştir. Gerçekten de, Tasarıda genel hükümler, temsil ve yetki, geçersizlik sebepleri, sözleşmenin yorumu, borcun ifa edilmemesi, borç ilişkisinde tarafların birden fazla olmasının sonuçları, borçlunun korunması, borcun ve sözleşmenin üstlenilmesi, takas, zamanaşımı, hukuka aykırılık, şartlar gibi son derece dar bir alana ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Avrupa Medenî Kanunu’na giden yolda önemli bir kilometre taşı olacak nitelikteki Avrupa Sözleşme Hukuku Tasarısı, 1982 yılında Danimarkalı hukukçu Ole Lando tarafından başlatılmıştır. Avrupa Parlamentosu da 1989 yılında ilk defa konuyu gündemine almıştır. Tasarı, “*Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*<sup>31</sup> (*Prinzipien für ein europäisches Vertragsrecht= Principles of European Contract Law=Principes du Droit Européen du Contrat*)” adını taşımaktadır.

Avrupa Parlamentosu bu çalışmayı yeterli bulmamış ve bir çalışma planı çerçevesinde 2010 yılından itibaren Kodex haline getirilmesini kararlaştırmıştır<sup>32</sup>. Böylece

<sup>31</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI, Kemal; Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Ankara 2005.

<sup>32</sup> Geniş bilgi için bkz. MEYER, Justus; BB-Europareport: Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, BB. 2004, Heft 24, s. 2 vd; LANDO, Ole; Allgemeines Vertragsrecht, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, s. 3 vd; BARENDRECHT, M./LOOS, M.; Recht der Dienstleistungsverträge, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, s. 17 vd; BASEDOV, Jürgen; Versicherungsvertragsrecht, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, s. 29 vd; von BAR, Christian; Außervertragliche Schuldverhältnisse, insbesondere Haftungsrecht, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, s. 43 vd. DROBNÍG, Ulrich; Recht der Kreditsicherheiten, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, s.

gerek Tasarının Code (Gesetzbuch) haline getirilmesi ve gerekse daha sonra bunun ortak bir Medenî Kanuna dönüştürülmesi Avrupa Birliği için hedef olarak benimsenmiş bulunmaktadır. Bu sonuç kendinden emin bir bakış ve büyük bir hedeftir. Ancak bunun millî kanunlar karşısında nasıl gerçekleşeceği zaman içinde ortaya çıkacaktır. Çünkü, bu kadar büyük bir kanunlaştırmanın pek çok siyasî sonuçları olacaktır ve bunun sinyalleri bugünden alınmaya başlanmıştır. Meselâ, Fransa ve Hollanda Avrupa Anayasasını başlangıçta reddetmişlerdir. Ancak, metinde yapılan pek çok değişikliktir sonra, söz konusu ülkeler, Lizbon Anayasası adı verilen metni imzalamayı kabul etmişlerdir.

Avrupa Para Birliği konusundaki, İngiltere'nin farklı tutumunu ve yeni üye devletlerin fikir ayrılıklarını da buraya beklemek gerekir. Bu sebeple, tek anayasa tek medenî kanun gibi konular, üye devletlerin vereceği siyasî bir karar sonucunda belli olacaktır. Bu kararlar sonucunda, para birliği hedefi uzun vadede belki de siyasî bir fiyasko ile sonuçlanabilir<sup>33</sup>. Meselâ, Birliğin kabul edilmesi kararı aldığı UNCİTRAL kurallarını üye ülkelerden pek çoğu imzalamış değildir<sup>34</sup>.

Bir kanunu yaparken onun toplumda uygulanmasını da dikkate almak gerekir. Çünkü hukuk kuralları insanların uyması ve uygulaması için yapılır. Bu sebeple, kanunu yaparken toplumda uygulanma ve yaşama kabiliyetini de hesaba katmak gerekir. Meselâ, Türk hukukunda, gerek 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'si'nde ve gerekse 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda, aile yurdu, irat senedi veya mirasçı irad senedi gibi ölü hükümler, hiç uygulama bulamamış, yani ölü doğmuştur. Ölü kanun yapmaktansa hiç yapmamak daha iyi bir davranıştır.

## SONUÇ

Küreselleşme, diğer alanlar yanında hukuku da yakından etkilemiştir. Küreselleşme ülkelerin hukuk sistemlerinin de birbirine yakınlaştırılmasını, uyum sağlanmasını ve hatta yeknesak hale getirilmesini gerekli kılmıştır. Ancak böyle bir yakınlaştırma ve yeknesaklaştırma karşısında pek çok problem mevcuttur. Bunlardan bir kısmı siyasî iken, diğer kısımları ise tekniktir.

Bugün için tüm dünyada geçerli olacak ortak bir metin üzerinde anlaşılmiş değildir. Bunun sebepleri çeşitlidir. Avrupa Birliği dahi kendisi için ortak bir medenî

---

59 vd.; LANDO, OLE; Die Regeln des Europäischen Vertragsrecht, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, s. 125 vd; WERRO, Franz; (Çev. Tuba AKÇURA KARAMAN) Avrupa'da Özel Hukukun Milli Vasıflardan Arındırılması, GalÜHFD. 1/2003, s. 255 vd.; BLOCHER, Christoph; Die Europäisierung des Zivil –und Handelsrecht und die Schweiz, ZEuP, 2005, H. 1, s. 1 vd.

<sup>33</sup> MEYER, s. 10 vd.

<sup>34</sup> Bu bilgi için bkz. MEYER, s. 14.

kanunu ileriki yıllarda gerçekleştirilmesi gereken bir ideal olarak görmektedir. Çünkü, bugün için Birliğin ortak bir medenî kanuna ihtiyacı olup olmadığı tartışmaları bütün şiddetiyle devam etmektedir<sup>35</sup>. Bu kadar sıkı ilişki içerisindeki devletlerde bile gerçekleşemeyen hukuk birliği, son derece farklı rejimlerle idare edilen devletler tarafından çok daha zor görünmektedir.

## **KISALTMALAR**

<b>AHFD.</b>	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Art.</b>	Artikel
<b>B2B.</b>	Bussinnness to Bussinnness
<b>B2C.</b>	Businnes to Consumer
<b>Bd.</b>	Band
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich von 18. August 1896.
<b>C.</b>	Cilt
<b>C2C.</b>	Consumer to Consumer
<b>Çev.</b>	Çeviren
<b>E.T.</b>	Erişim Tarihi
<b>GalÜHFD.</b>	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>H.</b>	Heft
<b>m.</b>	madde
<b>p.</b>	page
<b>Rabels.</b>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<b>RG.</b>	Resmî Gazete
<b>s.</b>	sayfa
<b>S.</b>	Sayı
<b>Ssoar.</b>	Social Science Open Access Repository
<b>T.</b>	Tarih
<b>TCK.</b>	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
<b>TMK.</b>	4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
<b>UNCİTRAL</b>	United Nation Commission on International Trade Law
<b>Zeup.</b>	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

---

<sup>35</sup> Tartışmalar için bkz. KRONKE, Herbert; Brauchen Wir Ein Europäisches Zivilgesetzbuch, s. 3 vd.; JANSEN, Nils; Europäisches Privatrecht und europäische Identität, Zwölf Thesen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrecht, s. 417 vd.; GRAZIANO, Kadner Thomas; Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa-Harmonisierung der alten Gesetzbücher oder Schaffung eines neuen?- Überlegungen anlässlich des 200. Jahrestags des französischen Code civil, ZEup, 2005, s. 523 vd.

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- BARENDRECHT, M./LOOS, M.; Recht der Dienstleistungsverträge, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, Luxemburg 1999, p. 17-28.
- BASEDOV, Jürgen; Versicherungsvertragsrecht, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, Luxemburg 1999, p. 29-42.
- BASEDOV, Jürgen (Çev. Arzu OĞUZ); Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu, AHFD. C. 52 (2003), S. 3, s. 1-18.
- BLOCHER, Christoph; Die Europäisierung des Zivil –und Handelsrechts und die Schweiz, <http://jus.suiss.bib.ch/Recard/231920520>, E. T. 24.08.2015.
- DAYINLARLI, Kemal; Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Ankara 2005.
- DROBNÍĀ, Ulrich; Recht der Kreditsicherheiten, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, Luxemburg 1999, p. 59-84.
- EREN, A./ALESKERLİ, A.; Yeni Anayasalar Bağımsız Devletler Topluluğu ve Baltık Cumhuriyetleri, Ankara 2005,
- FALCIOĞLU, Mete Özgür (2004), Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara.
- FİDAN, Ahmet; Dünyada Kaç Ülke, Kaç Devlet Var?, [www.yazarport.com/Yazi/Oku/9642/Dunyada-Kac-ulke-Kac-Devlet-Var](http://www.yazarport.com/Yazi/Oku/9642/Dunyada-Kac-ulke-Kac-Devlet-Var), E.T. 29.04.2014.
- KANDER, GRAZİANO, Kadner Thomas; Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa-Harmonisierung der alten Gesetzbücher oder Schaffung eines neuen?- Überlegungen anlässlich des 200. Jahrestags des französischen Code civil, ZEuP, 2005, 523-540.
- KRONKE, Herbert; Brauchen Wir Ein Europäisches Zivilgesetzbuch, Trier 2002=[www.ssoar.info/ssoar/handle/document/32525](http://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/32525), E. T. 24.08.2015.
- JANSEN, N.; Europäisches Privatrecht und europäische Identität, Zwölf Thesen zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrecht, <http://dup.od.hhu.de/112/1/Jansen.pdf> s. 417-432, E. T. 24.08.2015.
- LANDO, Ole; Allgemeines Vertragsrecht, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, Luxemburg 1999, p. 3-16.
- LANDO, Ole; Die Regeln des Europäischen Vertragsrecht, in: Europäisches Parlament; Untersuchung der Privatrechtordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierung und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch Luxemburg 1999, p.125-134.
- LORENZ, Stephan; BGB 2002 Sonderausgabe, München 2002, Einführung, s. IX.
- MEYER, Justus; BB-Europareport: Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, BB. 2004, Heft 24.





## TANZİMATTAN GÜNÜMÜZE AİLE HUKUKUNUN GELİŞİM SÜRECİNE KISA BİR BAKIŞ\*

(A Quick Look Into The Family Law's Development  
From The Rescript of Gulhane To Present)

Prof. Dr. Cem BAYGIN\*\*

### ÖZET

Tanzimat'ın ilanından sonra 1917 yılında yürürlüğe giren ve özellikle evlilik hukuku ilişkilerini düzenleyen Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Cumhuriyet'in ilk yıllarında Türk Kanunu Medenisi'nin kabulüyle aile hukuku alanında getirilen yeniliklere uygun bir zemin hazırlamıştır. 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi ile özellikle evlenme ve boşanma konularında laiklik ilkesi ekseninde aile ilişkilerinin kurulmasından sona ermesine kadar devletin müdahalesi ve denetimi benimsenmiştir. 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ise, eşler arasında mutlak eşitlik anlayışının gereği olarak, evliliğin genel hükümleri ve mal rejimleri konularında getirdiği köklü değişikliklerle, Cumhuriyet'in ilk yıllarında aile hukuku alanında gerçekleştirilen devrimin eksik kalan parçalarını tamamlamıştır.

**Anahtar kelimeler:** Evlenme, Boşanma, Evliliğin Genel Hükümleri, Mal Rejimleri, Eş.

### *Abstract*

The Decree of Family Law, which effectuated in 1917 after the announcement of the Rescript of Gulhane and which regulated particularly marriage law relations, paved a proper way for amendments in the field of family law with enactment of civil code in the first years of republic. From beginning to termination of family relations, the principle of involvement and supervision of the state that was particularly about marriage and divorce in the light of secularism has been adopted with the 1926 Turkish Civil Code. The current Turkish Civil Code, which effectuated in 2002, has completed missing pieces of the reform which was performed in the field of family law in the first years of republic by providing radical amend-

---

\* Bu makale, "Erzincan Üniversitesi 2015-2016 akademik yılı açılış töreni"nde açılış dersi olarak sunulmuştur.

\*\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ments about general provisions of marriage and matrimonial property regimes through the approach of absolute equality between spouses.

**Keywords:** Marriage, Divorce, General Provisions of Marriage, Matrimonial Property Regimes, Spouse.

Aile, toplumun temelidir. Toplum, aile dediğimiz küçük insan topluluklarının bir araya gelmesiyle oluşur. Görkemli bir mimari yapının inşasında kullanılacak malzeme ne derece gerekli ve önemli ise, bir milletin doğuşu ve var oluşunda da aile o derece gerekli ve önemli bir unsurdur. Toplumun sağlıklı biçimde gelişebilmesi, ilişkilerin huzur, barış ve güvenlik içinde yürüebilmesi, ancak aile kurumunun sağlam temellere oturtulması ve ideal bir hukuki düzenlemeye kavuşturulmasıyla mümkün olabilir<sup>1</sup>.

Osmanlı Devleti'nde Müslüman tebaanın aile hukuku ilişkileri, fıkıh kitapları ve fetva mecmualarında yer alan şer'i hükümlere göre düzenlenmiştir. Şer'i hükümlerin yorumu ve uygulanmasında, Osmanlı Devleti'nin resmi mezhep olarak kabul ettiği Hanefi mezhebinin içtihatları esas alınmıştır. Müslüman olmayan tebaanın aile hukuku düzenlemesi ve uygulaması ise, mensubu oldukları dinin esaslarına ve ruhani mercilerine bırakılmıştır<sup>2</sup>.

Avrupa'da feodalitenin zayıflaması ve krallıkların güçlenmesi ile 18. yüzyılın sonunda başlayan ve 19. yüzyılda gelişen kodifikasyon hareketleri özellikle Tanzimatın ilanından sonra Osmanlı'yı da etkilemiştir. Kodifikasyon hukukun belirli bir alanına ilişkin dağınık halde mevcut bulunan yazılı veya yazılı olmayan tüm hukuk kurallarının sistemli bir şekilde derlenerek kanunlaştırılması anlamına gelmektedir<sup>3</sup>. Osmanlı'da Tanzimatın ilanından sonra Ceza ve Ticaret hukuku alanında yabancı ülkelerin (özellikle Fransa'nın) yasaları örnek alınarak kanunlaştırmaya gidilirken, medeni hukuk alanında İslam hukuku kurallarının belirli bir sistem dâhilinde toplanarak yasalaştırılması tercih edilmiştir. Bu dönemde fıkıh esaslarına dayalı olarak 1869-1876 yılları arasında hazırlanan en önemli kanun, "Mecelle-i Ahkâm'ı Adliyye"dir. Ancak Mecelle'de esas itibarıyla borçlar hukuku kuralları, kısmen de eşya ve usul hukuku kuralları yer almakta; kişiler, aile ve miras hukukuna ilişkin hükümler bulunmamaktaydı<sup>4</sup>.

Tanzimat'ın ilanından sonra kadın haklarını koruma gayesiyle ortaya çıkan ve

<sup>1</sup> Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Aile Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2014, s.3.

<sup>2</sup> Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku 3. Bası, İstanbul, 2014, s.5, n.10; Ergun Özsunay, Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986, s.145, 146.

<sup>3</sup> Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 9. Baskı, Bursa 2012, s.221.

<sup>4</sup> M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, 20. Baskı, İstanbul 2014, s.24, 25; Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C.I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri), 9. Baskı, İstanbul 2014, s.25, n.142-144.



batıdan desteklenen feminizm hareketleri, kadınların sosyal ve ekonomik faaliyetlere katılımındaki artış, kadınların ilkokuldan üniversiteye kadar eğitim kurumlarının her kademesine kabul edilmeleri, harplerin ortaya çıkardığı bazı ailevi ve iktisadi problemler aile hukuku alanının da kanunlaştırılması ihtiyacını doğurdu. Osmanlı Devleti'nde aile ilişkilerini düzenlemek üzere I. Dünya Savaşı'nın sıkıntılı günlerinde hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 25 Ekim 1917 tarihinde muvakkat kanun olarak yürürlüğe girdi. Aile hukukunun soybağı ve vesayet konularına yer vermeyen Kararname, evlenme (münakehat) ve evliliğin sona ermesi (müfarakât) başlıklarını taşıyan iki kitap ve 157 maddeden oluşmakta ve dolayısıyla sadece evlilik hukukuna ilişkin hükümler ihtiva etmekteydi<sup>5</sup>.

Bu Kararname, Osmanlı Devleti ve İslam âleminin ilk Aile Kanunu niteliğindedir. Kararname, sadece Müslümanların değil, Hıristiyan ve Musevilerin aile hukuku ilişkilerini düzenleyen hükümler öngördüğünden üçlü bir karakter arz etmektedir. Kararname ile aile hukuku alanında yargı birliği sağlanmış, cemaat mahkemelerinin yargı muafiyetleri kaldırılarak gayri müslim tebaa da şer'îye mahkemelerinin yargı hâkimiyetine dâhil edilmiştir. Kararnamenin belki de en önemli özelliği, Osmanlı Devleti'nde asırlardır istisnasız esas kabul edilen Hanefi mezhebinin sınırları aşılarak, hukuki meselelerin çözümünde diğer mezheplerin görüşlerine de itibar edilmesidir<sup>6</sup>.

Kararname, nikâh akdinden önce taraflar arasında bir evlenme engelinin olup olmadığının tespiti için durumun ilan edilmesini ve evlenme akdinin mahkemece bizzat kadı tarafından veya mahkemece yetkili kılınan bir din görevlisi (imam<sup>7</sup>) huzurunda yapılarak tescil olunmasını öngörmekle evlenme ve boşanmada devlet kontrolünü sağlamıştır<sup>8</sup>. Bu bağlamda nikâhı kıyan din görevlisinin evlenme sözleşmesinin yapıldığını, talâk hakkını kullanan kocanın da boşanmayı on beş gün içinde nüfus idaresine bildirmesi zorunluluğu öngörülmüştür<sup>9</sup>. Ne var ki, nikâhın kadı veya vekili huzurunda akdedileceğini ve evliliğin nüfusa tescil edileceğini öngören

<sup>5</sup> Halil **Cin**/Ahmet **Akgündüz**, Türk Hukuk Tarihi, C.2, Özel Hukuk, Konya 1989, s.56,57; Mehmet **Ünal**, Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, AÜHFĐ., C.XXXIV, Sa.1-4, Ankara 1977, s.208-210, 225; Ebru **Kayabaş**, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibariyle Aile Hukukunun Gelişimi, Hukuk-ı Aile Kararnamesi-, İstanbul 2009, s.14 vd., 34, 35.

<sup>6</sup> **Cin/Akgündüz**, age., s.58,59; M. Akif **Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, İstanbul 2005, s.460; Ekrem Buğra **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s.563,564; **Ünal**, agm., s.227 vd.; Ahmet Yaşin **Küçükütyay**, Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.13, Sa.26, 2014/2, s.187 vd..

<sup>7</sup> Genellikle her mahalledeki en büyük caminin birinci imamı nikah kıymak üzere mahkemece yetkili kılınmaktaydı (**Aydın**, age., s.299).

<sup>8</sup> **Aydın**, age., s.300.

<sup>9</sup> Coşkun **Üçok**/Ahmet **Mumcu**/Gülnehal **Bozkurt**, Türk Hukuk Tarihi, 11. Bası, Ankara 2006, s.122.

Kararname, bu usule uyulmadan iki tanık önünde akdedilen evliliklerin de geçerli olduğunu hükme bağlamıştır<sup>10</sup>. Dolayısıyla burada kadı veya vekilinin müdahalesi idari bir kontrol mekanizmasından ibaret olup, kişilere evliliğin ispatında kolaylık sağlamaya yöneliktir<sup>11</sup>.

Kararname, Osmanlı hukuk tarihinde çok eşliliği belirli ölçüde sınırlandırma yolunda önemli bir adım atmıştır. Şöyle ki, nikâh akdi yapılırken, kadının evlilikleri devam ettiği müddetçe, kocasının bir başka kadınla evlenmemesi, aksi takdirde kendisinin veya ikinci kadının boş olması şartını ileri sürebileceği esas kabul edilmiştir<sup>12</sup>. Böylece Kararname dolaylı da olsa tek kadınla evliliğin toplumda egemen olması yönünde önemli bir çığır açmıştır.

Kararname ile kadınlar açısından getirilen en önemli yenilik, kadının yargısal boşanma (tefrîk) yetkisinin genişletilmesidir. Zira Hanefî mezhebine göre, kadın sadece kocanın iktidarsızlığı gibi cinsel ilişkiye engel olan kusur ve hastalıkları sebebiyle yargısal boşanma imkânına sahip iken, Kararname ile diğer mezheplerin bu konudaki içtihatlarından yararlanılarak tefrîk sebepleri çeşitlendirilmiştir. Kararnameye göre, kocada cüzzam, bars gibi zührevî hastalıklar ile akıl hastalığının ortaya çıkması, kocanın eşinin nafakasını temin etmemesi, gaipliği, kadına kötü muamele etmesi ve geçimsizlik hallerinde kadın, hâkime başvurarak kocasından boşanmayı talep edebilecektir<sup>13</sup>.

Ne var ki Kararname, adli muafiyetleri haleldar olan gayrimüslim tebaa ile onların dışarıdaki destekçileri tarafından tepkiyle karşılanmış, muhafazakâr Müslümanlar da hukuki meselelerin düzenlenmesinde başka mezheplerden tefrîk yoluyla yararlanılmasını şiddetle eleştirmişlerdir. Bu ortama bir de I. Dünya Savaşı'nın kötü şartları eklenince Kararname daha iki senesini doldurmadan yıpranmış, İstanbul'un işgalini takiben işgal kuvvetlerinin müdahalesi sonucu 19 Haziran 1919 tarihli bir muvakkat kanunla yürürlükten kaldırılmıştır<sup>14</sup>.

Kurtuluş Savaşı'nın kazanılmasından sonra mevcut hukuk kurallarının yenilenmesi ve modernleştirilmesi amacıyla 1923 yılı başlarında Adliye Vekâleti tarafından medeni hukukun kişiler, aile ve miras hukuku alanlarında çalışmalar yapmak üzere "Ahvalî Şahsiye Komisyonu" kurulmuştur. Bu komisyon asıl itibarıyla yine fıkıh kurallarından yararlanarak bir taslak metin hazırlayıp meclise sunmuştur. Mecliste yapılan görüşmeler sonucu tasarı, yeniden incelenmesi ve düzeltilmesine ihtiyaç olduğu gerekçesiyle iade edilmiştir. Bunu takiben 1924 yılı Mayıs ayında oluşturulan yeni

<sup>10</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, age., s.118; Kayabaş, age., s.61.

<sup>11</sup> Halil Cin/Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 4. Baskı, Konya 2011, s.370, 401.

<sup>12</sup> Cin/Akyılmaz, age., s.370.

<sup>13</sup> Cin/Akyılmaz, age., s.371.

<sup>14</sup> Aydın, age., s.460; Cin/Akyılmaz, age., s.371; Ekinci, age., s.564,565.

komisyon çalışmalarına başlamış ve bilhassa İsviçre Medeni Kanunu'ndan esinlenerek 142 maddeden oluşan bir aile kanunu tasarısı hazırlamıştır<sup>15</sup>.

Ancak bu arada 29 Ekim 1923'de Cumhuriyet ilan edilmiş, 3 Mart 1924'de hâlifelik kaldırılmış, Şer'îye ve Evkaf Vekâleti lağvedilmiştir. Kısa bir süre sonra, 8 Mart 1924'de Şer'îye Mahkemeleri de kaldırılmıştır. Bu gelişmeler sonucunda yeni Türkiye Cumhuriyeti, dini esaslara dayanmayan, laik bir hukuk düzeni kurma kararlılığıyla pek çok alanda batı hukukunu süratle benimseyip hukuk devrimini gerçekleştirmiştir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninden tercüme edilerek, 17 Şubat 1926 tarihinde TBMM genel kurulunda görüşülüp kabul edilmiş ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Devrimci, laik ve sosyal karaktere sahip olan Kanun, eşler arasında nispi (göreceli) eşitlik ilkesini benimsemiştir<sup>16</sup>. Bu Kanun'la Türkiye Cumhuriyeti, medeni hukuk ilişkilerinin düzenlenişi bakımından İslam hukuk sisteminden ayrılarak Kıta Avrupası ülkelerinde hâkim olan Roma/Cermen hukuk sistemine dâhil olmuştur.

Türk Kanunu Medenisi, ikinci kitabını oluşturan aile hukuku alanında eski hukumuza nazaran birçok yeni ilke getirmiştir:

Evlenme sözleşmesinin evlendirmeye yetkili ve görevli resmi memur önünde yapılması esası benimsenerek, evlendirme yetkisi belediye teşkilatı bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde ise muhtara verilmiştir. Ayrıca evlenme ile ilgili dini merasimin medeni nikâhtan önce yapılması yasaklanmıştır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nden farklı olarak, resmi memur önünde yapılmayan evlilikler yok hükmünde sayılmıştır.

Evlenecek kadın ve erkeğin belirli bir yaşı doldurmuş olmaları aranmış, eski hukukun aksine nikâh akdinde vekâlet (temsil) kabul edilmemiştir. Kan ve kayın hısımlığından doğan evlenme engelleri muhafaza edilmişse de süt hısımlığından kaynaklanan evlenme engeline yasada yer verilmemiştir. Müslüman kadınların evlenmek istedikleri erkek ile aralarındaki din ayrılığı bir evlenme engeli olmaktan çıkarılmıştır.

Mevcut evlilik kesin bir evlenme engeli olarak kabul edilerek, erkeğin birden fazla kadınla evlenebilme imkânı tamamen ortadan kaldırılmıştır. Eşlerden birinin evlenme sözleşmesinin yapıldığı sırada bir başkasıyla evli bulunması durumunda, ikinci evlenmenin mutlak batıl sayılacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>15</sup> **Cin/Akgündüz**, age., s.60,61; **Kayabaş**, age., s.107-111.

<sup>16</sup> Fezvi Necmeddin **Fezyoğlu**, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s.177; Erol **Cansel**, Medeni Kanun'da Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi, Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara 1977, s.38 vd.; Cengiz **Koçhisarlıoğlu**, Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği, AÜHFHD., C.40, Sa.1-4, Ankara 1988, s.252.

Erkeğin herhangi bir gerekçe göstermek zorunda olmaksızın kadına yönelteceği tek taraflı bir irade beyanı ile evliliği sona erdirebilme (talâk) yetkisi elinden alınmış, evliliğin ancak kanunda öngörülen boşanma sebeplerine istinaden ve hâkim kararıyla sona erdirilebilmesi esası kabul edilmiştir.

İslam hukukunda evlenen kadının ekonomik geleceğini güvence altına almak amacıyla erkeğin evlenme akdi kurulurken veya evlilik sona erdiğinde kadına ödemesi öngörülen mehir kurumuna yer verilmemiş; bunun yerine boşanma davasında kusursuz eş lehine maddi ve manevi tazminat taleplerine imkân tanınmıştır. Ayrıca fıkhn sınırlı bir süre için öngördüğü iddet nafakası yerine boşanma dolayısıyla yoksulluğa düşen ve boşanmada kusuru daha ağır olmayan eş lehine bir yıl süreyle, daha sonra 1988 yılında yapılan değişiklikle süresiz olarak, yoksulluk nafakası talep etme hakkı verilmiştir.

Türk Kanunu Medenisi yürürlüğe girdiğinde gelenekçi muhafazakâr kesimden çok şiddetli bir tepki görmemiştir<sup>17</sup>. Zira şeriye sicillerinde yapılan incelemelerden Osmanlı toplumunda çok eşliliğin şehir ve bölgelere göre %5 ile %10 arasında değiştiği ve çok sınırlı bir ölçüde kaldığı anlaşılmaktadır<sup>18</sup>. Ayrıca Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile getirilen düzenlemeler bu yasaya bir hazırlık süreci oluşturmuş ve Türk Kanunu Medenisi'nin evliliğin genel hükümleri ve mal rejimlerine ilişkin düzenlemeleri İslam aile hukuku esasları ile bir ölçüde paralellik arz etmiştir. Şöyle ki, söz konusu Kanun'a göre evlilik birliğinin reisi kocaydı, eşlerin ve çocukların oturacağı konutu seçme hakkı kocaya aitti, evlilik birliğinin temsili genel olarak kocaya tanınmıştı, kadının bir meslek ve sanatla uğraşması kocasının iznine bağlıydı, koca, çocuklar üzerindeki velayet hakkının kullanılmasında son sözü söyleme yetkisine sahipti. Buna karşılık koca, karısının ve çocukların infak ve iâşesini sağlamak, sosyal ve ekonomik durumuna uygun bağımsız bir konut temin etmekle yükümlüydü ve ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak için edinilen borçlardan birinci derecede sorumluydu. Kadın ise, ev işleriyle ilgilenmek, çocuklara bakmak, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocanın danışmanlığı ve yardımcılığını yapmak ve onun soyadını taşımakla yükümlüydü. Eşler arasında mal birliği veya mal ortaklığı değil, mal ayrılığı rejimi<sup>19</sup> geçerliydi.

<sup>17</sup> **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, age., s.7, n.17.

<sup>18</sup> **Cin/Akyılmaz**, age., s.407,408; **Ekinci**, age., s.44,445.

<sup>19</sup> İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibas edildiği tarihte İsviçre'de yürürlükte olan kanuni mal rejimi, mal birliği rejimiydi; mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri ise seçimlik mal rejimleriydi. Mal birliği rejiminde, eşlerin birliğe giren mallarının mülkiyeti yine eşlerde kalmasına rağmen, kocanın birlik malları üzerinde yönetme ve yararlanma hakkı mevcuttu. Evlilik sona erdiğinde birlik mallarında meydana gelen artışın 2/3'ü kocaya, 1/3'ü kadına ait oluyordu. Sözü edilen rejimin Türk Hukuku'nda yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi o dönemde Türk toplumunun yerleşmiş geleneklerine uymadığı için, mal birliği rejimi seçimlik hale getirilmiş, mal ayrılığı rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir (**Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, age., s.84, n.1).

Dikkat edilirse, 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi, özellikle evliliğin genel hükümleri yani karı kocanın hak ve yükümlülükleri bakımından, eski hukukumuzla benzer şekilde, erkek ve kadının alışılmış toplumsal rollerine uygun bir “ev kadınlığı ailesi” modeli öngörmüştür<sup>20</sup>. Türk Kanunu Medenisi’nde de kadın ve erkeğin farklı biyolojik ve ruhsal yapıya sahip oldukları; bu nedenle toplumda ve ailede rollerinin farklı olduğu; buna bağlı olarak evlilikte farklı hak ve yükümlülüklerle sahip olmalarının eşyanın tabiatı gereği olduğu düşüncesi hâkimdi. 1926 tarihli Medeni Kanun, aile ilişkilerinde kadının durumunu büyük ölçüde iyileştirmekle birlikte, karı koca arasında mutlak bir eşitlik anlayışı getirmemiştir<sup>21</sup>. Hem dönemin sosyo ekonomik koşullarında erkeğe nazaran zayıf durumda olan kadını korumak hem de evlilik birliğinde dirlik ve düzeni sağlamak amacıyla eşler arasındaki eşitliği kadınlar aleyhine bozan bazı hükümlere yer vermiştir.

Ne var ki bugünkü aile, artık 20. yüzyılın başlarındaki aile değildir. Cumhuriyetin ilk yıllarında Türkiye, daha çok kırsal alanda yaşayan ve geçimini tarım ve hayvancılıkla sağlayan geniş ataerkil ailelerin yaygın olduğu bir sosyo ekonomik yapıya sahipti. II. Dünya Savaşı’ndan sonra, özellikle 1950’lerden itibaren sanayileşme hareketlerinin hızlanması ve buna bağlı olarak ortaya çıkan kentleşme olgusu ile birlikte, ana, baba ve evlenmemiş çocuklardan oluşan küçük çekirdek ailelerin sayısı hızla artmaya başlamıştır. Bu aile tipinde erkeğin yanı sıra kadın da sanayi kuruluşlarında veya hizmet sektöründe çalışmaya başlamıştır. Tarım toplumundan sanayi toplumuna geçişle birlikte kadının toplumdaki konumu değişmiş ve artık kadın ekonomik ve sosyal hayatta daha aktif rol almaya başlamıştır. Kentlere göç eden ailelerde sadece kocanın çalışarak elde ettiği kazancın ailenin geçimini sağlamaya yetmemesi veya zamanla eğitim düzeyi yükselen kadınların sosyal hayata katılmak suretiyle başarılı olma, kişiliğini geliştirme ve ekonomik bağımsızlığını elde etme istekleri kadınların iş hayatına katılmasında önemli birer etken olmuştur. Bu süreçte kadına eşit bir birey olarak iş hayatına katılma imkânı sağlanırken, ondan aile içindeki geleneksel rollerine uygun davranışlar beklenmeye devam edilmiştir. Dolayısıyla kadın çoğu kez hem işyerindeki görevlerini hem de ailedeki ev işlerini birlikte üstlenmek zorunda kalmıştır.

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gerçekleşen sosyal değişime paralel olarak ortaya çıkan yeni koşullar kadının aile içindeki konumunun da sorgulanmasına yol açmıştır. Demokratikleşme sürecinin yaşandığı toplumlarda aile, ataerkil yapısını yavaş yavaş yitirerek “eşit haklara dayanan bir hayat ortaklığı”na dönüşme sürecine girmiştir<sup>22</sup>. Avrupa ülkelerinde sabit rollere dayalı aile anlayışı terk edilerek; evlilik

<sup>20</sup> Demet **Özdamar**, *Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu*, Ankara 2002, 230.

<sup>21</sup> Zafer **Gören**, *Türk Alman İsviçre Hukukuna Göre, Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması*, 2. Bası, İzmir 1998, s.62,63.

<sup>22</sup> Aydın **Zevkiler**/M. Beşir **Acabey**/K. Emre **Gökyayla**, *Medeni Hukuk*, Ankara 2000, s.757.

eşit haklara dayalı bir hayat ortaklığı biçiminde ele alınmış ve evlilik birliğine ilişkin kararlarda erkeğin ayrıcalıklı ve üstün durumuna son verilerek, her iki eşe bu konuda eşit haklar tanınmıştır<sup>23</sup>. Yapılan yasal düzenlemelerin çoğunda, kadın ve erkeğe yasa tarafından belirli roller dayatılmış değildir. Yeni düzenlemelerde, her eşe ayrı ve belli görevler verilmemiştir. Ev işlerine ve çocuklara kimin bakacağı, dışarıda gelir getiren işte kimin çalışacağı kanun koyucu tarafından belirlenecek bir konu olmayıp, eşlerin birlikte kararlaştracakları bir husus olarak kabul edilmiştir<sup>24</sup>.

Bu bağlamda, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu da evliliğin hükümleri konusunda “eşit haklara dayanan hayat ortaklığı” modelini benimsemiştir. Medeni Kanun, artık kadın ve erkeğe geleneğe dayalı sabit roller vermemekte, eşlerin ailedeki rollerini kendilerinin belirlemesine imkân sağlamaktadır. Böylece eşler, evlilik birliğinin refah ve mutluluğunu temin için kültürel ve sosyo ekonomik durumlarına ve yaşam tarzlarına uygun düşen bir işbölümü ilişkisini kendi aralarında kurabileceklerdir<sup>25</sup>. Ayrıca mutlak eşitlik anlayışını kabul eden yeni Medeni Kanun’da, sadece kadınlar aleyhine eşitliği bozan hükümler değil, aynı şekilde erkekler aleyhine eşitliği ihlâl eden hükümlerde de değişiklikler yapılmıştır. Örneğin, boşanmada erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesini kadının hali refahta bulunması koşuluna bağlayan hüküm kadın erkek eşitliğini zedelediği için yasadan çıkarılmıştır<sup>26</sup>. Yapılan bu düzenlemeler, Anayasa’nın 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla değişik 41. maddesinde ifadesini bulan “aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ilkesinin doğal bir gereğidir.

Yeni Medeni Kanun hükümlerine göre, evlilik birliği her iki eş için ortak hak ve yükümlülükler doğurmaktadır. Şöyle ki; “eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlamak, çocukların bakım, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermek, birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmakla yükümlüdürler” (MK.m.185/f.2, 3). Ayrıca “eşler, oturacakları konutu birlikte seçerler”, “birliği eşler beraberce yönetirler”, “eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder” (MK.m.186/f.1, 2, 188/f.1). Yeni Medeni Kanun kocanın reislik sıfatını kaldırmış, evlilik birliğinin yönetiminde eşlere eşit söz hakkı tanımıştır. Buna karşılık eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılmaları esasını benimsemiştir (MK.m.186/f.3). Oysa eski düzenlemelerde evlilik birliğinin giderlerini -kadın varlıklı olsa dahi- koca karşılamakla yükümlüydü. Ancak kocanın ekonomik gücünün evin geçimini sağla-

<sup>23</sup> Bu konuda öncülüğü İskandinav Ülkeleri yapmış; onları 1950’lerde Belçika ve Almanya izlemiş, daha sonraları ise Fransa, Avusturya, İtalya ve İsviçre gibi birçok batılı ülke, Medeni Kanunlarında değişiklikler yaparak, evlilik birliğinde eşlere eşit hak ve yükümlülükler tanımıştır (Şükran Şıpka, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşir Rızası, 2. Bası, İstanbul 2004, s.9).

<sup>24</sup> **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, age., s.759.

<sup>25</sup> Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s.149.

<sup>26</sup> **Dural/Sarı**, age., s.37, n.215.

maya yetmediği ve kadının belirli bir gelire sahip olduğu durumlarda koca karısından aile giderlerine uygun bir miktarda katılmasını isteyebilirdi. Yeni Medeni Kanun'a göre, kadın da evlilik birliğinin giderlerine gücü oranında katılmakla yükümlüdür, onun bu katılımı malvarlığı veya emeğini aileye özgülemesi suretiyle gerçekleşebilir. Örneğin, ev işlerini gören, çocukların bakımı ile ilgilenen veya diğer eşin işinde karşılıksız çalışan eş, evlilik birliğinin giderlerine emeği ile katkıda bulunmuş sayılır<sup>27</sup>. Ayrıca eşlerden her birinin ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak için giriştikleri borçlardan eşlerin birlikte sorumlu olmaları esas benimsenmiştir. Oysa eski Medeni Kanun, bu borçlardan birinci derecede kocayı sorumlu tutmaktaydı, kadının sorumluluğu ise, ancak kocanın borç ödemediği aczi durumunda söz konusu olabilmekteydi.

Eski Medeni Kanun'da yer alan ve kadının bir meslek veya sanatla uğraşmasını kocasının iznine bağlayan hüküm, 1990 yılında Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş, yeni Kanun'da eşlerden her birinin meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda olmadığı vurgulanmıştır (MK.m.192).

Görülüyor ki, mutlak eşitlik anlayışının bir sonucu olarak evlilik birliğinde kocayı üstün ve ayrıcalıklı konumda kılan yetkiler kaldırılırken, kocaya ait bazı ekonomik yükümlülükler eşlerin ortak yükümlülükleri haline getirilerek hafifletilmiştir. Böylece eşit hak ve ortak yükümlülükler dayalı bir aile yapısı kurgulanmıştır. Ne var ki, eşlerin aile adı olarak kocanın soyadını kullanmalarını zorunlu kılan MK.m.187 hükmü, yeni Medeni Kanun'un benimsediği eşitlik anlayışına ters düşmektedir. Kanun, eşlerin ortak kararıyla kadının soyadının, aile adı olarak kullanabilmesine imkân tanımamış; sadece kadının bekârlık soyadını, kocasının soyadının önünde kullanabilmesine izin vermiştir<sup>28</sup>.

Eşlerin hukuki işlemlerde serbestliği ilkesini kabul eden Kanun, eş ve çocukların huzuru ile ailenin ekonomik geleceğini korumak adına eşlerin bazı hukuki işlemlerinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamıştır. Şöyle ki; eşlerden birinin aile konutunun mülkiyetini devretmesi, aile konutu üzerindeki hakları sınırlaması veya aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedebilmesi için diğer eşin açık rızasını alması gerekir (MK.m.194/f.1). Ayrıca ailenin ekonomik varlığının korunmasının gerektirdiği hallerde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, belirli malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak istemde bulunan eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebi-

<sup>27</sup> Akıntürk/Karaman, age., s.109 vd..

<sup>28</sup> Saibe Oktay Özdemir, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s.291 vd.; Zafer Zeytin, Türk Medeni Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, İstanbul 2009, s.1654,1655; Sera Reyhani Yüksel, Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın Erkek Eşitliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Sa.2, Ankara 2014, s.184, 197; Seda İrem Çakırca, Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi, İÜHFİM., C.LXX, Sa.2, İstanbul 2012, s.145 vd..

lir (MK.m.199). 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu da evli kişilerin ancak diğer eşin yazılı rızası ile kefil olabileceğini öngörmüştür (TBK.m.584). Böylece aile hayatı için sıkıntı yaratabilecek ve ailenin ekonomik geleceği için tehlike kaynağı olabilecek hatır kefaletlerinin mümkün olduğunca engellenmesi amaçlanmıştır<sup>29</sup>.

Yeni Medeni Kanun, aile hukuku ilişkilerinin sadece kurulması ve sona ermesinde değil, devamında da devletin müdahaleciliği ilkesini benimsemiştir. Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşlerin hâkime başvurabilecekleri öngörülmüştür (MK.m.195). Ayrıca Kanun, ekonomik açıdan zayıf durumdaki eşi ve çocukları korumaya yönelik hükümlere yer vermiştir<sup>30</sup> (MK.m.169, 175, 196, 197).

Yeni Medeni Kanun, yasal mal rejimi olarak, edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemiştir. Böylece evliliğin ölüm veya boşanma ile sona ermesi durumunda eşlere, evlilik süresince diğer eşin karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri üzerinde 1/2 oranında bir katılma alacağı hakkı tanımıştır. Bu rejim, her bir eşin malvarlığında meydana gelen artışın, diğer eşin katkısıyla meydana geldiği; bir başka ifadeyle, bu artışın eşlerin evlilik birliği içinde yapmış oldukları işbölümü ve işbirliği sonucunda ortaya çıktığı varsayımından hareket etmekte ve evlilik sona erdiğinde bu artışların kader birliği yapan eşler arasında adil bir şekilde paylaşılması düşüncesine dayanmaktadır.

Bu gelişmeler gösteriyor ki, 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi özellikle aile hukukunun evlenme ve boşanma konularında devrim niteliğinde hükümler getirirken, evliliğin genel hükümleri ve eşler arasındaki mal rejimleri konusunda aynı ölçüde radikal davranmamıştır. Kendisinden 76 yıl sonra yürürlüğe giren 2002 tarih ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu eşler arasındaki eşitliği mutlak anlamda sağlama ve kadının ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik hükümleriyle Cumhuriyet'in ilk yıllarında aile hukuku alanında gerçekleşen devrimin eksik kalan parçalarını tamamlamıştır.

<sup>29</sup> Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2012, s.174.

<sup>30</sup> Şıpka, age., s.34,35.



# ÖTANAZİ - ÖLME HAKKI

(Euthanasia - Right To Die)

Yrd. Doç. Dr. Erika BITON SERDAROĞLU\*

## ÖZET

Antik Yunan ve Roma devrinden beri rastlanan ancak son dönemlerde gündemde daha yoğun olarak tartışılan ötanazi, çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bazı hukuk sistemleri ötanaziye imkân verirken bazı hukuk sistemleri bunu suç olarak nitelemiş ve faillerin cezalandırılması için düzenlemelerde bulunmuştur. Çalışmada çeşitli hukuk sistemlerinin ötanaziye yaklaşımı, konuya ilişkin mahkeme kararları ele alınarak ötanazinin yaşama hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, ölme hakkı var ise hangi koşul ve şartlara tabi olacağı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Ötanazi, Ölme Hakkı, Yaşama Hakkı, ölüm, suç

## *Abstract*

Although euthanasia debate is more intensively on the agenda and is subject to different regulations in various legal systems, it could be seen since the Ancient Greek and Roman times. Some of the legal systems allow euthanasia, while some jurisdictions prefer to have regulations for the punishment of this crime, and the related perpetrators. Within this study, it has been tried to evaluate the right to die, if it exists, the subject and the terms, and if it could be regarded within the scope of the right to life, in light of the court decisions and different legal systems' approach.

**Keywords :** Euthanasia, Right to Die, Right to Life, death, crime

## GİRİŞ

Kavram olarak ötanazi iyi, güzel ölüm anlamında kullanılmakta olup; bir kişi veya hayvanın yaşamının dayanılmaz olması sebebi ile acısız veya az acı ile sonlan-

---

\* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

dırılması halini<sup>1</sup> ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu kavrama ve ifade ettiği ölüm şekline antik Yunan ve Roma devrinden itibaren rastlamak mümkündür. O günden bu güne ötanazi başta felsefe, hukuk ve tıp alanlarında olmak üzere tartışma konusu olma niteliğini hiç kaybetmemiştir. Bugün, tartışmanın ötesine de geçerek bazı hukuk sistemlerinde ötanazinin uygulaması başlamış olup; yasal düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirilebilir hale gelmiştir. Yine bazı hukuk sistemlerinde, yasal olarak düzenlenmemiş olmasından yola çıkılarak yargı kararları ile cezasız bırakılmaktadır. Bu sayede hukuki olarak meşru görülmemekle beraber<sup>2</sup>, uygulanabilir hale gelmektedir. Ülkemiz uygulamasında ise ötanaziye ilişkin mevcut araştırmaların ve literatürün çok sınırlı olduğunu söylemek mümkündür. Uygulamada gerçekleşen ötanazi var ise de bu uygulamaların gizli yapıldığı kanısı yaygındır<sup>3</sup>.

## I. Kavram

Ötanazi kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Tanımlara baktığımızda ölümün kaçınılmaz olması, kişinin derin acılar içinde bulunması hususlarının genel olarak kabul edildiği görülmekle beraber; tanımlamalarda farklı yaklaşımlar olduğu, örnek vermek gerekir ise, fiilin doktor tarafından yapması gerekip gerekmediği veya hastalığın ölümcül olması gerekip gerekmediği hususunda farklılıklar bulunduğu görülmektedir<sup>4</sup>. Hatta tanımın daha geniş kapsamlı olarak yapıldığı, acıma yüzünden insan öldürme veya kişiyi dayanılmaz ızdırpalardan kurtarmak için öldürme olarak tanımlandığı da görülmektedir<sup>5</sup>. Bununla beraber kısaca tanımlamak gerekir ise, ötanazi tedavisi olmadığına karar verilen ve dayanılmaz acılar çeken hastaların, ısrarlı ve açıkça belirttikleri iradeleri doğrultusunda veya iradeleri alınmadığında kanuni mümessillerinin veya mirasçılarının izni ile onların yararına olmak üzere<sup>6</sup> icrai veya ihmali, bir davranışla tıbbi yoldan yaşama son verilmesi olarak tanımlanabilir<sup>7</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, hastanın öldürme hareketini bizzat gerçekleştirdiği hallerde ötanaziden bahsetmek mümkün değildir<sup>8</sup>. İleride de bahsedileceği gibi bu durumlarda asiste intihardan bahsetmek mümkündür.

<sup>1</sup> <http://tr.wikipedia.org/wiki/ötanazi>

<sup>2</sup> **İNCEOĞLU**, Sibel, Ölme Hakkı, İstanbul 1999, s. 30.

<sup>3</sup> **ÖZKARA**, Erdem, Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, (Güncel Tartışmalar), Ankara 2001, s. 3.

<sup>4</sup> **ÖZEN**, Muharrem, **EKİCİ ŞAHİN**, Meral, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, s. 17-18.

<sup>5</sup> **SAVCI**, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980, s. 20-21.

<sup>6</sup> **GLOVER**, Jonathan, Causing Death and Saving Lives, Middlesex 1984, s. 182; **ÜNVER**, Yener, Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 27.

<sup>7</sup> **GÜVEN**, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000, s. 12; **UYSAL**, Cem, **KARAASLAN**, Bekir, **TANVRIVERDİ**, Halis, **ÇELEPKOLU**, Tahsin, **KORKMAZ**, Mustafa, **BULUT**, Kasım, **BEZ**, Yasin **TIRAŞÇI**, Yaşar, **ÖZKARA**, Erdem, Adli Tıp Bülteni, Cilt 18, Sayı 3, 2013, s. 92; **YILMAZ**, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 60.

<sup>8</sup> **ARTUK**, Mehmet Emin, **YENİDÜNYA**, A. Caner, Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 114.

## II. Ötanazi Türleri

### 1. Dar Anlamda Ötanazi– Geniş Anlamda Ötanazi – En Geniş Anlamda Ötanazi

Dar anlamda ötanazi, acılar içinde ölmekte olan hastanın acılarının, hayatının kısaltımı ile azaltılması iken, geniş anlamda ötanazi kurtuluşu imkânsız ve şifasız bir hastalığa yakalanan hastanın acılarını dindirmek amacı ile icrai bir hareket ile yapılan yardım olarak algılanmaktadır<sup>9</sup>. Bu iki ötanazi türünün arasındaki fark, ötanazinin gerçekleştirilmesi zamanında ortaya çıkmaktadır. Dar anlamda ötanazide ölüm çok yakın olmakla beraber, geniş anlamda ötanazide ölüm haftalarca belki de yıllarca gerçekleşmeyecek iken müdahalede bulunduğu söylenebilir<sup>10</sup>. En geniş anlamda ötanazi ise aslen gerçek olmayan ötanazi olarak değerlendirilmektedir. Zira bu tür ötanazide yaşamaya değer olmayan hayatların imhası söz konusudur<sup>11</sup>.

### 2. İradeye Bağlı Ötanazi – İrade Dışı Ötanazi

İradeye bağlı ötanazi, bilinci yerinde olan hastanın isteği doğrultusunda gerçekleştirilen ötanazidir. Bu tür ötanazi en kolay benimsenebilen ötanazi türüdür<sup>12</sup>. İrade dışı ötanazi ise bilinç kaybına uğramış hastaların yakınlarının iradesi doğrultusunda veya hastanın varsayılan iradesi doğrultusunda gerçekleştirilen ötanazidir<sup>13-14</sup>. Bununla beraber, iradesini açıklayamayacak durumda olan hastanın daha evvel açıklamış olduğu yazılı beyanına yönelik olarak gerçekleştirilen ötanazi de iradeye bağlı ötanazi olarak değerlendirilmektedir<sup>15</sup>.

Ötanaziye ilişkin tartışmalardan en önemlisinin irade dışı ötanazi başlığı altında ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Zira hastanın karar veremeyecek durumda olması halinde ötanazinin uygulanabilir olup olmadığının tespiti önemli bir sorundur. İrade dışı ötanazinin gerçekleştirilebilir olması gerektiğini savunanların çıkış noktası temyiz gücü olmayan veya bu yetisini kaybeden kişilerin tedavisi, ameliyatları gibi konularda karar verme yetkisi bulunan veli veya vasi gibi kişilerin gerektiği durumlarda ötanazi için de yetkisi olması gerektiğidir<sup>16</sup>. İrade dışı ötanazinin gerçekleş-

<sup>9</sup> ARTUK/YENİDÜNYA, s. 113.

<sup>10</sup> ARTUK/YENİDÜNYA, s. 113.

<sup>11</sup> ARTUK/YENİDÜNYA, s. 113.

<sup>12</sup> GÜVEN, s.14; İNCEOĞLU, s. 158.

<sup>13</sup> GÜVEN, s. 14; GLOVER, s. 182; ARTUK/YENİDÜNYA, s. 115; İNCEOĞLU, s. 217-218.

<sup>14</sup> Temyiz kudreti hiç olmamış yetişkinler ile çocuklara yönelik ötanazi, konunun derinliği bakımından bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

<sup>15</sup> GÜVEN, s. 13.

<sup>16</sup> İNCEOĞLU, s. 218; BRUTOÇO, Sheila, “ The Barber Decision: A Questinable Approach to Termination of Life-Support Systems fort he Patient in A Persistent Vegetative State”, Golden Gate University Law. Rev (summer) 1985, V.15,N.2, s. 376.

tirilebilmesi gerektiğini savunan bir kısım yazarların bir gerekçesi de temyiz kudreti bulunmayan küçük veya mahcurun geriye kalan ömrünün çok kısa olması sebebi ile veli veya vasinin bu yönde karar verme yetkisinin olması gerektiğidir<sup>17</sup>. Oysa son derece kişiye ait bir karar olan ölmenin, bir başka deyiş ile kişiye sıkı sıkı bağlı bir hak olan ölme hakkının temsilci vasıtası ile kullanılması zor hatta imkânsızdır<sup>18</sup>. Kaldı ki, yaşamın kısa veya uzun olması veya geriye kalan ömrün zamansal boyutunun karar verme konusuna bir etkisinin olması düşünülemez.

Hukuk sistemimize baktığımızda Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca kişiye sıkı sıkı bağlı hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanılamayacağı genel olarak kabul görmektedir<sup>19</sup>. Kaldı ki, Hasta Hakları Yönetmeliği 24/1 maddesi tıbbi müdahalelerde küçük ve mahcurlar için veli veya vasinin iznini ararken, maddenin 3 ve 4 üncü fıkraları, hayati tehlike olduğunda tedaviye başlamadan veya başladıktan sonra tedaviyi reddetme konusunda veli ve vasiye her hangi bir yetki tanımamıştır.

İrade dışı ötanazinin kabulüne yönelik bir diğer argüman ise, rızasını beyan dahi edemeyecek durumda olan hastanın yaşam kalitesinin çok düşük olmasıdır. Görüş uyarınca bu halde yaşam süresinin uzamaması hastanın kendisi için daha yararlı olacaktır<sup>20</sup>. Bu görüşü de kabul etmek mümkün değildir, zira ötanazinin kabulü ancak kişinin kendi iradesi kapsamında, kendi geleceğini, yaşamını belirleme ve özerklik haklarından yola çıkarak kabul edilebilir bir eylem iken, bu yönde iradesi olmayan hastanın yerine geçerek yaşamının sonlandırılması düşünülemez.

### 3. Aktif Ötanazi - Pasif Ötanazi

Aktif ötanazi, olumlu bir eylem ile tıbbi yoldan ölüm sonucunun sağlanması olarak karşımıza çıkmakta iken, pasif ötanazi hastanın yaşamını sürdürmesi için gerekli olan yaşam desteğinin sağlanmaması olarak ortaya çıkmaktadır. Aktif ötanazinin bir türü gibi algılanan dolaylı ötanazi ise, yaşam süresini kısaltma pahasına acıyı dindirici ilaçların hastaya verilmesi olarak nitelendirilmektedir<sup>21</sup>. Tabidir ki, müdahalenin iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış ve acı çeken bir hastanın acılarını dindirme saiki ile yapılması gerekir<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> JOCHEMSEN, Henk, Dutch Court Decisions on Nonvoluntary Euthanasia Critically Reviewed, Issues in Law and Medicine, Volume 13, Number 4, 1998. s. 6.

<sup>18</sup> İNCEOĞLU, s.219; OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 2011, s. 161 vd.

<sup>19</sup> OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY - ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 82.

<sup>20</sup> RACHELS, James, The End of Life: Euthanasia and Morality, (Morality), Oxford, 1986, s. 159.

<sup>21</sup> ODER, Bertil Emrah, Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 245.

<sup>22</sup> ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, s.18; İNCEOĞLU, s. 13.

Belirtmek isteriz ki, pasif ötanazi ölümün ihmali bir davranış sonucu ortaya çıkması ve kişinin kendi geleceğini belirleme ve tedaviyi ret haklarından yola çıkılması sonucunda aktif ötanaziye nazaran daha fazla kabul görmektedir. Bununla beraber ötanaziye uygulayan doktor açısından bakıldığında her iki ötanazi türünde de doktorun amacı acıyı dindirmek, ıstıraba son vermektir<sup>23</sup>. Kaldı ki, özellikle başlanmış bir tedaviyi sonlandırmak, yaşam destek ünitesini devre dışı bırakmak gibi eylemlerde doktorun pek de pasif olmadığından yola çıkarak bu ötanazi türünün de aktif ötanazi olarak değerlendirilmesi mümkündür<sup>24</sup>. Alman hukukunda bu konuda yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermemek için üst kavram olarak tedaviye ara verilmesi kavramı kullanılması önerilmiştir<sup>25</sup>. Kanaatimizce bu tarz bir kavram kullanmak karışıklığa mahal vermemek adına yerinde olacaktır<sup>26</sup>.

Bugün için aktif - pasif ötanazi ayırımına karşı çıkıldığını söylemek de mümkündür. Yapılan ayırımın suni olduğu, fail açısından bakıldığında ahlaki olarak iki tür arasında fark olmadığı da savunulmaktadır<sup>27</sup>. Ayırımı yapan yazarlar açısından ölüme terk ile öldürme olarak ayırımı gidilmesine rağmen, kanaatimizce de her iki tür açısından aslen fark bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Zira ötanazi tanımından hareket edildiğinde aktif veya pasif olması durumunda da ölümcül olmayan hastaya ötanazi uygulanamamaktadır. Dolayısı ile her iki durumda da ölümü muhakkak olan hastalar söz konusu olup, aktif ötanazi ölümcül olmayan hastalara uygulanan bir yöntem olarak değerlendirilmemelidir. Bu durumda aktif ötanazide sadece süreci hızlandırmaktan bahsedilebilir ki, pasif ötanazi de aslen tedavinin kesilmesi sebebi ile sürecin hızlandırılmasından başka bir şey değildir. Aralarındaki en önemli fark pasif ötanazide ölümün aktif ötanaziye göre daha acılı ve daha uzun sürmesidir. Sadece bu sebepten hareket edildiğinde bile öncelikle aktif ötanazinin yasallaşması gerekliliği savunulabilir<sup>29</sup>. Pasif ötanazinin daha çok kabul görmesinin aslen bu tür ötanazide iki hakkın aynı anda kullanılmasından ileri geldiği de söylenebilir<sup>30</sup>. Zira aktif ötanazide sadece

<sup>23</sup> **BEŞİRİ**, Arzu, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s.193; **ZENGİN**, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2012; **SCHLOGEL**, Herbert, (Çeviren: TAŞTAN, Osman), Ötanazi ve Teoloji, AÜİFD Cilt XLIII (2002) Sayı 1, s. 299.

<sup>24</sup> **İNCEOĞLU**, s. 142.

<sup>25</sup> **DUTTGE**, Gunnar, (Çevirenler: ÖZCANLI, Beril, ELİBOL, Zeynep), Alman Hukukunda Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 217.

<sup>26</sup> Bununla beraber henüz bu tarz bir kavram sistemimizde yerleşmediğinden çalışmamızda aktif – pasif ötanazi kavramları kullanılmıştır.

<sup>27</sup> **İNCEOĞLU**, s. 141.

<sup>28</sup> Benzer görüşler için bkz. **İNCEOĞLU**, s. 145 vd.

<sup>29</sup> **RACHELS**, James, Active and Passive Euthanasia, (Euthanasia), Colorado 1975, <http://rintintin.colorado.edu/~vancecd/phil1100/Rachels.pdf>, s. 2 vd. (Erişim Tarihi: 02.03.2015); **İNCEOĞLU**, s.150.

<sup>30</sup> **İNCEOĞLU**, s. 137.

ölme hakkını kullanan hasta, pasif ötanazide ölme hakkı ile birlikte aynı zamanda beden bütünlüğünü koruma hakkını da kullanmaktadır.

Buna rağmen uygulamaya ve yapılan araştırmalara bakıldığında genel olarak pasif ötanaziye daha ılımlı yaklaşıldığı gözlemlenmekte, özellikle ağır rahatsızlığı veya sakatlığı olan bebeklerde bu açıkça ortaya çıkmaktadır<sup>31</sup>. Mesela mikrosefali gibi ağır rahatsızlığa sahip ancak yaşayabilmesi için başka basit hastalığa ilişkin bir ameliyatın yapılması gerektiğinde ebeveynlerin ameliyatın yapılıp yapılmaması konusunda karar verme yetkisi olduğuna inanılmakta; bununla beraber aynı ameliyatın normal bir çocuk için gerekmesi durumunda ailenin böyle bir hakkı olmadığından bahsedilmektedir<sup>32</sup>. Oysa veli veya vasinin bu konuda yetkili olup olmaması küçük veya mahcurun bulunduğu duruma bağlı olarak değil, durumdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

#### 4. Kazai Ötanazi- Medikal Ötanazi

Ötanazinin hukuken kabul gördüğü çeşitli hukuk sistemlerinde dahi uygulama açısından farklılıklar bulunmaktadır. Bazı sistemlerde mesela Hollanda'da olduğu gibi, ötanazi uygulayacak doktorun başka bir doktor ile yapacağı konsültasyon sonucunda alacağı karar ile uygulama yapması mümkün iken, bazı sistemlerde ayrıca mahkeme kararı alınması gerekmektedir. Mahkeme kararı gerekmeyen hallerde medikal ötanazinin, mahkeme kararının aranması halinde kazai ötanazinin varlığından bahsetmek uygun olur.

### III. Ötanaziye İlişkin Etik Tartışmalar

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ötanazi antik Yunan ve Roma döneminden bu yana tartışma konusu olmuş; hukuk, felsefe, tıp gibi birçok bilim dalının incelediği bununla beraber kabulü veya reddinin aslen etik değerlere dayandığı bir fiil olma özelliğini korumuştur. Aslen intiharın suç sayılmaması eğiliminin artması ile yaşama hakkının kişinin kendi iradesi ile vazgeçebileceği hak olma niteliği taşıdığı, böylelikle ötanazinin kabul görmeye başladığını söylemek mümkündür<sup>33</sup>. Zira intiharın suç sayılma eğiliminin azalması<sup>34</sup> ile birlikte ötanazinin kabul edilme eğiliminin arttığı söylenebilir<sup>35</sup>. Bu kapsamda kişinin intihar etmesinden dolayı cezalandırılmayaca-

<sup>31</sup> RACHELS, Euthanasia, s. 2-3.

<sup>32</sup> TOOLEY, Michael, An Irrelevant Consideration: Killing Versus Letting Die, in Killing and Letting Die, ed. Bonnie Stainbock, 1980, s. 56.

<sup>33</sup> YOUNG, Robert, Voluntary Euthanasia, <http://plato.stanford.edu/entries/euthanasia-voluntary/> (Erişim Tarihi: 26.05.2015)

<sup>34</sup> İntiharın suç sayıldığı hukuk sistemleri ve verilen cezalar için bkz. ROSENFELD, Barry, Assisted Suicide and the Right to Die, Washington 2004, 24 vd.

<sup>35</sup> ROSENFELD, s. 25.

ğından, kişinin bedeni üzerinde tasarrufta bulunması mümkün kabul edilmektedir<sup>36</sup>. İntiharin suç sayıldığı sistemlerde doğaldır ki, intihara yardım ve asiste etme de suç sayılmaktadır<sup>37</sup>. Bununla beraber özellikle dini kuralların etkisi ile yaşama hakkının kutsallığı tezinden hareket eden yazarlar genel olarak yaşama hakkının ölüm hakkını kapsamadığını kabul etmektedirler<sup>38</sup>. Zira bahse konu hak sahibi Tanrı'dır. Yazarlar arasında dini saik ile hareket edilmediği durumlarda bile yaşamın kutsallığının esas olduğundan bahsedilerek yaşamın mutlaklaştırılması adına kişinin iradesi yok sayılarak<sup>39</sup>, hiçbir şart altında bundan vazgeçilemeyeceğini düşünenler de bulunmaktadır. Bu yazarlar özellikle tıbbi gelişmelerdeki hız sebebi ile tedavi imkânı olmayan hastalık belirlemesinde bulunmanın çok zor olduğundan hareket ile ötanaziyi kabul etmemektedirler<sup>40</sup>. Bu yöndeki hasta talebinin o andaki depresyon sebebi ile verilmiş bir karar olacağını belirten yazarlar da bulunmaktadır<sup>41</sup>. Ölümü isteyen birinin akıl sağlığının yerinde olmayacağından hareket eden yazarlar da mevcut<sup>42-43</sup> olduğu gibi, kişiye kendini öldürme hakkı tanınmasının, kişinin insan olma özelliği nedeni ile sahip olduğu değeri inkâr olarak algılayan yazarlar da bulunmaktadır<sup>44</sup>. Diğer taraftan ötanazinin her devlet tarafından tanınmaması sebebi ile hak olmadığını savunan yazarlar<sup>45</sup> bulunmakla beraber bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira hak nitelmesini devletlerin tanımalarına göre yapmak hatalıdır. Kaldı ki, bu gerekçelerden hareket ederek kişinin kendi hayatını sonlandırma özgürlüğüne sahip olmadığını söylemek de manasızdır. Kanaatimizce eleştiriler arasında en dikkate alınması gereken, ötanazinin suiistimale açık olduğu gerçeğidir<sup>46</sup>. Oysa gerekli önlemlerin alınması ile suiistimalin önlenmesi mümkündür<sup>47</sup>. Suiistimale açık olması sebebi ile kişinin sahip

<sup>36</sup> **YİĞİT**, Yaşar, İslam Hukukuna Göre Ötanazi, Ankara 2013, s. 74.

<sup>37</sup> İntihara yardım suçlarına örnek ve ilgili kararlar için bkz. **ROSENFELD**, s. 27 vd.

<sup>38</sup> **ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN**, s. 24; Aksi görüş için bkz. **ÜNVER**, s. 41; **YİĞİT**, s.44.

<sup>39</sup> **ALTAY**, Gül, Nitelikli Yaşam Hakkı İçin Ötanazi, 2005, s. 16.

<sup>40</sup> **BEŞİRİ**, s.194; **ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN**, s. 25; **GORMALLY**, Luke, Euthanasia and Assited Suicide, Seven Reasons Why They Should Not be Legalized, <http://www.linacre.org/newsle-1.htm> (Erişim Tarihi: 15.04.2015); **GÜRKAN**, Merve, **ŞENDUR**, Kerim Ulaş, Ötanazi, <http://www.prizmahukuk.com/files/Otanazi.pdf> (Erişim Tarihi :13.05.2015); **PELLEGRINO**, Edmund D., The False Promise of Beneficent Killing, Regulating How We Die, Edited by Linda Emanuel, New York 1998, s. 64.

<sup>41</sup> **KEOWN**, John, Euthanasia, Ethics and Public Policy, Cambridge 2002, s. 57; **KAMAY**, Behçet Tahsin, Ötanaziler Ölümü Yaklaşan Hastayı İstirabsız Öldürme, Ankara Barosu Hukuk Dergisi, Cilt: 8, Sayı 93-94, Ocak- Şubat 1952, s. 4; **PELLEGRINO**, s. 72.

<sup>42</sup> **ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN**, s.25. Diğer ret sebepleri için bkz. **ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN**, s. 25 vd.

<sup>43</sup> Bu eleştirilere verilen cevaplar ile ilgili bkz. **GLOVER**, s. 186 vd. ve **ÜNVER**, s. 42 vd.

<sup>44</sup> **SOYASLAN**, Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, Yargıtay Dergisi (Temmuz) 1990, C.16, S.3, s. 273.

<sup>45</sup> **BEŞİRİ**, s. 20.

<sup>46</sup> **YİĞİT**, s. 54.

<sup>47</sup> **ÜNVER**, s.65.

olduğu bir haktan mahrum bırakılması da düşünülemez<sup>48</sup>. Her hangi bir hakkımızın kullanılması sırasında suiistimal olması mümkündür. Buna rağmen hak ve özgürlüklerimizden sadece bu sebeple vazgeçmemiz söz konusu değildir<sup>49</sup>.

Diğer taraftan ötanaziyi savunan görüşler arasında bulunan dünyanın sınırlı olanaklarının sadece sağlıklı insanların kullanımına sunularak yaşlı ve hastalar için zaman ve kaynak harcanmaması gerektiğini savunan görüşe<sup>50</sup> de katılmak mümkün olmamalıdır. Ancak, insanın yalnızca yaşama hakkına değil aynı zamanda onurlu bir şekilde yaşama hakkına da sahip olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir<sup>51</sup>.

#### IV. Mukayeseli Hukuk Bakımından Ötanazi

Ötanazinin gerçekleşmesi için yapılacak fiiller günümüzde pek çok ülkede suç olarak kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Bununla beraber, suçun niteliği ve cezanın miktarı ülkeden ülkeye değişmektedir<sup>53</sup>. Zira ötanazinin suç olması gerektiğini savunanlar dahi, mağdurun rızası değilse bile, fiili işleyen kişinin insani hislerle hareket etmiş olması sebebi ile ötanazinin kasten adam öldürme cezası ile bir tutulmaması ve bunun ayrı bir suç olarak nitelenmesi gerektiğini belirtmektedirler<sup>54</sup>. Diğer taraftan kişi özerkliğinin artması ve bireye tanınan hakların gelişmesi ile ötanazinin suç olmaktan çıkarılması eğilimlerinin de arttığı gözlemlenmektedir<sup>55</sup>. Ötanazi kişilik haklarının korunması bakımından da özel önem taşımakta, ayrıca incelenmesi gereken bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukuku açısından suç teşkil edebilecek bir fiil kişilik haklarına aykırı olmayabileceği gibi, kişilik haklarına aykırı olan bir fiilin de suç teşkil etmemesi mümkündür.

##### 1. Almanya

Ötanazinin belki de bu kadar tepki toplamasının sebeplerinden biri ikinci dünya savaşında Almanya'da özürlü, hasta ve yaşlıların sistematik bir biçimde öldürülmesinin meşrulaştırılmaya çalışılması sırasında kullanılmış olmasıdır<sup>56</sup>.

Almanya'da prensip olarak aktif ötanazi kabul edilmemekle beraber, çok sınır-

<sup>48</sup> ÜNVER, s.67.

<sup>49</sup> İNCEOĞLU, s. 179.

<sup>50</sup> ÖZKARA, Güncel Tartışmalar, s. 26'da bahsedilen görüşler.

<sup>51</sup> ÖZEN/ EKİCİ ŞAHİN, s. 22.

<sup>52</sup> İntiharın suç sayıldığı hukuk sistemleri ve verilen cezalar için bkz. ROSENFELD, s. 24 vd.

<sup>53</sup> Bkz. ARTUK, Mehmet Emin, Ötanazi, Yargıtay Dergisi, C.18, S.3, Temmuz 1992, s. 308-309.

<sup>54</sup> ÜNVER, s. 30.

<sup>55</sup> İNCEOĞLU, s. 90.

<sup>56</sup> ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, s. 18.



lı olarak imkân tanındığı da görülmektedir<sup>57</sup>. Genel eğilim iradi ve tıbbi gereklere uygun olma şartlarının varlığı halinde ötanaziyi hukuka uygun bulma yönündedir. Özellikle Ceza Kanunu bölüm 34 uyarınca zorda kalma halinden yola çıkarak hastanın dayanılmaz üzüntü ve acılar içinde olduğu umutsuz durumlarda, hasta talebi ile aktif ve doğrudan ötanazinin uygulanması halinde bu eylemin suç teşkil etmeyeceği savunulmaktadır<sup>58</sup>. Diğer taraftan pasif ötanazi Alman hukukunda suç olarak nitelenmemekte ve uygulanabilmektedir<sup>59</sup>. Ancak intihara yardım etmek Alman Ceza Kanunu açısından suç niteliğini korumakta, sadece intihar suç teşkil etmemektedir<sup>60</sup>.

## 2. Hollanda

Ötanazinin en yaygın olarak uygulanmakta olduğu ülke Hollanda'dır. Hollanda mahkeme kararlarına ilk yansıyan ötanazi hali 1973 tarihini taşımaktadır. Annenin açık ve ısrarlı talepleri üzerine annesine öldürücü dozda morfin veren doktorun ceza almış olmasına rağmen mahkeme, kararında açıkça "*tedaviye devamın sadece acı çekmeye yaradığı hallerde tıbbi tedaviden kaçınmanın suç teşkil etmeyeceğini*" belirtmiştir<sup>61</sup>. Bununla beraber ötanazinin toplum tarafından etkin bir biçimde tartışılmaya başlaması 1980 yılından itibaren görülmektedir. 1984 yılında verilen Alkmaar kararı ise bu konudaki gelişmeleri gösteren önemli bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Karar uyarınca ötanazi, tedavi olunamayan, tedavisi uzun süren veya dayanılmaz derecede ızdırap veren haller ile ölüm hali mutlak ve başka çözüm bulunmadığı hallerde uygulanmalı ve yetişkin hastanın özgür ve tekrarlanan talebi alınmış ve bundan vazgeçtiğine dair hiçbir sinyal alınmamış olmalıdır<sup>62</sup>.

Bu gelişmelerin akabinde 2000 yılında yapılan referandumla halkın %80'inin ötanazinin yasalaşması konusunda olumlu oy kullanması sonucunda ötanazi yasasının 2001 yılında yürürlüğe girdiği görülmektedir<sup>63</sup>.

Hollanda'da ötanazinin psikiyatrik hastalıklar açısından da uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmaları önem arz etmektedir. Psikiyatrik hastalıkların iyileşmesi mümkün olmaması ve somatik hastalıklar kadar dayanılmaz acı vermesi halinde ötanazinin uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>64</sup>. Psikiyatrik hastalarda ötanazinin

<sup>57</sup> GÜVEN, s. 22.

<sup>58</sup> DUTTIGE, s. 221.

<sup>59</sup> www.lifesitenews.com/pulse/germany-debates-euthanasia-and-assited-suicide (Erişim Tarihi: 15.5.2015)

<sup>60</sup> ÖZKARA, Güncel Tartışmalar, s. 34.

<sup>61</sup> SHELDON, Tony, Andries Postma, British Medical Journal, February 2007, s.333.

<sup>62</sup> http://www.libraryindex.com/pages/573/Euthanasia-Assisted-Suicide-EUTHANASIA-IN-NETHERLANDS.html (Erişim Tarihi: 13.4.2015)

<sup>63</sup> ÖZKARA, Güncel Tartışmalar, s. 24.

<sup>64</sup> İNCEOĞLU, s. 206.

kabul edilebileceğini ilk olarak Dr. Chabot davasında görmekteyiz<sup>65</sup>. Dava depresif ve duygu bozukluğu çeken, 22 yaşında evlenmiş ancak hiç mutlu olamamış, iki oğlunu çeşitli şekillerde kaybetmiş, intiharı denemiş ancak başarılı olamamış bir kadının tekrar intihar etmek istemesine rağmen başarısız olma korkusu ile İstemli Ötanazi Birliği'ne başvurması üzerine ortaya çıkmıştır. Mahkeme kararında ötanaziye ilişkin dört önemli soruna cevap vermiştir. Bu sorunlar<sup>66</sup>;

(a) Somatik hasta olmayanlar için de ötanazi uygulanabilir mi? Mahkeme bu soruya olumlu cevap vermiştir. Önemli olan acının derecesidir. Kaynağının somatik veya psikolojik olması önem arz etmemektedir.

(b) Psikolojik hastalığı olan kişinin iradesi hukuken geçerli kabul edilebilir mi? Mahkeme bu soruya da olumlu cevap vermiştir. Zira en azından bazı akıl hastaları kendi ölme isteklerine ilişkin aydınlatılmış karar verebilecek durumdadırlar.

(c) Tedaviyi reddeden kişinin tedavi edilemeyecek hastalığa sahip olduğunu söylemek mümkün müdür? Mahkeme prensip olarak reddetmenin tedavi imkânı olmadığı anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bununla beraber tedavi süreci çok uzun ve iyileşme ihtimali çok küçük ise mahkeme bu durumun dikkate alınması gerektiğini de belirtmiştir.

(d) Dışardan bağımsız görüş alınmalı mıdır? Mahkeme bu ve benzeri durumlar- da mutlaka bağımsız bir uzmana danışılmış olmasını aramaktadır.

Bununla beraber belirtmek isteriz ki, bahse konu davada fiil, hastanın kendisi tarafından gerçekleştirildiği için hekim yardımcı intihar, asiste intihar olarak nitelenmektedir<sup>67</sup>.

Ötanazinin sistemde yasallaşmış olması, ötanazinin ve hekim yardımcı intihârın her durumda suç teşkil etmediği anlamını da taşımamaktadır. Zira düzenlemeler uyarınca ancak belli şartların varlığı halinde suç niteliği ortadan kalkacak diğer hal-lerde ise gerçekleştirilen eylemler kasten adam öldürme veya intihara yardım etme suçunu oluşturacaktır<sup>68</sup>. Belirtmek gerekir ki, pasif ötanazi Hollanda hukuk sisteminde hiçbir şarta bağlı olmaksızın suç teşkil etmemektedir<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> GRIFFTHS, John, Assisted Suicide in Netherlands, The Chabot Case, The Modern Law Review 1995, V.58, s. 232 vd.

<sup>66</sup> GRIFFTHS, s. 238 -239.

<sup>67</sup> GRIFFTHS, s. 244.

<sup>68</sup> ÖLÇER, Pınar, A Contextual Perspective on Dutch Law and Practice Regarding Euthanasia and Assisted Suicide, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 251.

<sup>69</sup> ÖLÇER, s. 251.

### 3. Belçika

Belçika hukuk sisteminde 18 yaşını doldurmuş tıbbi olarak, fiziki veya psikolojik açıdan sürekli ve dayanılmaz acı çekiyor olması ve hastalık sürecinde çaresiz bir aşamada olması halinde hastalara ötanazi uygulanabilmesi kabul edilmektedir. Ancak bu şartların varlığı yeterli olmayıp ayrıca ötanazi yapacak doktorun hasta ile durumu hakkında ayrıntılı görüşmesi, ötanaziden başka çere kalmadığı hususunda hasta ile doktorun mutabık kalmaları, hastanın ötanazi talebini takiben en az bir ay geçmiş olması ve özel bir komisyonun bu konuda nihai karar vermesi gerekmektedir<sup>70</sup>.

### 4. Fransa

Fransa 2005 yılında yasalaştırdığı Pasif Ötanazi Kanunu ile pasif ötanaziyi yasal olarak uygulanabilir kılmıştır. Bununla beraber aktif ötanazinin veya asiste intiharın yasalaşması halktan büyük destek almasına rağmen gerçekleşmemiştir<sup>71</sup>. Hatta 17 Mart 2015 tarihinde Derin Uyku Kanunu'nu yasalaştırarak tedavi edilemeyen hastaların dayanılmaz acılarının dindirilebilmesi için doktorlara tedavisi mümkün olmayan hastaların ölümüne kadar derin uykuda tutulmaları için geniş yetkiler tanımış,<sup>72</sup> böylelikle ötanazinin önüne geçilmek istenmiştir<sup>73</sup>.

Pasif ötanazinin kabul edildiği ancak aktif ötanazinin yasak olduğu bu sistemde de konunun hala tartışıldığı görülmektedir. En son Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen Lambert kararında da pasif ötanazinin özellikle irade dışı ötanazinin uygulanma şartlarının tartışıldığı görülmektedir.

Dava konusu olayda Vincent Lambert 2008'de geçirmiş olduğu trafik kazası neticesinde ağır yaralanmış olup; çeşitli hastanelerde tedavi altına alınmıştır. Ancak durumu gittikçe ağırlaşmış 2011 yılında minimal bilinçlilik durumunda iken 2014 yılında bitkisel hayata girmiştir. Bu aşamada doktorları 10 Nisan 2013 tarihinden itibaren etkili olmak üzere dışardan beslenmeyi kesme ve su desteğinin azaltılmasına karar vermişlerdir. Ancak Lambert'in annesi, babası ve kardeşlerinin bir kısmı bu kararın uygulanmaması için itirazda bulunmuşlardır. İtirazları yetkili mahkemece kabul edilmiştir. Eylül 2013'te ise Lambert'in doktoru üçü dışardan olmak üzere altı doktordan oluşan bir heyet ile konsültasyonda bulunarak ve aile ile görüşerek başlattığı

<sup>70</sup> BEŞİRİ, s. 198; ÖZKARA, Erdem, Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum, (Belçika Uygulaması), TBB Dergisi, Sayı 78, 2008, s. 110; ÖMEROĞLU, s. 91.

<sup>71</sup> <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/11478999/France-passes-new-end-of-life-legislation-to-alleviate-suffering.html> (Erişim Tarihi: 17.06.2015)

<sup>72</sup> <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/11478999/France-passes-new-end-of-life-legislation-to-alleviate-suffering.html> (Erişim Tarihi: 17.06.2015)

<sup>73</sup> <http://www.theguardian.com/world/2015/mar/17/french-parliament-deep-sleep-law-terminal-ill-euthanasia> (Erişim Tarihi: 17.06.2015)

süreç sonucunda 11 Ocak 2014 tarihinde ailenin başvuru hakları saklı kalmak şartı ile tedavinin sona erdirilmesine karar vermiştir. Bunun üzerine İdare Mahkemesine itirazda bulunan aile üyelerinin itirazları üzerine doktorun kararını ertelemiştir. Ancak diğer aile üyelerince bu karara itiraz edilerek Danıştay'a başvuruda bulunulmuştur. Mahkeme yaşam desteğinin çekilmemesinin bu aşamadaki bir hasta için “*anlamsız direnim*” olduğunu belirterek, özellikle bu durumda olduğu gibi hastanın bu yöndeki talebinin bilinmediği durumlarda, hastanın ısrarla hayatta tutulmasına yönelik talebinin varlığını da kabul etmenin doğru olmadığını ifade etmiştir<sup>74</sup>. Mahkeme hastanın doktoru tarafından verilen kararın hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Pasif ötanazinin uygulanmasına imkân vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise verilen kararın yerinde olduğunu, karar ve uygulaması 2005 tarihli Pasif Ötanazi Kanununun üye devlet açısından düzenleme yetkisinde olduğu ve olayda bu kanuna uygun hareket edildiği ve bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. maddesine (yaşama hakkı) aykırılık teşkil etmediği açıkça belirtilmiştir<sup>75</sup>. Belirtmek isteriz ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu sonuca varırken karar mekanizmasında asıl olanın hasta iradesi olduğunu belirterek, hastanın iradesini beyan edemeyecek durumda bulunmasının dahi bu durumu değiştirmeyeceğinin altını çizmiştir<sup>76</sup>.

Bununla beraber, karara ilişkin verilen karşı oy yazısı sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinin sadece tek yönlü haklar sağladığından bahisle 2. maddenin yaşama hakkı tanıdığını ölme hakkı tanımadığını, 3. maddenin ise bu kapsamda bakıldığında açıklıktan ölüme mahkûm edilmeme hakkını tanıdığını belirtmektedir. Bu doğrultuda bu dava ile ilgili savunulabilecek tek ihlalin madde 3 kapsamında açıklıktan ölüme mahkûm edilme olarak ortaya çıktığının da ayrıca altını çizmektedir. Zira Lambert'in kendi başına nefes alabildiği sadece yutma ve katı maddeleri yemek borusundan geçirmekte zorlandığının ortaya konulduğunun oysa acılar içinde olduğuna dair bir verinin bulunmadığından bahisle, kendisinin yataktan kaldırılıp giydirilerek tekerlekli sandalye ile ailesi ile hafta sonları veya tatillerde beraber olmasına bir engel olmadığı belirtilmiş; kendisinin beslenmesine ilişkin ilk kısıtlama kararı verilmeden altı ay önce Lambert için de böyle bir uygulamaya gidildiğinin altı çizilmiştir<sup>77</sup>. Kanaatimizce de özellikle iradesini beyan edemeyecek durumda olan ve daha önceden bu doğrultuda irade beyanı bulunduğu kanıtlanamayan hastalar bakımından pasif ötanazi uygulaması sözleşmenin 3. maddesini ihlal eder niteliktedir.

<sup>74</sup> [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-5099865-6285870#{"item-id":\["003-5099865-6285870"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-5099865-6285870#{) (Erişim Tarihi: 17.6.2015)

<sup>75</sup> Lambert ve diğerleri /Fransa, Application No. 46043/14; [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) (Erişim Tarihi:17.06.2015)

<sup>76</sup> [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-5099865-6285870#{"item-id":\["003-5099865-6285870"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-5099865-6285870#{) (Erişim Tarihi: 17.6.2015)

<sup>77</sup> [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-5099865-6285870#{"item-id":\["003-5099865-6285870"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-5099865-6285870#{) (Erişim Tarihi: 17.6.2015)

## 5. Lüksemburg

2009'da yürürlüğe giren kanun ile Lüksemburg'da da ötanazinin uygulanma imkânı getirilmiştir. Bu kanun ile Lüksemburg, Hollanda ve Belçika'dan sonra ötanaziyi yasallaştıran üçüncü Avrupa ülkesi olmuştur. Kanun uyarınca ötanazi uygulanabilmesi için dayanılmaz acılar içinde bulunan hastanın doktor tarafından iyice bilgilendirilmesi, kendi iradesi ile ötanazi uygulanmasını talep etmesi, iki doktor ve bilirkişilerden oluşan kurulun olumlu görüşü gerekmektedir<sup>78</sup>.

## 6. İsviçre

İsviçre hukukuna baktığımızda Ceza Kanunu açısından ötanaziye ilişkin açıkça düzenleme bulunması sebebi ile net cevaplar vermek mümkündür. İsviçre Ceza Kanunu madde 115 uyarınca asiste intihar niteliğinde bulunan dolayısı ile ölümcül fiilin intihar eden tarafından gerçekleştirildiği, intihar edenin ayırt etme gücü bulunduğu ve yardımcı kişinin kişisel menfaati bulunmadığı durumlarda suç niteliğinde bir fiil bulunmamaktadır<sup>79</sup>. Ancak bu haller dışında bir fiil söz konusu ise ötanazi ve bu kapsamda gerçekleştirilecek fiiller kasten adam öldürme, taksirle adam öldürme, istek üzerine öldürme suçları kapsamına girecektir<sup>80</sup>. Kısaca sistem asiste intiharı kabul etmekle beraber ötanaziyi suç sayma yönünde düzenleme getirmiştir.

## 7. Anglo Sakson Hukuku

### a. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde, aktif ötanazi kabul görmemekle beraber pasif ötanazi kabul görmekte ve uygulanmaktadır. Ancak Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul gören pasif ötanazi genel kabul gören pasif ötanaziden fark göstermektedir. Bu sistemde hastanın ölümcül olmadığı durumlarda dahi ötanazinin uygulanabileceği kabul görmektedir<sup>81</sup>. Ancak eyaletler arası farklılıklar bulunmaktadır. Zira bazı eyaletlerde hastanın önceden verilen yazılı açık iradesi aranırken, bazı eyaletlerde hasta yakınlarının iradesi yeterli görülmektedir.

Amerika'da ölme hakkının tanınması ile ilgili olarak öne çıkan tarihi kararlardan biri Karen Ann Quinlan kararıdır<sup>82</sup>. Karen Quinlan 1975 Nisan ayında bilinç kaybına uğrayarak nefessiz kalmış ve akabinde bitkisel hayata girmiştir. Tekrar bilinç kaza-

<sup>78</sup> <https://www.lifesitenews.com/news/luxembourg-legalizes-euthanasia> (Erişim Tarihi: 10.5.2015)

<sup>79</sup> MAUSBACH, Julian, Assisted Suicide in switzerland-Legal Aspects, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 147.

<sup>80</sup> MAUSBACH, s. 147.

<sup>81</sup> İNCEOĞLU, s.186.

<sup>82</sup> Karara ilişkin bilgi için bkz. ROSENFELD, s. 29-39.

namayacağıının belirtilmesi üzerine ailesi nefes almasına ve beslenmesine imkân veren tüpün çıkartılmasını ve kızlarının ölmesine izin verilmesini talep etmişlerdir. Ancak bu talep hastane yetkililerince Karen Quinlan'ın tıbbi olarak ölümü gerçekleşmediği için reddedilmiştir<sup>83</sup>. Bunun üzerine ilgili yetkililere ve kızlarının vasisine başvuran aile, hastanenin verdiği gerekçelerin benzeri gerekçeler ile yine sonuç alamamışlardır. Bunun üzerine ilk derece mahkemesine başvuruda bulunan aile kızlarının vasilığı ve ölmesi için gerekli olan hayat desteğinin çekilmesi için yetki istemiştir. Bu talep ilk derece mahkemesince kabul görmemiş ancak New Jersey Temyiz Mahkemesi, Karen'in babasını kızı adına karar vermek, tedavi konusunda karar verme yetkisi ile birlikte, üzere vasi olarak atamıştır. Mahkeme kararını verirken kişilik haklarının bazı durumlarda devletin vatandaşlarının hayatını koruma konusundaki hak ve yükümlülüklerinden önde geldiğinden yola çıkarak vermiştir. Daha da önemli olarak mahkeme eylemin hiçbir şekilde suç niteliği taşımadığını “ *kanunsuz olarak başka birinin hayatına son vermek ile yapay hayat desteklerini özgür irade sonucunda sona erdirmek arasında gerçek fark bulunmaktadır*<sup>84</sup>.” ifadeleri ile ortaya koymuştur. Karar, kişinin kendi geleceğini belirleme özerkliği, hayatı sonlandıracak bile olsa tedaviyi reddetme hakkı ve kişinin temyiz kudretinin bu konuda karar verebilecek nitelikte olmaması halinde bu kararın ailesi tarafından verilebileceği konularında hukuki konsensüs oluşturmuştur<sup>85</sup>. Bu karardan hemen sonra, mahkeme Saikewich davasında da yaşamın desteklenmesine yönelik tedavinin kesilmesindeki faydanın, tedavisi mümkün olmayan akut myeloblastik monositik lösemi hastalığında tedavinin neden olacağı korku ve acı sebebi ile yaşamın sınırlı olarak uzatılmasının sağlayacağı faydadan daha baskın olduğundan hareket ile tedavinin kesilmesine karar vermiştir<sup>86</sup>.

1983 yılında California Temyiz Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda E. Bouvia adındaki 28 yaşında nerdeyse tamamen felçli hastanın beslenmeyi reddederek ölümüne terk edilme isteğinin önce mahkeme tarafından reddedilmesi ardından yaşamak için gerekenden az yemeğe başlaması üzerine hastane yetkililerince zorlanması ve bunun üzerine olayın tekrar yargı önüne taşınması söz konusudur. Kararda ilk derece mahkemesi beslenmeyi kabul etmemenin tedaviyi reddetmek değil yaşamı sonlandırmak olduğunu belirtilmiş, ancak California Temyiz Mahkemesi E. Bouvia'nın sonucunda ölüm olsa da istemediği beslenme tüpünden kurtulma hakkı bulunduğu

<sup>83</sup> Oysa benzer durumda bulunan hasta bay Tucker'ın nefes almasına yarayan respiratörün çıkarılması sonucu kalbinin durması hâlinde bay Tucker'ın ailesi tarafından ilgili doktorlar aleyhine ölümüne sebebiyet vermekten dava açılmıştır. Birbirine benzer bu iki durum ölümün ne zaman gerçekleştiğine dair tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bkz. **GRIZE**, German, **BOYLE**, Joseph Jr.; A contribution to Euthanasia Debate, London 1979, s. 2 vd.

<sup>84</sup> **ROSENFELD**, s. 30.

<sup>85</sup> **ROSENFELD**, s. 31.

<sup>86</sup> Superintendent of Belchertown State School & another vs. Joseph Saikewicz, 373 Mass. 728, July 2, 1976-November 28, 1977, www.masscases.com (Erişim Tarihi: 10.5.2015)

nu belirterek bunun tedaviyi ret etme hakkı kapsamına girdiğini belirterek ölme hakkının başkalarının haklarını zedelediği müddetçe kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkının bir parçası olduğu belirlemede bulunmuştur<sup>87</sup>. Bu kararın diğer kararlardan bir farkı hastanın ölümcül bir hasta olmaması ancak yaşam kalitesinin çok düşük olmasına sebep olacak ağır sakatlığının bulunmasıdır<sup>88</sup>.

1990'lı yıllarda Dr. Jack Kevorkian tarafından yapılan uygulamaların sonucunda Amerika'da ötanazi tartışmaları tekrar gündeme gelmiştir<sup>89</sup>. Dr. Kevorkian'ın 130'u aşkın kişinin ölümüne yardım ettiği belirtilmektedir. Bu yardımları sırasında Kevorkian, yasanın intihara yardım etmenin Michigan'da suç olmamasından yararlanarak, ölümcül zehrin hasta tarafından enjekte edilmesini sağlayan bir makineyi hastaların kullanmasına sağlayarak intihar etmelerine imkân vermiştir. Kevorkian'ın bu fillileri sonucunda 1993 yılında Michigan'da intihara yardım da suç olarak kabul edilmiştir. Bunun sonucunda Kevorkian Michigan'da gerçekleştirmiş olduğu bir aktif ötanazi sonucunda 2. dereceden cinayetten suçlu bulunarak 10 ile 25 yıl arası hapse mahkûm edilmiş; ancak 2007'de şartlı tahliye olmuştur. Tahliye şartları arasında tekrar ötanaziye katılmamak olduğu gibi, ötanaziyi teşvik edecek her hangi bir konuşma yapmaması da bulunmaktadır.

## b. İngiltere

İngiltere'de ötanazi tartışmaları 1980 yıllarına kadar gitmektedir. İlk dava Down sendromu ile doğan John Pearson ile ilgilidir. Bebeğin Down sendromu ile doğmasını takiben ailesi bebeği istememiş; bunun sonucunda da bebeğe ağı kesici ile yalnız su verilmiştir. Yiyecek ise verilmemiştir. Bebek 69 dakika sonra ölmüştür. Bebeğin ölüm sebebi ise zatürre olarak tespit edilmiştir<sup>90</sup>. Bu dava devam ederken Down sendromlu Alexandra'nın yaşaması için bağırsak tıkanıklığının açılması konusunda aile ile doktorlar arasında görüş ayrılığı yaşanmış, olay mahkemeye intikal etmiştir. İlk davada Down sendromlu bir çocuğun yaşatılmamasının ahlaki olduğu belirtilirken, ikinci davada tam tersi yönde karar verildiği görülmekte, yeni doğmuş çocuğun ölümünün onun yararına olmayacağı ifade edilmektedir<sup>91</sup>.

Bland davasında ise pasif ötanazi talebinin mahkeme tarafından kabul edildi-

<sup>87</sup> ÖZKARA, Güncel Tartışmalar, s. 29.

<sup>88</sup> İNCEOĞLU, s. 188.

<sup>89</sup> ÖZKARA, Güncel Tartışmalar, s. 25; SHARMA, B.R., Euthanasia: an Overview of the Journey from Inception to Implementation, JPAFMAT, 2005, s.33. (<http://medind.nic.in/jbc/t05/i1/jbct05i1p33.pdf>, Erişim Tarihi: 26.05.2015)

<sup>90</sup> [http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/background\\_briefings/euthanasia/1044740.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/background_briefings/euthanasia/1044740.stm) (Erişim Tarihi: 13.4.2015)

<sup>91</sup> SHEPPERDSON, Billie, Abortion and Euthanasia of Down's Syndrome Children- The Parent's view, Journal of Medical Ethics, 1983,9, s. 153.

ğini görmekteyiz<sup>92</sup>. Bahse konu davada 1989 yılında 17 yaşında iken Holsborough Futbol Stadyumunda yaşanan felaket sonucunda beyin hasarı almasına bağlı olarak yaşam destek ünitesine bağlı yaşayan Antony Bland'ın ailesi ve hastane yetkililerinin yaşam desteklerini çekme istekleri kabul edilmiştir. Benzer bir dava Bland davasına atıf yapılarak 1994 yılında açılmıştır. Evli G. geçirmiş olduğu trafik kazası sonucunda bitkisel hayata girmiştir. Eşi ve hastane yetkilileri ile birçok nörologist tarafından yaşam destek ünitesinin çekilmesi isteklerine karşı G.'nin annesi desteğin devam etmesi gerektiği kanaatinde olup bu ünitenin çekilmesinin ötanazi uygulaması olduğunu belirterek itirazda bulunmuştur. Mahkeme kararında yaşam destek ünitesinin çekilmesine karar verirken, aynı zamanda bunun ötanazi olmadığını da belirtmiştir<sup>93</sup>. Kararda her halükarda yakınlarının görüşlerinin mutlaka dikkate alınması gerektiğinin altı çizilmiş; ancak karşı çıkmanın veto anlamına geldiği iddiaları mahkemece kabul görmemiştir<sup>94</sup>.

Genel olarak İngiliz hukukunda ötanazi uygulamasının kabul edilmediği söylenmekle beraber<sup>95</sup>, yukarıda belirtilen kararlar ve özellikle bitkisel hayatta bulunan hastalara ilişkin başka kararların varlığı en azından pasif – kazai ötanazinin İngiliz hukukunda kabul gördüğünü göstermektedir. Diğer taraftan, özellikle ağrı azaltmak için verilen ilaçların uygulanması vasıtası ile gerçekleştirilen dolaylı aktif ötanazinin de takibat yapılmaması sebebi ile sistemde sıkça uygulandığı söylenmektedir<sup>96</sup>.

### c. Avustralya

Avustralya'da ötanazinin yasallığı konusunda dönemsel ve bölgesel farklılıklar gözlenmektedir. Zira Avustralya Kuzey Bölgesi 1995 yılında yürürlüğe giren, ölümcül hastalara uygulanmak üzere doktor tarafından ötanazi gerçekleştirilmesini kabul eden yasa, 1997 yılında federal devlet tarafından yasalaştırılan Ötanazi Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>97</sup>. Bu gelişmenin akabinde bugün için tüm Avustralya'da ötanazi yasal olarak mümkün görülmemektedir.

<sup>92</sup> AIRDALE N.H.S. TRUST v. BLAND [1993], [www.lexisnexis.com/uk/legal](http://www.lexisnexis.com/uk/legal) (Erişim Tarihi: 10.2.2015)

<sup>93</sup> Re G (Persistent Vegetative State), 21 November 1994, [www.lexisnexis.com/uk/legal](http://www.lexisnexis.com/uk/legal) (Erişim Tarihi: 12.2.2015)

<sup>94</sup> Ailenin karara ne kadar etkili olabileceği hakkındaki görüşler için bkz. **BIGGS**, Hazel, *Euthanasia, Death With Dignity and the Law*, Oxford 2001, s. 10 vd.

<sup>95</sup> Pretty davası İngiliz Hukuku uygulaması ile ilgili olmakla beraber ileride incelendiğinden ayrıca burada ele alınmamıştır.

<sup>96</sup> **SMITH**, George Paul, *Law and Bioethics, Intersection Along Mortal Coil*, London 2012, s. 167; **BIGGS**, s. 9.

<sup>97</sup> [www.humanrights.gov.au/our-work/rights-and-euthanasia](http://www.humanrights.gov.au/our-work/rights-and-euthanasia) (Erişim Tarihi: 10.5.2015)



## 8. Güney Afrika Cumhuriyeti

Güney Afrika Cumhuriyeti'nde ötanazi ceza kanunları açısından suç sayılmakta ve ölümcül hastaların dahi bu konuda hak sahibi olmaları kabul görmemektedir<sup>98</sup>. Mahkeme kararları da ötanaziye ilişkin fiilleri kasten adam öldürme olarak nitelendirerek ceza verildiğini göstermektedir. Ancak istisnai olarak bazı kararlarda failin bulunduğu durum sebebi ile ceza verilmediği görülmektedir. Bu kararlardan biri Davidow kararıdır. Davidow annesinin ölümcül hastalığı sebebi ile dayanılmaz ağrılar çekmekte olduğunu görmektedir. Bu acılara katlanamayan Davidow bir arkadaşından annesine ölümcül zehir vermesini istemiştir. Ancak bu isteği kabul görmemiştir. Duygusal bir çöküş anında Davidow annesini hastane yatağında silah ile vurarak öldürmüştür. Mahkeme yapılan eylemin kesinlikle suç olduğunu belirtmekle birlikte failin duygusal çöküşünü esas alarak Davidow'a ceza vermemiştir<sup>99</sup>.

## 9. İslam Hukuku- Hak Dinleri-İbrahimi Dinleri

Dini perspektiften bakıldığında üç büyük din kutsal metinlerinde bugün kullandığımız anlamda ötanaziden bahsedildiğini söylemek mümkün olmamakla beraber<sup>100</sup>; genelde yaşamın insanlara Tanrı tarafından verilmiş olduğundan hareketle yaşamı geri alma hakkının da sadece Tanrıya ait olduğu kabul görmektedir. Bu konuda Tanrı dışında ne kişinin kendisi ne de kendisi harici başka kişilerin söz hakkı olabilir<sup>101</sup>. Bir yaşama son vermek her halükarda açıkça Tanrıya karşı gelmektir.

Yahudilik uyarınca on emirde yer alan *öldürmeyeceksin* kuralı adam öldürmeyi en büyük günahlar arasına almakta olduğundan ve hayatın ne zaman sonlanacağına karar vermek ancak Tanrı'nın karar verebileceği bir husus olduğundan ölüm ile ilgili tasarrufta bulunmak Tanrı'nın iradesine karşı gelmek olarak nitelendirilir<sup>102</sup>. Bununla beraber intihar konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Kural olarak intihar günah kabul edilmekle beraber, bazı din adamları intihar eden kişinin aklı başında telakki edilemeyeceğinden hareket ile intihar edenin bu konuda sorumlu olmayacağını savunmaktadırlar<sup>103</sup>.

Hristiyan inancına göre de insan kendi hayatını sonlandıramayacağı gibi başka

<sup>98</sup> LEONARD, Taitz, Euthanasiz, The Right to Die and the Law in South Africa, Medicine and Law, 1992, c.11, s. 597; Report on Euthanasia and the Artificial preservation of Life, South Africa Law Report, 1998, s. 67.

<sup>99</sup> Bahse konu karar ve diğer kararlar için bkz. Report on Euthanasia and the Artificial preservation of Life, South Africa Law Report, 1998, s. 67 vd.

<sup>100</sup> YİĞİT, s. 43.

<sup>101</sup> ALTAY, s. 17; FLANNERY, Austin O.P., (Çeviren: TAŞTAN, Osman), Ötanazi Üzerine Beyanname, AÜİFD Cilt XLIII (2002) Sayı 2, s. 407.

<sup>102</sup> YİĞİT, s. 44; METİN, Sevtap, Bio-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010, s. 42.

<sup>103</sup> YİĞİT, s. 44.

kişilerin hayatına da son veremez<sup>104</sup>. Bununla beraber Vatikan tarafından yapılan açıklamalarda hastanın oluru ile sağlığında bir gelişme olmayan durumlarda tedavinin sona erdirilmesi, ailesi ve topluma aşırı yük olmamak amacı ile olağanüstü tedavileri kabul etmemesi veya ölüm aşamasındayken katlanması gereken zor bir süreç söz konusu ise tedaviyi reddetmesi mümkündür<sup>105</sup>.

İslam hukukunda ise insan hayatı her şeyden üstün tutulmakta, hatta bazı hal-lerde değerler sırasında ilk sırada yer alan dinin muhafazasından bile üstün addedilmektedir<sup>106</sup>. Bu sebeple genel olarak ötanazinin kabul edilemeyeceği söylenebilmekle beraber<sup>107</sup>, maktulün rızası olması halinde mezhepler arasında farklı görüşler bulunmaktadır<sup>108</sup>.

## 10. Budizm

Budizm öğretisinde dünya acı ve çile ile dolu olduğundan<sup>109</sup> ve acının insanı olgunlaştırdığı inancı hakim olduğundan bu inanışta ötanaziyi kabul etmemektedir<sup>110</sup>.

## V. Türkiye Uygulaması

Ülkemizde ötanazi ile ilgili çalışmalar 1980'li yıllara kadar uzanmakla beraber konuyla ilgili çalışmaların son yıllarda daha yoğun olarak yapıldığı görülmektedir. Bugün için hukuk sistemimizde aktif ötanazinin yasak olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmakla beraber; pasif ötanazinin hukuken caiz olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bunun sebebi mevzuatımızın bu konuda birbiri ile çelişen düzenlemeler içermekte olmasıdır.

Hukuk sistemimiz açısından Türk Ceza Kanunu'nda ötanaziye ilişkin açık hüküm bulunmamakla beraber aktif ötanazinin, kasten adam öldürme veya intihara yardım etme suçlarından birinin unsurlarını sağlayacak eylemleri içermekte olduğunu ve fail konumunda bulunan doktorun bu suçlar ile yargılanabileceğini söyleyebiliriz<sup>111</sup>. Diğer taraftan asiste intihar da Türk Ceza Kanunu'nun 84. madde-

<sup>104</sup> YİĞİT, s. 44; ÖMEROĞLU, Ömer, Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu, EÜHFD, C.XIII, S.3-4, 2009, s. 90.

<sup>105</sup> GÜVEN, s. 64-65; ALAN AKCAN, Esra, Ötanazi, İÜHF C. LXXI, S. 1, 2013, s.14.

<sup>106</sup> YİĞİT, s. 58.

<sup>107</sup> METİN, s. 39; ÖMEROĞLU, s. 90.

<sup>108</sup> YİĞİT, s. 79.

<sup>109</sup> YİĞİT, s. 49.

<sup>110</sup> ALTAY, s. 17.

<sup>111</sup> ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, s. 29; Ötanazinin suç teşkil edip etmediğine ilişkin görüşler için bkz. ARTUK/YENİDÜNYA, s. 120 vd.

si uyarınca intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya intihara herhangi bir şekilde yardım etme fiillerini içereceğinden bu kapsamda suç sayılacaktır<sup>112</sup>. Ancak Türk Ceza Kanunu açısından suç olarak nitelendirilecek bu eylemler ile ilgili hak ve özgürlük temelli yaklaşımlar ile Anayasa Mahkemesine başvurmak mümkündür. Bu halde konu mahkemece yasa koyucunun takdir yetkisinde bir husus olarak nitelenebileceği gibi, hak ve özgürlükler çerçevesinde değerlendirilerek bireysel özerklik, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı gibi haklardan yola çıkarak ötanaziye imkân sağlayacak kararlar alınması da mümkündür<sup>113</sup>.

Pasif ötanazinin hukuk sistemimizce kabul gördüğü izlenimi veren düzenlemelerin başında Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi yer almaktadır. Madde uyarınca “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisin evveliminde muvaffakatını alırlar. Büyük ameliyeyi cerrahiyeler için bu muvaffakatın tabrihi olması lazımdır. ( veli veya vasisi olmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*” Yine Hasta Hakları Yönetmeliği 24/1 maddesinin “*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şart aranmaz.*” ve aynı yönetmeliğin 25/1 maddesi uyarınca “*kanunen zorunlu haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir.*” hükümleri pasif ötanazinin hukuka uygun olduğu izlenimi vermektedir<sup>114</sup>.

Bununla beraber, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesi “*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icab ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir*” hükmü ve Sağlık Bakanlığı'nın Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi “*Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dâhi, kimse-nin hayatına son verilemez.*” düzenlemesi ötanaziye kural olarak yasaklamış izlenimi vermektedir<sup>115</sup>. Bu kapsamda Hasta Hakları Yönetmeliği, kişisel özerkliğin yansımaları olan tedaviyi reddetme hakkına da sınırlandırma getirmektedir. Yönetmeliğin 24 maddesi 3. ve 4. fıkraları uyarınca kanuni temsilciden veya mahkemedan izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmemesi hayati tehlike veya hayati organlardan birini tehdit edecek acil hallerde izin gerekmediğini ve bu

<sup>112</sup> ÖMEROĞLU, s. 92-83.

<sup>113</sup> ODER, s. 23.

<sup>114</sup> ODER, s.23; İNCEOĞLU, s. 78; ARTUK/YENİDÜNYA, s. 139.

<sup>115</sup> ALAN AKCAN, s. 21; Karşı fikir için bkz. ÜNVER, s. 39.

hallerin bulunduğu durumlarda rızanın geri alınamayacağını belirtmektedir. Madde- nin 6. fıkrası ise rızanın geri alınmasını ancak tıbbi yönden sakınca bulunmamasına bağlamaktadır. Diğer taraftan 5013 sayılı yasa ile onaylanan İnsan Hakları ve Biyo- tıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinin son cümlesi böyle bir sınırlama olmaksızın verilen rızanın her zaman geri alınabileceğini belirtmektedir. Bu durumda tedavi başlamış ise hekimin rızanın geri almasını görmezden gelebileceği, zira bu gibi hallerde heki- min vereceği kararın vicdani bir problem olacağı savunulmakla<sup>116</sup> beraber belirtmek gerekir ki, hastanın tedaviyi reddetmesi halinde ölümün gerçekleştiği hallerde, özgür irade sonucunda verilen bu karar doğrultusunda doktorun cezai sorumluluğu bulun- mayacaktır<sup>117</sup>. Bu durumda yönetmeliğin çok sınırlı olarak pasif ötanaziyi tanıması olduğu söylemek mümkün olacaktır<sup>118</sup>. Hukukumuzda pasif ötanazinin belli sınırlar dâhilinde kabul edildiğinden yola çıkar isek, bunun sadece temyiz kudretine sahip kişiler için tedaviye başlamadan önceye sınırlı olduğunu söylemek gerekir. Zira tem- yiz kudretine sahip olmayanlar ve küçükler için karar verme yetkisine sahip kanuni vekillerin, hayati bir tehlike bulunması durumunda tedavinin ne öncesinde ne de sonrasında tedaviyi reddetme hakları bulunmamaktadır. Diğer taraftan pasif ötanazi- nin mevzuatımızca kabul edildiği ancak aktif ötanazinin yasak olduğu görüşüne karşılık Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinden yola çıkarak kişinin yaşama hakkı üzerinde tasarruf edemeyeceği görüşünde olunması halinde bu tasarruf yetkisi yok- luğunun hem aktif hem pasif ötanazi için geçerli olduğu, dolayısı ile her iki ötanazi için de aynı sonuca ulaşılması gerektiği de savunulmaktadır<sup>119</sup>. Zira modern ceza hukuku alanında mağdurun rızası ancak mağdurun mutlak tasarruf yetkisi olduğu haklar konusunda kabul edilmekte; dolayısı ile mutlak tasarruf yetkisi olmayan yaşa- ma hakkı konusunda mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı söylenmektedir<sup>120</sup>.

Belirtmek isteriz ki, Türk hukuk doktrininde hastanın bilinçli olarak müdahale- ye rıza göstermemesi halinde dahi hekimin yaşama müdahaleye yönelik fiillileri hukuka uygun görülmede, dolayısı ile hastanın pasif ötanazi hakkı korunmamak- tadır<sup>121</sup>.

Pasif ötanazinin sistemimizce kabul edildiğini varsaydığımız durumda bunun aktif ötanazinin de tanınması için bir adım olarak nitelenmesi mümkün olabilir<sup>122</sup>.

<sup>116</sup> **ÖZDEMİR**, Hayrünüssa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2004, s. 122-188.

<sup>117</sup> **ARTUK/YENİDÜNYA**, s. 139; **ŞENSES**, Erkan, *Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi, Suç ve Ceza Dergisi*, S. IV, erkansenses.av.tr/makale/ötanazi.doc, s. 4. (Erişim Tarihi: 01.05.2015); **ALAN AKCAN**, s. 20.

<sup>118</sup> **İNCEOĞLU**, s. 78.

<sup>119</sup> **ÜNVER**, s. 45.

<sup>120</sup> **ERDOĞDU**, s. 1155-1156.

<sup>121</sup> **ÜNVER**, s. 252 ; **AŞÇIOĞLU**, Çetin, *Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Ankara 1982, s. 41.

<sup>122</sup> **İNCEOĞLU**, s. 78.

Konuya ilişkin yapılan araştırmalarda, belli kurallar içinde belli kriterdeki hastalara ve hastaların talebi ile yapılacak olan prosedürlere genel olarak olumlu bakıldığı, ancak detaylı yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu görüşünün ağır bastığı görülmektedir<sup>123</sup>. Zira ülkemizde ötanazinin gizli uygulandığı kanısı doktorlar arasında yaygın olarak bulunmaktadır<sup>124</sup>. Kaldı ki, ülkemizin pasif ötanazi cenneti olduğu, hatta bu eylemlerde genelde alınan irade beyanının da bakım şartlarındaki eksiklikler veya maliyet sebebi ile verildiğinden gerçek bir irade beyanına dayanmadığı dahi dile getirilmektedir<sup>125</sup>.

## VI. Kişilik Hakkı Açısından Ötanazi - Yaşama Hakkı

Ötanazi tartışmasının temel unsurlarını anayasal hak, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez hak anlayışı ( Anayasa madde 12/1) , yaşama hakkı ( Anayasa madde 17/1), kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ( Anayasa madde 17/1), işkence ve eziyet yasağı ile insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza ve muamele yasağı ( Anayasa madde 17/3) ve özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı ( Anayasa madde 20/1) olarak ele almak mümkündür. Ancak asıl tartışma bu haklar arasından yaşama hakkı, bu hakkın kapsamı ve hakka bağlanan hukuki sonuçlar ekseninden hareketle şekil almaktadır.

### 1. Yaşama Hakkının Kapsamı – Ölme Hakkı

Yaşama hakkının kapsamını tespit ederken, hak ve özgürlüklerin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki tür kapsama sahip olduğundan bahisle yaşama hakkının kapsamına ölme hakkının da girdiğini savunmak mümkündür<sup>126</sup>. Zira çalışma özgürlüğünden bahsederken çalışmama özgürlüğünü de kapsayan bir özgürlükten bahsettiğimiz gibi yaşama hakkından bahsederken ölme hakkını da kapsayan bir haktan bahsetmemiz mantık dâhilindedir. Ancak mahkeme kararlarında bunun aksi yönünde bir eğilim olduğu görülmektedir. Bu kararlardan belki de en önemlisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu Pretty kararıdır. 43 yaşındaki Diane Pretty amyotrofik lateral skleroz (ALS) hastalığından muzdariptir. ALS hastalığı merkezi sinir sisteminde, omurilik ve beyin sapında motor sinir hücrelerinin kaybına sebebiyet verdiğinden kaslarda güç kaybına ve erimeye yol açar. Bununla beraber zihinsel bellekte bozulma meydana gelmez. Tıbbi açıdan tedavi edilebilir bir hastalık olmayan ALS'den muzdarip hastalar genelde üç ila beş yıl arasında kaybedilir.

<sup>123</sup> ÖZKARA, Güncel Tartışmalar, s. 45.

<sup>124</sup> ÖZKARA, Güncel Tartışmalar, s. 31.

<sup>125</sup> NAMAL, Arın, Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları- Neden Henüz Küçük Bir Alev?, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 102 vd.

<sup>126</sup> PANAS, Markouris, Assisted Suicide in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: a Matter of Life and Death, Groningen, 2012, s. 107.

Başvuru sırasında boyundan aşağısı paralize durumda bulunan Pretty, İngiliz hukuk sisteminde intiharın suç olmamasına rağmen kendi başına bunu başaramayacak olması ve aynı hukuk sisteminde intihara yardım etmenin suç sayılması sebebi ile başvuruda bulunmuştur. Kendi başına intihar edemeyen Pretty bunu eşinin yardımı ile gerçekleştirmek istemekte ancak eşinin bu eylemleri sebebi ile cezalandırılmamasını talep etmektedir. Başvurusunda bu konuda kendisine izin verilmemesi sonucunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2, 3, 8, 9 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini savunmaktadır. Mahkeme ise yaşama hakkını düzenleyen 2. maddenin olumsuz yorumlanamayacağını, 2. maddede belirtilen yaşama hakkının ölüm hakkını kapsadığını belirtmiş; ne üçüncü kişilerin ne de devletin yardımı ile ölme hakkının, yaşama hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır<sup>127</sup>. Bununla beraber mahkeme Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin 1418 sayılı (1999) tavsiye kararına da gönderme yapmıştır. Bahse konu tavsiye kararı, Avrupa Konseyi üyesi devletlere palyatif tedaviyi bireylerin talep edebilmesi ve bunun eşit kapsamlı uygulanabilmesi için çağrıda bulunmaktadır<sup>128</sup>. Mahkeme olumsuz görüşüne rağmen bahse konu kararında insan onuruna yaraşır biçimde ölme isteğini kişisel özerklik kapsamında tanımlamıştır<sup>129</sup>.

Mahkemenin bir diğer kararı ise İsviçre'ye karşı Ernst Haas'ın açmış olduğu davaya ilişkindir. Bu dava, 25 sene boyunca bipolar bozukluğu bulunan hastanın intihar etmek için gerekli olan petobarbitali temin edememesi sebebi ile İsviçre aleyhine açmış olduğu davadır. Mahkeme bu kararında da 2. maddede belirtilen yaşama hakkının ölme hakkını kapsamadığını açıkça belirtilmektedir<sup>130</sup>. Mahkeme, bireyi kendi yaşamını ne zaman ve hangi şartlarda sonlandıracağı konusunda yetkili görmekle beraber devletin acısız ve kesin bir ölümü, özel hayatın gizliliği (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8) kapsamında sağlama konusunda pozitif bir yükümlülüğü olmadığını da ayrıca vurgulamıştır<sup>131</sup>.

## 2. Yaşama Hakkının Dokunulamaz - Devredilemez Niteliği

Hukuk varlığına sebebiyet verdiği kişiliğe bağladığı haklar ile onu kuvvetlendirmek istemiştir; hatta bazı hallerde o kadar ileri gitmiştir ki, kişinin kendi iradesi ile dahi olsa vazgeçemeyeceği, sınırlamayacağı bir zırh gibi onu çevrelemiştir<sup>132</sup>.

Vazgeçilemez hak ayırımı aslında doğal hukuk doktrinini ile ortaya çıkmış, daha

<sup>127</sup> Pretty/ Birleşik Krallık, Application No. 2346/02, 29.042002, 4. Section ECRH 2002-III

<sup>128</sup> Recommendation 1418 (1999), madde 9.

<sup>129</sup> Pretty/ Birleşik Krallık, Application No. 2346/02, 29.042002, 4. Section ECRH 2002-III

<sup>130</sup> Haas / İsviçre, Application No. 31322/07

<sup>131</sup> Haas /İsviçre, Application No. 31322/07

<sup>132</sup> GÜVEN, s. 1.

sonra da 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinde hatta bizim Anayasamız da dâhil olmak üzere birçok hukuk devletinin anayasa ve temel kanunlarında yerini bulmuştur. Tüm bu düzenlemelerde ortak nokta kişiye, başkalarına devredilemeyen, dokunulmaz, vazgeçilemez hakların bahşedilmiş olduğudur. Dolayısı ile kişinin kendisinin bile tasarrufta bulunamayacağı hakları bulunmaktadır<sup>133</sup>. Ancak bu yasaklama meşruiyetini dini saikle hareket edenlerin belirttiği yaşamın kutsallığı yerine yaşamın dokunulmazlığında bulmaktadır<sup>134</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesi açısından baktığımızda da kişiliğin korunması kapsamında görülen ve kişinin kısmen olsun feragat edemeyeceği, kısmen de olsa kanuna ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmayacağı haklar kapsamına giren hakların önemli bir kısmının, yaşama hakkı dâhil, bu temel hak ve özgürlükler kapsamında yer aldığı görülmektedir<sup>135</sup>. Bu kural hükmün “ *Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez*”, “ *Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz*” düzenlemeleri ile açıkça ortaya konmaktadır. Dolayısı ile kişinin kendi yaşamı ile ilgili başkalarına vermiş olduğu yetki hukuk alanında etkisiz olacaktır<sup>136</sup>. Zira yaşam üzerinde tasarruf kişi için sınırlı olarak mevcut olup; yaşama, bedene ve sağlığına yapılacak müdahaleye gösterdiği rıza ancak kişiliğine zarar vermediği ölçüde mevcut olabilecektir<sup>137</sup>. Bir başka deyiş ile kişi, maddi manevi kişiliğini geliştirmese de en azından kişi olarak varlığını korumak zorundadır<sup>138</sup>. Bu kapsamda yaşam üzerinde tasarruf yetkisini aşan rıza söz konusu ise bu rıza mutlak butlan ile sakat olup; Medeni Kanunumuz uyarınca yapılan fiil kişilik haklarına saldırı, Borçlar Kanunu uyarınca da haksız fiil olarak nitelenecektir<sup>139</sup>. Bu görüş doğrultusunda yaşama hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğundan hareket ile yaşama hakkından feragat edilemeyeceği, savunulmaktadır<sup>140</sup>. Hatta intihar, organ satışı veya bağışlanması, beden üzerindeki deneyler ve ötanazinin yasak olduğu, ilgilinin bu konudaki rızasının yapılan fiillere meşruiyet kazandırmayacağı da belirtilmektedir<sup>141</sup>. Bu kapsamda tıbbi müdahaleye verilen rızanın sadece tedavi ol-

<sup>133</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY - ÖZDEMİR, s. 159.

<sup>134</sup> İNCEOĞLU, s. 64.

<sup>135</sup> GÜVEN, s. 95.

<sup>136</sup> GÜRZUMAR, Osman, Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, (Mayıs) 1991, S.3, s. 369; GÜRÇAN, Ertuğrul Cenk, Ötanazi: Yaşam Hakkı Açısından Bir Değerlendirme, AUHFD, 60 (2) 2011, s. 275.

<sup>137</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY - ÖZDEMİR, s.160; GÜRZUMAR, s. 364.

<sup>138</sup> SOYASLAN, s. 274.

<sup>139</sup> GÜRZUMAR, s. 370.

<sup>140</sup> OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, Tıbbi Müdahale ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasında Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s.1332; SAVCI, s. 39.

<sup>141</sup> SAVCI, s. 32-36, 58-59.

maya ve bir hastalığı önlemeye yönelik olması gerektiği de savunulmaktadır<sup>142</sup>. Diğer taraftan rızanın bazı durumlara özel, sınırlı olarak geçerli kabul edilmesi gerektiğini belirten yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlardan Reisoğlu'na göre Yehova şahitlerinde olduğu gibi kan nakli yapılmasına karşı olan dini inançları gereği kan nakline itiraz edilmesi halinde hastanın bu kararına kişilik hakları gereğince saygı duyulmalıdır<sup>143</sup>. Bu yaklaşım genel olarak ötanazinin tanınmasında etkili olmuş bir yaklaşımdır. Zira pasif ötanazi olarak nitelediğimiz tedaviyi reddetme hakkının kabul edilmesinin ilk olarak, kişinin dini inanışları gereği bu taleplerde bulunduğu hallerde ortaya çıktığı görülmektedir<sup>144</sup>. Bu durumlarda din özgürlüğü, yaşama hakkı karşısında daha üstün koruma görmüş ve yaşamın kutsallığı, dokunulmazlığı, devredilemezliği gibi kavramlar bir tarafa bırakılmıştır<sup>145</sup>.

### 3. Devletin Yaşama Hakkını Güvence Altına Alma Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. maddesinin 1. fıkrasında “ *Herkesin yaşama hakkı yasanın korunması altındadır.*” hükmünde de belirtildiği üzere devletlerin görev ve menfaatleri arasında kişinin yaşamının korunması da yer almaktadır. Bu husus Anayasamızın yukarıda bahsedilen maddelerinde de açıkça belirtilmiştir. Hatta bazı yazarlar tarafından ötanazinin kabul edilmeme gerekçeleri arasında da devletin bahse konu yükümlülüğü sayılmakta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu Pretty kararında da bunun altının çizildiği belirtilmektedir<sup>146</sup>. Devletin bu yükümlülüğünün kişinin hakkı ile çeliştiği noktada hangi hakka üstünlük tanınacağı, ötanazinin kabul görüp görmemesi hususunda önem arz etmektedir. Massachusetts Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında bu konudaki sınırı çizerek hayatın sürdürülmesinin görev ve menfaat değil de, yaşamın korunmasında ısrar olduğu noktada ötanazinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>147</sup>.

Yukarıda değinmiş olduğumuz İsviçre'ye karşı Ernst Haas'ın açmış olduğu dava devletlerin yaşama hakkı ile ilgili görev ve menfaatleri ele alan bir karardır. Zira karar açıkça devletin acısız ve kesin bir ölümü özel hayatın gizliliği (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8) kapsamında sağlama konusunda pozitif bir yükümlülüğü ol-

<sup>142</sup> **BAYRAKTAR**, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 83-84; **AYDIN**, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 106; **HANCI**, Hamit, Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 73.

<sup>143</sup> **REİSOĞLU**, Seza, Helimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu 12/13 Mart 1983, MHAUM, İstanbul 1983, s. 6-7.

<sup>144</sup> **İNCEOĞLU**, s. 124.

<sup>145</sup> **İNCEOĞLU**, s. 124.

<sup>146</sup> **BAHADIR**, Oktay, Yaşama Hakkı, Ankara 2009, s. 15.

<sup>147</sup> **İNCEOĞLU**, s. 128.



madığını vurgulamakta ve devletin küçük ve mahcurları ölümcül ilaçlardan koruma yükümlülüğüne üstünlük tanımaktadır<sup>148</sup>. Bahse konu karara benzer bazı kararların Amerika Birleşik Devletleri Fedaral Mahkemesince de verildiği görülmektedir. Mahkeme bu kararlarında tedaviyi reddetme ile fark olmadığı için hekim tarafından ölümcül ilaç içeren reçete verilmesinin hukuka uygun olduğu iddialarını reddetmekte, hekim yardımı ile intiharı bir hak olarak görmemektedir<sup>149</sup>.

Ötanazinin kabul veya reddedilmesinde devletin yaşama hakkını güvence altına alma yükümlülüğü ile kişinin onuru ile ölme ve özerklik haklarından hangisine ağırlık verildiğinin etkin olduğunu görmekteyiz<sup>150</sup>. Kanaatimizce, bireyin yaşama hakkı üzerinde tasarruf edemeyeceğini söylemek, yaşama hakkını savunurken bunun kapsamına ölüm hakkının girmeyeceğini savunmak, devletin ve toplumun bu hakkı kişi adına elinde tuttuğunu söylemek anlamına gelir. Oysa hukuk devleti anlayışında böyle bir belirlemede bulunmak kabul edilemez<sup>151</sup>.

## SONUÇ

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ötanazi ve ölme hakkı yüzyıllardır tartışma konusu olmuş konulardan biridir. İçinde bulunan çağ, bakış açısı ve toplumsal değerler de bu tartışmaya yön veren en önemli etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bugün için baktığımızda yaşamın kutsallığı, vazgeçilmezliği hususları ötanazinin kabul edilip edilmemesinde hala etkin değerler olarak karşımıza çıkmakla beraber; kişi özerkliği, yaşamın kalitesini belirleme hakkı, kişinin bedeni ve ölümü üzerinde söz sahibi olma ihtiyaçlarının da etkin olarak dikkate alınmaya başlandığını söylemek mümkündür. Bu değerlerden yola çıkarak iradi - pasif ötanazinin yani kişinin tedaviyi ret etme hakkının doktorlar tarafından yaygınca kabul gördüğü tespit edilmektedir<sup>152</sup>. Hukuk sitemleri de bu doğrultuda iradi - pasif ötanaziye daha sıcak bakmakta, hasta hakları açısından da ele alarak bu tür ötanaziye yasallaştırma eğilimindedirler. Oysa aktif ötanaziye karşı direnç çok fazladır ve bu tür ötanazide eylemin suç olarak kalması gerektiği inancı yaygındır. Bu sebeple de aktif ötanazi, iradi de olsa genel olarak kabul görmemektedir. Hollanda bu tür ötanaziye kabul eden nadir ülkelerden biridir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ışığında incelediğimizde de mahkemenin pasif ötanazinin yasal görülmesi eğilimine daha yakın olduğunu söylemek

<sup>148</sup> Haas /İsviçre, Application No. 31322/07

<sup>149</sup> Vacco, Attorney General of New York, et alv Quill, no 95-1858, 26 Haziran 1997, <https://www.law.cornell.edu/supct/html/95-1858.ZO.html> (Erişim Tarihi 20.3.2015)

<sup>150</sup> ZENGİN, s. 338.

<sup>151</sup> ÜNVER, s. 68.

<sup>152</sup> İNCEOĞLU, s. 250.

mümkündür<sup>153</sup>. Ancak mahkemenin çekimser tutumu, özellikle devletlerin yaşama hakkını güvence altına alma yükümlülüklerine verdiği değer dikkatte alındığında, kararların tartışmalara son verebileceğini söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Diğer taraftan özellikle irade dışı ötanazinin pasif ötanazi halinde dahi kabul edilmemesi gerektiği, zira bu durumlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinin ihlal edilmiş olacağı yönündeki Lambert davasında karşı oy yazısında da belirtilen görüşler kanaatimizce bu yönde ötanazinin kabul edilmesinden daha uygun görüşlerdir<sup>154</sup>.

Yine bu kapsamda, irade dışı ötanazinin özerklik hakkı ile uyum içinde olması mümkün olmadığından genel olarak kabul görmediği söylenebilir<sup>155</sup>. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir. Zira ötanazinin çıkış noktası olan kendi geleceğini belirleme, özerklik ve ölüm zamanını belirleme hakları kişiye sıkı sıkı bağlı haklardır. Bunların veli veya vasi tarafından kullanılması mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, özellikle küçük çocuklar ve bebekler açısından düşünüldüğünde bu imkânın tanınması ötanazinin kabul edilmemesi için öne sürülen nerdeyse tüm gerekçeleri haklı çıkaracak nitelikte durumlara sebebiyet verebilecek riskler taşımaktadır.

Türk hukuk sistemi açısından baktığımızda ise ötanazinin gizli kapaklı gerçekleştirildiği iddiaları da dikkate alınarak bu konuda yasal düzenleme yapılması gerektiğini söylemek mümkündür. Kaldı ki, mevzuatımızdaki birbiri ile çelişen düzenlemelerin mutlaka düzeltilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce yapılacak düzenlemelerde kişi yaşamını belirleme ve özerklik hakkından hareketle iradi ötanazi halinin kabul edilmesi; bununla beraber irade dışı ötanazide belirttiğimiz sakıncalar ve bahse konu hakkın kişiye sıkı sıkı bağlı haklardan olmasından hareketle bu hakkı kullanma yetkisinin veli veya vasiye tanınmaması gerekmektedir. Sadece temyiz kudretini sonradan kaybeden hastalar açısından, iradelerini temyiz kudretine haiz iken ileride karşılaşacakları bir duruma yönelik olarak ötanazi talep etmeleri hali ile sınırlı olarak ötanazinin gerçekleştirilmesine olanak sağlanmalıdır. Bu halde irade dışı ötanaziden bahsetmek zaten mümkün değildir. Zira iradesini açıklayamayacak durumda olan hastanın daha evvel açıklamış olduğu yazılı beyanına yönelik olan ötanazi de iradeye bağlı ötanazi olarak değerlendirilmektedir<sup>156</sup>. Diğer taraftan pasif veya aktif ötanazi açısından bir ayırım yapılması da anlamlı değildir. Zira aktif ötanazi de pasif ötanazi gibi ölümcül hastalar açısından ızdıraplarını ve artık anlamı kalmayan yaşamlarını sona erdirici tek çözüm olarak ortaya çıkabilmekte ve kişinin yaşamını belirleme hakkı, özerkliği ve ölüm anını ve şeklini belirleme yetisi için gerekli bir yöntem olmaktadır. Ancak yapılacak düzenlemelerde ötanazi ve ölüm hakkının suiistimal edilememesi

<sup>153</sup> GÜVEN, s. 176

<sup>154</sup> Bkz. Fransa başlığı altında dava ile ilgili yapılan açıklamalar.

<sup>155</sup> İNCEOĞLU, s. 251.

<sup>156</sup> GÜVEN, s. 13.

için gerekli önlemlerin alınması, ülkemizdeki yaşam koşullarının ağırlığından ve eziyetinden kurtulmak isteyen insanlara bir dayatma olarak uygulanmasının önüne geçilmesi ve bakımsızlığının bir çıkışı olarak görülmemesi adına uygulamaları sıkı kural ve düzenlemelere tabi tutacak yasal zeminin oluşturulmasına özen gösterilmelidir.

#### **YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- ALAN AKCAN**, Esra, Ötanazi, İÜHFM C. LXXI, S. 1, 2013, s. 3-26.
- ARTUK**, Mehmet Emin, Ötanezi, Yargıtay Dergisi, C.18, S.3, Temmuz 1992, s. 300-317.
- ARTUK**, Mehmet Emin, **YENİDÜNYA**, A. Caner, Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 107-140.
- AŞÇIOĞLU**, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu -Cezai ve Hukuki, Ankara 1993.
- AYDIN**, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.
- BAHADIR**, Oktay, Yaşama Hakkı, Ankara 2009.
- BAYRAKTAR**, Köksal, Hekimi Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- BEŞİRİ**, Arzu, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s. 188-203.
- BIGGS**, Hazel, Euthanasia, Death With Dignity and the Law, Oxford 2001.
- BRUTO**, Sheila, “ The Barber Decision: A Questinable Approach to Termination of Life-Support Systems fort he Patient in A Persistent Vegetative State”, Golden Gate University Law. Rev (summer) 1985, V.15,N.2, s. 370- 405.
- DUTTGE**, Gunnar, (çevirenler ÖZCANLI, Beril, ELİBOL, Zeynep), Alman Hukukunda Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 213-242.
- FLANNERY**, Austin O.P., (Çeviren: TAŞTAN, Osman), Ötanazi Üzerine Beyanname, AÜİFD Cilt XLIII (2002) Sayı 2 s.405-412
- GLOVER**, Jonathan, Causing Death and Saving Lives, Middle 1984.
- GORMALLY**, Luke, Euthanasia and Assited Suicide, Seven Reasons Why They Should Not be Legalized, <http://www.linacre.org/newsle-1.htm> ( Erişim Tarihi: 15.04.2015)
- GRIFFTHS**, John, Assited Suiside in Netherlands, The Chabot Case, The Modern Law Review 1995, V.58, s.232-248.
- GRIZE**, German, **BOYLE**, Joseph Jr., A contribution to Euthanasia Debate, London 1979.
- GÜRCAN**, Ertuğrul Cenk, Ötanazi: Yaşam Hakkı Açısından Bir Değerlendirme, AUHFD, 60 (2) 2011, s.255-280.
- GÜRKAN**, Merve, **ŞENDUR**, Kerim Ulaş, Ötanazi, <http://www.prizmahukuk.com/files/Otanazi.pdf> (Erişim Tarihi :13.05.2015)
- GÜRZUMAR**, Osman, Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, (Mayıs) 1991, S.3, s. 364-389.
- GÜVEN**, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara 2000.

- HANCI**, Hamit, Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2002.
- İNCEOĞLU**, Sibel, Ölme Hakkı, İstanbul 1999.
- JOCHEMSEN**, Henk, Dutch Court Decisions on Nonvoluntary Euthanasia Critically Reviewed, Issues in Law & Medicine, Volume 13, Number 4, 1998. s.1- 12.
- KAMAY**, Behçet Tahsin, Ötanaziler Ölümü Yaklaşan Hastayı İstirabsız Öldürme, Ankara Barosu Hukuk Dergisi, Cilt: 8, Sayı 93-94, Ocak- Şubat 1952, s1-6.
- LEONARD**, Taitz, Euthanasiz, The Right to Die and the Law in South Africa, Medicine and Law, 1992, c.11, s. 597-610.
- METİN**, Sevtap, Bio-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010.
- MAUSBACH**, Julian, Assisted Suicide in switzerland-Legal Aspects, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s.161-180.
- NAMAL**, Arın, Türk Tıp Etiği Çevrelerinde Ötanazi Tartışmaları- Neden Henüz Küçük Bir Alev?, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 71-106.
- ODER**, Bertil Emrah, Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 1-26.
- OĞUZMAN**, Kemal, **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 2011.
- OKTAY- ÖZDEMİR**, Saibe, Tıbbi Müdahale ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasında Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s.1332- 1395.
- ÖLÇER**, Pınar, A Contextual Perspective on Dutch Law and Practice Regarding Euthanasia and Asisted Suicide, , Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 243-352.
- ÖMEROĞLU**, Ömer, Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu, EÜ-HFD, C.XIII, S.3-4, 2009, s. 86-106.
- ÖZDEMİR**, Hayrünissa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- ÖZEN**, Muharrem, **EKİNCİ ŞAHİN**, Meral, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, 2010/4 ,s. 15-97.
- ÖZKARA**, Erdem, Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, Ankara 2001. (*Güncel Tartışmalar*)
- ÖZKARA**, Erdem, Ötanaziye Farklı Bir Bakış: Belçika'da Ötanazi Uygulaması ve Ülkemizdeki Durum, TBB Dergisi, Sayı 78, 2008, s.105-122. (*Belçika Uygulaması*)
- PANAS**, Markouris, Asisted Suicide in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: a Matter of Life and Death, Groningen, 2012.
- PELLEGRINO**, Edmund D., The False Promise of Beneficent Killing, Regulating How We Die, Edited by Linda Emanuel, New York 1998, s.60-74.

- RACHELS**, James, Active and Passive Euthanasia, Colorado 1975, <http://rintintin.colorado.edu/~vancecd/phil1100/Rachels.pdf>, s. 1-6, (Erişim Tarihi: 02.03.2015), (*Euthanasia*)
- RACHELS**, James, The End of Life: Euthanasia and Morality, Oxford, 1986. (*Morality*)
- ROSENFELD**, Barry, Assisted Suicide and the Right to Die, Wasington 2004.
- SAVCI**, Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980.
- SCHLOGEL**, Herbert, (Çeviren: TAŞTAN, Osman), Ötanazi ve Teoloji, AüiFD Cilt XLIII (2002) Sayı 1, s. 293-299.
- SHARMA**, B.R., Euthanasia: an Overview of the Journey from Inception to Implementation, JPAFMAT, 2005, s.33-34.( <http://medind.nic.in/jbc/t05/i1/jbct05i1p33.pdf>, Erişim Tarihi: 26.05.2015)
- SHELDON**, Tony, Andries Postma, British Medical Journal, February 2007, s.320-334.
- SHEPPERDSON**, Billie, Abortion and Euthanasia of Down's Syndrome Children- The Parent's view, Journal of Medical Ethics, 1983, S. 9, s. 152-157.
- SMITH**, George Paul, Law and Bioethics, Intersection Along Mortal Coil, London 2012.
- SOYASLAN**, Doğan, Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu, Yargıtay Dergisi (Temmuz) 1990, C.16, S.3, S.269-280.
- ŞENSES**, Erkan, Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi, Suç ve Ceza Dergisi, S. IV, erkansenses.av.tr/makale/otanazi.doc. (Erişim Tarihi : 01.05.3015)
- TOOLEY**, Michael, An Irrelevant Consideration: Killing Versus Letting Die, in Killing and Letting Die, ed. Bonnie Stainbock, 1980, s.56-62.
- UYVAL**, Cem, **KARAASLAN**, Bekir, **TANVRIVERDİ**, Halis, **ÇELEPKOLU**, Tahsin, **KORKMAZ**, Mustafa, **BULUT**, Kasım, **BEZ**, Yasin **TIRAŞÇI**, Yaşar, **ÖZKARA**, Erdem, Adli Tıp Bülteni, Cilt 18, Sayı 3, 2013, s. 91-97.
- ÜNVER**, Yener, Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, , Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutu ile Ötanazi, Derleyen Nur Centel, İstanbul 2011, s. 27-70.
- YILMAZ**, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2010.
- YİĞİT**, Yaşar, İslam Hukukuna Göre Ötanazi, Ankara 2013.
- YOUNG**, Robert, Voluntary Euthanasia, <http://plato.stanford.edu/entries/euthanasia-voluntary/>, (Erişim Tarihi: 26.05.2015)
- ZENGİN**, Mehmet Ali, Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2012.



# SENDİKAL AYRIMCILIK İDDİASINA DAYALI DAVALAR BAKIMINDAN SENDİKAL FAALİYET KAVRAMI VE SINIRLARI

(The Concept of Trade Union Activities and Borders  
Based on Trade Union Discrimination Claim Cases)

Av. Dr. Alptekin Burak BOYDAK\*

## ÖZET

Toplu iş yaşamının gerek işçiler gerekse işverenler açısından en önemli aktörlerinden biri hiç şüphesiz sendikalardır. Bu nedenle hukuk düzeni, çalışma hayatından doğan ekonomik ve sosyal hak ile menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla işçi ve işverenlere sendikalara üye olma ile faaliyette bulunma hakları vererek işçi, işverenler ve devlet arasındaki menfaatler dengesini temin etmeye çalışmıştır. Bu dengenin sağlanması noktasında en önemli konulardan birini ise sendikal faaliyet kavramı içerisine nelerin girip; nelerin girmediği olgusunun tespiti oluşturmaktadır. Bu bağlamda, çalışmamızda ulusal ve uluslararası mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde “sendikal faaliyet” kavramına nelerin girdiği ve bu kavramın sınırlarının nerede bittiği sorunu üzerinde durulacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Sendika, sendikal faaliyet, yasak faaliyetler, sendikal ayrımcılık, sosyal hak

## *Abstract*

Trade unions are undoubtedly one of the most important actors of the collective working life for both employees and employers. Therefore, the rule of law for protection of labor interests and the resulting economic and social rights to life and to foster employee and employer to the worker by giving rights to operate and be members of trade unions, sought to ensure that the benefits balance between employee, employers and the state. In one of the most important issues in ensuring this balance is what enters into the concept of trade union activities; The fact that the determination of what constitutes force. In this context, we will observe “trade union activity” concept within the framework of national and international legislation and judicial decisions that focus on what you enter and where it ends the problem of the boundaries.

---

\* İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği

**Keywords:** Trade union, trade union activity, prohibited activities, trade union discrimination, social rights

## GİRİŞ

İşçi, işveren ve devlet arasındaki üçlü ilişkinin hakkaniyete uygun bir biçimde yürütülebilmesi çabası, işçi ve işverenlerin yasalara uygun biçimde bir araya gelerek serbestçe örgütlenmeleri suretiyle bağımsız olarak faaliyette bulunan ve sendika adı verilen bir özel hukuk tüzel kişiliğinin varlığını gerekli kılmıştır. Bu tüzel kişiliğin amacına uygun bir biçimde var olması ise ancak sendikal faaliyet adı verilen fiiller vasıtasıyla mümkündür. Bu fiiller kimi zaman tüzel kişilik vasıtasıyla gerçekleşmekte kimi zaman ise sendika üyesi olan hatta olmayan işçi ve işverenler vasıtasıyla da icra olunabilmektedir. Aslında, burada önemli olan vasıtanın kim olduğundan ziyade amacın, hukuk düzeninin cevaz verdiği işçi ve işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek olup olmadığıdır. Bu noktanın tespitinin ise hukuki bir değerlendirmeyi gerektirdiği açıktır.

“Sendikal faaliyet” olgusunun alanına nelerin girdiği tespit edilmesinin önemi büyüktür. Zira ilk bakışta sendika ile ilgili görülen fakat sendikal faaliyet sınırlarının dışına çıkan bir fiilin varlığı halinde bu fiil sendika hürriyetini koruyucu hukuki düzenlemelerden yararlanamayacaktır ki bu durum gerek işçiler gerekse işverenler açısından arzu edilmeyen sonuçların doğumuna neden olacaktır. Nitekim 6356 sayılı Kanunun 25/3. maddesinde, işçilerin, “işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı farklı işleme tabi tutulmaları” yasaklanmış olup bu hükme dayanarak dava açmaya yoluna gidecek bir işçinin, ayrımcılığa uğradığını ve yargı önüne taşımayı düşündüğü faaliyetin hukuken sendikal faaliyet olarak değer görüp görmediğinin tespiti önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, çalışmamızda öncelikle 6356 sayılı Kanun esas alınarak hangi faaliyetlerin sendikal faaliyet sahasına girdiği hangilerinin sendikal faaliyet sınırlarını aştığı tetkik edilecek. Bu tetkikte, en önemli yardımcı kaynaklardan olan yüksek yargı kararları, Türk Hukuku ve yabancı hukuktaki öğretici görüşlerinden önemli ölçüde faydalanılacaktır.

## I. Sendikal Faaliyet Kavramı

### 1.Genel Olarak

İşçi ve işverenler, çalışma ilişkilerindeki ortak sosyal ve ekonomik menfaatlerini geliştirmek amacıyla birçok ve çeşitli türlerde faaliyette bulunabilirler. Bu nedenle hangi faaliyetlerin sendikal faaliyet olarak değer göreceğini bir hukuki metin içerisinde spesifik olarak belirtmek maksada uygun bir hukuki tasarruf olmayacaktır.



Sendikaların çalışma hayatındaki önemi ve geniş rolü gözetildiğinde sendikal faaliyet kavramına yapılacak bir tanımın yetersiz kalacağı açıktır. Hatta, mevzuatta da böyle bir tanımlama yoluna gidilmesi işçinin korunması açısından da aleyhte sonuç doğurabilecektir. Örneğin, böyle bir halde mevzuattaki tanımın içerisine girmeyen bir faaliyet nedeniyle yapılan fesih eylemi sendikal faaliyet nedeniyle yapılmış bir fesih olarak değerlendirilmeyecektir. Bu nedenle, 6356 sayılı Kanun da önceki düzenlemelerde olduğu gibi sendikal faaliyetlerin nelerden ibaret olduğunu kazuistik bir tarzda düzenleme yoluna gitmemiş aksine kuruluşların tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyetlerde bulunabileceklerini ifade etmiştir.

Nitekim 6356 sayılı Kanununun 26. maddesinde, “Kuruluşlar, tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunur” hükmüne, hükmün gerekçesinde de; “kuruluşların hangi faaliyetlerde bulunabileceklerinin belirlenmesinde tek tek bu faaliyetlerin sayılması yerine, bu konu kuruluşun tüzüklerine ve çalışma programlarına bırakılmış ve kuruluşların serbestçe faaliyette bulunması esası getirilmiştir.” ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Şüphesiz ki sendikalara tüzükleri ve çalışma programları vasıtasıyla getirilmiş bulunan faaliyetlerini belirleme hakkı da sınırsız bir hak olmayıp; sendika olgusunun varlık gayesi olan çalışma ilişkilerinde üyelerinin ortak sosyo-ekonomik hak ve çıkarlarının korunması ve geliştirilmesi amacı ile sınırlıdır.<sup>1</sup>

## 2. Sendikal Faaliyet Kavramı ve Görünümleri

2821 sayılı Kanun döneminde sendikal faaliyet kavramı tanımlanmamış olsa dahi bu dönemde verilen kimi yüksek mahkeme içtihatlarında mülga 2821 sayılı Kanununun 32. ve 33. maddelerinde bir takım sendikal faaliyetlere yer verildiğinden bu faaliyetler içerisine girmeyen eylemler sendikal faaliyet olarak nitelendirilmemiştir.<sup>2</sup> Nitekim o dönemde verilen bir kararda, “...davacının iş akdi davalının işyerinde örgütlenmesini istemediği ... sendikasına üye olması nedeniyle feshedilmiştir. Böyle bir fiil, 2821 sayılı Yasa'nın 32.maddesinde düzenlenen sendikaların çalışma hayatlarına ilişkin faaliyetleri ve aynı kanununun 33.maddesinde düzenlenen sendikaların sosyal faaliyetleri arasında yer almadığından, olayın İK.'da kötü niyete örnek olarak gösterilen fesih olarak nitelendirilip çoğun içinde azın da bulunduğu ilkesi benimsenerek, kötü niyet tazminatına hükmetmek gerekirken, sendikal tazminata karar verilmesi

<sup>1</sup> Mollamahmutoglu H., 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Sendika ve Konfederasyonların Faaliyetlerine İlişkin Düzenlemeler, İşveren Dergisi, Kasım-Aralık, 2012,s. 51

<sup>2</sup> “... Sendika ve konfederasyonların faaliyetleri Sendikalar Kanununun 32 ve 33 üncü maddelerinde gösterilmiştir. Davada dayanılan davacıya ait faaliyetler, az önce zikredilen maddelerle açıklanan faaliyetler değildir. Bu itibarla Sendikalar Kanununun 31/6 ncı maddesinde öngörülen yaptırımın olayda uygulama yeri bulunmamaktadır.” Y.9.HD. 09.12.1987, E.1987/9-661, K.1987/915, ( www. kazanci. com).

hatalıdır.”<sup>3</sup> ifadelerine yer verildiği görülmüştür. Buna karşılık, öğretide hakim olan görüşe göre, sendikal faaliyetler salt md 32,33’de sayılanlarla sınırlı değildir. Sendikalar Kanununun diğer hükümleriyle yapılan tüm faaliyetlerde sendikal faaliyet olarak değerlendirilmelidir.<sup>4</sup> Hatta öğretide bizim de iştirak ettiğimiz bir görüşe göre, sendikal faaliyet salt sendikalar kanunu çerçevesinde yapılan faaliyetler olmayıp meşruiyet çizgisinde olmak kaydıyla sendikaların yapmış olduğu her türlü faaliyet olarak izah edilmiştir.<sup>5</sup> Nitekim Yüksek Mahkeme de zaman içerisinde bakış açısını değiştirerek, “... davacının işyerinde sendika yönetimini beğenmemesinden dolayı yönetimin değiştirilmesi için girişimlerde ve üyeler nezdinde propagandada bulunduğu ve de imza toplamaya çalıştığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemeye bu tür faaliyetlerin sendikal faaliyet sayılmayacağı vurgulanarak sendikal tazminat istemi reddedilmişse de SK.m.31/f.5 ile işçilerin sendikal faaliyetleri güvence altına alınmıştır. Bu koşullarda imza toplama, propaganda ve benzer şekildeki sendikal faaliyetler halinde sendikal tazminata karar verilmesi gerekir”<sup>6</sup> şeklindeki kararda olduğu gibi imza toplama, propaganda şeklindeki faaliyetleri sendikal faaliyetler olarak nitelemiştir.

6356 sayılı Kanun da önceki düzenlemelerde olduğu gibi sendikal faaliyetlerin sınırlı sayı prensibi dahilinde sayma yoluna gitmemiş aksine kuruluşların tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyetlerde bulunabileceklerini ifade ederek sendikal faaliyet kavramı daraltılmamıştır. Nitekim 6356 sayılı Kanununun 26. maddesinde, “Kuruluşlar, tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunur” hükmüne yer verildiği görülmektedir. Burada sendikal faaliyet kavramının içerisine neler girdiği hususunun geniş olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle sendikal faaliyet kavramı salt sendikaların sendika içi faaliyetlerini değil, işverenlerle yaptıkları müzakereleri, sendika işçilerinin sendikanın düzenlediği organizasyonlara katılması gibi işçilerin mesleki ve ekonomik çıkarlarını korumak için gerçekleştirdiği birçok görünüme sahiptir.

Sendikal faaliyetlerin görünümü denildiğinde akla öncelikle çalışma hayatına ilişkin faaliyetleri gelmektedir. Çalışma hayatına ilişkin faaliyetler olarak; toplu iş sözleşmesi akdetmek, toplu görüşmeler uyuşmazlıkla sonuçlandığında arabulucu, Yüksek Hakem Kurulu veya yargı organlarına başvurma, duruma göre grev ve lokavta başvurma gibi toplu pazarlık düzenine ilişkin faaliyetleri ile çalışma hayatından doğan

<sup>3</sup> HGK. 9.2.1987 E.1980/ 9-661 K.1980/915, (www.kazanci.com. tr).

<sup>4</sup> Kutal M., Sendika Özgürlüğünün Korunması Açısından Yargıtay’ın Türk İş Hukukunun Gelişmesine Etkileri, Yargıtay Dergisi, Ocak-Ekim 1989, C. 15, s. 501, Şahlanan, Sendikalar Hukuku, Banksis Yayınları, İstanbul 1995 s. 181; Eyrenci, Ö., Sendikalar Hukuku, Banksis Yayınları No: 3, İstanbul 1984.s. 137.

<sup>5</sup> Korkusuz R., “Türkiye’de ve Dünyada Sendikal Faaliyetler”, Küreselleşme Sürecinde Türk Çalışma Hayatı ve Sendikalar, Öz İplik-İş Sendikası, Eğitim Yayınları, Ankara 1997,135-159, s. 136.

<sup>6</sup> 9.HD. 19. 9.1996 E. 5543 K.17537, www.kazanci.com. tr.

ortak çıkarları veya üyelerini temsilen dava açmak üzere yargılama alanındaki faaliyetleri ve de işyeri sendika temsilcisi atama gibi faaliyetleri zikredilebilmektedir.<sup>7</sup>

Sendikal faaliyetlerin görünümü anlamında zikredilmesi gereken bir diğer husus da sendikaların sosyal ve ekonomik faaliyetleridir. Nitekim Anayasa'nın 51. Maddesinde, sendikaların üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için kurulacağı açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede, çalışma hayatı ile ilgili kurullara temsilci gönderme, mesleki eğitim amaçlı kurs, konferans gibi faaliyetlerde bulunma, nakit mevcudunun yüzde kırkını aşmamak üzere sanayi ve ticaret kuruluşlarına yardım yapma ve doğal afetlerde aynı veya nakdi yardımda bulunma gibi faaliyetler sendikaların sosyal ve ekonomik faaliyetleri olarak zikredilebilir.<sup>8</sup> Bununla birlikte daha önce de belirttiğimiz üzere sendikal faaliyetler salt zikredilen bu hususlar ile sınırlı değildir.

6356 sayılı Kanun dönemi için de aralarında ortak mesleki çıkar bulunan işçilerin "sendikacılık yoluyla iktisadi, sosyal, kültürel hak ve menfaatlerini korumak ya da geliştirmek amacıyla yaptıkları her tür faaliyeti"<sup>9</sup> sendikal faaliyet olarak değerlendirmenin mümkün olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla, işçinin sendikada görev alması, sendikanın tanıtımını yapması, işçilere toplu iş hukukundan kaynaklı hakları hakkında bilgi vermesi hatta sendikanın tanıtımı amacıyla açık hava basın toplantısına katılması<sup>10</sup> gibi faaliyetler sendikal faaliyetler olarak değer göreceklerdir.

Yine bu kapsamda, sendikaların hukuk düzeninin izin verdiği sınırlar içerisinde üyelerinin çıkarlarının korumak amacıyla yaptıkları fikri faaliyetleri de sendikal faaliyet kavramı içerisinde değerlendirmek gerekir. Örneğin işverenin işçilere karşı tutunduğu tavrı eleştirici mahiyette bir makalenin sendikaya ait bir yayında yazılmasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları<sup>11</sup> incelendiğinde mahkemenin, ifade özgürlüğü ile sendika özgürlüğü arasında kuvvetli bir bağın olduğunu belirtip, ifade özgürlüğünün sağlanmadığı ortamda sendika özgürlüğünün anlamsız olacağı bu nedenle ulusal makamların, sendika özgürlüğü hakkının etkin ve anlamlı bir hale gelebilmesi için sendikaların ifade özgürlüklerini koruyucu önlemler alması gerektiğinin altını çizdiği gözlemlenmektedir.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Tuncay A. C./Savaş F. B., Toplu İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 120-124.

<sup>8</sup> Esener T., Gümrükçüoğlu Bozkurt Y., Sendika Hukuku, İstanbul 2014, s. 192; Tuncay A. C./Savaş F. B., s. 134.

<sup>9</sup> Kural M., Sendikacılık Faaliyetleri Nedeniyle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisat Maliye Dergisi, C.XXXV, S.1, Nisan 1978, s.48; Sümer H. H., İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı korunması, s. 41-42.

<sup>10</sup> Yargıtay 9. H. D. , 25.06.1998, 9290/10962 (www.kazanci.com).

<sup>11</sup> ECHR (28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06) - CASE OF PALOMO SANCHEZ AND OTHERS v. SPAIN, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/sendikal.pdf> ; Çevrimiçi 26.09.2014

<sup>12</sup> İfade özgürlüğü konusunda kapsamlı bir çalışma için bkz., Dworkin R., Freedom's Law, Harward University Press, 1996.

Sendikal faaliyet kavramı ile ilgili olarak söylenmesi gereken bir diğer husus da bir fiilin sendikal faaliyet olarak değerlendirilebilmesi için salt kurulu bir sendika tarafından yahut sendika üyeleri tarafından yapılmasının zorunlu olmadığıdır.<sup>13</sup> Bu itibarla sendika üyesi olmayan bir işçi tarafından henüz kurulmamış bir sendikanın örgütlenmesi için yahut kurulmuş bir sendikanın propagandasını yapmak üzere organizasyon düzenlenmesi ya da düzenlenen bir faaliyete katılması veya destekleyici girişimlerde bulunması gibi faaliyetlerinin de hukuken sendikal faaliyet olarak değer görmesi gerekmektedir.<sup>14</sup>

## II. Sendikal Faaliyetin Hukuki Sınırları

Her hak ve özgürlüğün bir sınırı olduğu gibi sendika özgürlüğünün en önemli görünümlerinden birini teşkil eden sendikal faaliyette bulunma hak ve özgürlüğünün de bir hukuki sınırı var. Bu hukuki sınır kimi zaman doğrudan kanun tarafından getirilebileceği gibi kimi zamanda sendikanın kendi tüzüğü vasıtasıyla getirilmiş olabilir. Bu itibarla, Anayasa Kanununun belirlediği sınırları yahut sendika tüzüğü ile belirlenen amaçları aşan faaliyetler sendikal faaliyetlere tanınan hukuki güvenceden faydalanamayacaktır.

Anayasanın belirlediği sınırlar denilince ilk elde söylenmesi gereken sendikaların Anayasa'nın 13. Maddesindeki genel sınırlamalar ile 14. maddesindeki yasaklara aykırı hareket edemeyeceğidir.<sup>15</sup> Kanunun belirlediği sınırlamalar anlamında ise öncelikle ifade edilmesi gereken 6356 sayılı Kanunun 31. maddesidir. Buna göre, "Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunan kuruluş, merkezlerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcısının talebi üzerine mahkeme kararı ile kapatılır. Aykırı davranış bireysel olarak yöneticiler tarafından gerçekleştirildiği takdirde, mahkemece sadece o yöneticilerin görevine son verilmesine karar verilir." Görüleceği üzere sendikaların faaliyetlerinin sınırlarından birini Anayasada belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri ve demokratik esaslara aykırı faaliyetler teşkil etmektedir. Nitekim Anayasanın 51. Maddesinde de sendika ve üst kurullarının tüzük, yönetim ve işleyişlerini Cumhuriyetinin temel niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Sendikaların her türlü siyasi faaliyette bulunmalarını yasaklayan Anayasa'nın 52. maddesi yürürlükten kalkmasından sonra 1997 tarihli ve 4277 sayılı Kanun ile Sendikalar Kanunu'nun 37/3. maddesi yürürlükten kaldırılmış yerine sendikaların amaçları dışında faaliyette bulunamayacakları, siyasi partilerin ad rumuz, amblem ve

<sup>13</sup> Okur, s. 93.

<sup>14</sup> Süzek, İş Aklının Fesih hakkının Kötüye Kullanılması, 178.

<sup>15</sup> Çelik N./ Caniklioğlu N./ Canbolat T.; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş, 27. Bası, Beta, İstanbul 2014, s. 549.

işaretlerini kullanamayacakları hükmü getirilmişti. Aynı prensip 6356 sayılı Kanun 26/5. maddesi ile de devam ettirilmişti.<sup>16</sup> Bu durumda, sendika ve konfederasyonların faaliyetlerinin bunların amacı ile sınırlı olduğu ilkesi karşısında, sendikaların siyasetle uğraşma yasağının tümüyle kaldırıldığını söylemek mümkün olmayacaktır.<sup>17</sup>

6356 sayılı Kanununun 26/3. maddesi, “Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir.” hükmünü amirdir. Bu çerçevede sendikal faaliyetlerinin bir diğer hukuki sınırını üyeler arasındaki eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve de toplumsal cinsiyet eşitliğinin oluşturduğu müşahede edilmektedir. Bununla birlikte buradaki eşitlik kavramının mutlak bir eşitliği değil; kişiler arasındaki farklılıkları göz önünde bulunduran, objektif ve haklı sebeplere dayanan nispi bir eşitlik olduğunu da söylemek gerekmektedir.<sup>18</sup>

Yine, 6356 sayılı Kanununun 26/6. maddesinde, “İşçiler ve işçi kuruluşları işveren kuruluşlarına, işveren kuruluşları da işçi kuruluşlarına üye olamaz; gerek doğrudan doğruya, gerek temsilcileri veya mensupları veya araya koyacakları diğer kişiler aracılığıyla biri diğerinin kurulmasına, yönetim ve faaliyetine müdahalede bulunamaz.” Hükmüne yer verilmek suretiyle işçi ve işveren ilişkisindeki yasaklara yer verilmiş; aynı maddenin 8. Fıkrasında da “ Kuruluşlar ticaretle uğraşamaz. Ancak, kuruluşlar genel kurul kararıyla nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydıyla sanayi ve ticaret kuruluşlarına yatırımda bulunabilir.” düzenlemesiyle sendikalara kısmi bir ticari faaliyet yasağı getirilmiştir. 6356 sayılı Kanunda belirtilenler dışında Dernekler Kanununun sendika ve konfederasyonları ilgilendiren hükümlerine aykırı sendikal faaliyetlerde bulunmak da yasaklanmıştır.<sup>19</sup>

Sendikal faaliyetlerinin hukuki sınırları kapsamında değinilmesi gereken bir diğer husus da sendikal faaliyetlerde bulunma hakkının kötüye kullanılmaması ve işyerinin huzur ve disiplinin bozulmaması esasıdır. Bu çerçevede sendikal faaliyet icra edilirken işin akışını olumsuz etkileyecek yahut işyerinin huzur ve disiplinini bozacak fiillerden kaçınılması gerekmektedir. Nitekim Reichold’a göre de öğle arasında işyeri kantininde bulunanlara sendikanın propaganda veya tanıtımının yapılmasının sendika özgürlüğü içerisinde değerlendirilmesi gerekmele birlikte bu durumun işyeri gereklikleri ile işyeri huzurunu bozacak nitelik taşıması gerekmektedir.<sup>20</sup>

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde işçiler tarafından çıkarılan ve kapağında şirketin çalışanlarını insan kaynakları müdürüne cinsel iltifatlarda bu-

<sup>16</sup> Tuncay A. C./Savaş F. B., s. 138.

<sup>17</sup> Çelik N./ Caniklioğlu N./ Canbolat T, s. 549.

<sup>18</sup> Sümer H. H., İş Hukuku, Konya 2014, s. 200.

<sup>19</sup> Esener T., Gümrükçüoğlu Bozkurt Y., s. 194; Çelik N./ Caniklioğlu N./ Canbolat T., s. 550.

<sup>20</sup> Reichold, s. 284.

lunurken gösteren bir karikatür bulunan bir yayın kapsamında işten çıkarılmalarının ifade özgürlüğü haklarını ihlal ettiği ve işten çıkarılmalarının esas nedeninin sendikal faaliyetleri olduğunu, bunun da toplantı ve dernek kurma özgürlüğü haklarını ihlal ettiği savıyla açılan Palomo Sanchez ve Diğerleri - İspanya Davası'nda mahkeme, 8 Aralık 2009 tarihli kararına (Aguilera Jimenez ve Diğerleri - İspanya Davası) kararına da atıf yaparak AİHM, ulusal mercilerin başvurularını cezalandırma konusunda takdir yetkisini aşmadıklarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.<sup>21</sup> Görüleceği üzere sendikal amaçlarla ilgili fıkri faaliyetler de sendikal faaliyet olarak değer görmelerine karşılık, bu faaliyetin de ifade özgürlüğüne hukuk düzeninin tanıdığı sınırların aşılmaması ve işyerindeki huzur ve disiplinin zarar görmemesi sınırları içerisinde gerçekleşmesi elzemdir.

Aynı şekilde, Sendikal faaliyetlere uygun bir zamanda katılıp katılmadığı hususu salt bizim hukukumuzda değil sendikal fesih davalarında İngiliz Hukukunda da anahtar rol oynayan bir kıstastır.<sup>22</sup> Yargıtay kararlarında da işyerinden çıkmayarak eylem yapan işçinin davranışı sendikal faaliyet kapsamında görülmemiştir.<sup>23</sup>

Bir başka deyişle, sendikal faaliyetin sınırlarını hukuk düzeninin izin verdiği faaliyetlerin oluşturduğunun söylenmesi mümkündür. Örneğin, TSGLK'nun 45.maddesine göre; yasa dışı bir grev halinde işveren, böyle bir grevin yapılması kararına katılan, böyle bir grevin yapılmasını teşvik eden, böyle bir greve katılan ya da katılmaya ya da devama teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı sebeple derhal feshedebilir hükmüne, aynı Kanunun 25.maddesine göre de; işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yasa dışı grev hükmüne yer verildiğinden, işçinin greve katılmış olmasının bir sendikal faaliyet olarak nitelendirilebilmesi, söz konusu grevin yasal nitelik taşımasına bağlıdır.<sup>24</sup> Buna mukabil hukuka uygun bir biçimde icra edilen grev kapsamında iş sözleşmesinin feshinin ise sendika özgürlüğüne ilişkin güvencelerden yararlanacağı kuşkusuzdur. Hatta 6356 sayılı kanuna göre greve sendikali veya sendikasız bütün işçilerin katılması serbest olduğundan grev kararı alan sendika üyesi olmayan işçilerin greve katılması da sendikal faaliyet olarak değer görerek hukuki korumadan yararlanacaktır.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> A.İ.H.M., 12.09.2011 gün, Basın Birimi, Sendikal Haklar, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/sendikal.pdf>; Çevrimiçi 26.09.2014

<sup>22</sup> Taylor S. , Emir A. , Employment Law, Oxford University Press, 2007, s. 513.

<sup>23</sup> Yargıtay 9. H. D. , 31.1.2005, 31815/2452 (TÜHİS Dergisi, Mayıs 2015, s. 100).

<sup>24</sup> Sümer, s. 111; Okur, s. 157.Aynı yönde, Schwerdtfeger, s. 31-32.

<sup>25</sup> Baskan, s. 124; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 109.

## SONUÇ

Birçok ulusal ve uluslararası metinde yer bulan ve temel bir insan hakkı olan sendika hak ve özgürlüğünün en önemli vasıtalarından birini sendikal faaliyetlerde bulunma hakkı oluşturmaktadır. Sendika özgürlüğüne ulaşmayı sağlayıcı bir araç niteliğinde olan sendikal faaliyetlerin hukuki tespiti ile sınırlarının belirlenmesi önemli bir niteliği haizdir. Zira hukuk düzenini cevaz vermediği bir faaliyet sendikacılık ile ilişkili dahi olsa sendika özgürlüğünü koruyucu hükümlerden faydalanamamakta ve dolayısıyla böyle bir halde işçi sendikal ayrımcılığa uğradığını iddia edemeyecektir.

Sendika üyesi olsun ya da olmasın işçi veya işveren tarafından ortak ekonomik ve sosyal hakları geliştirmek amacıyla yahut sendika tarafından tüzüğü çerçevesinde serbestçe sendikal faaliyetlerde bulunulabilecektir. Bu faaliyetlerde bulunurken işyerinin huzur ve disiplinin halel görmemesi esastır. Ayrıca yine bu faaliyetlerin 6356 sayılı Kanunun 31. Maddesinde zikredilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetler ile aynı Kanunun 26. maddesinde zikredilen yasak faaliyetler içerisinde olmaması gerekmektedir. Bir başka deyişle, hukuk düzeninin koyduğu sınırlar içerisinde işçi ve işverenlerin sosyo-ekonomik hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için yapılan her faaliyet sendikal faaliyet olarak değer görüp hukuk düzeninin himayesinden faydalanacaktır. Bu çerçevede sendikal faaliyet kavramının sınırını hukuki meşruiyet çizgisinin oluşturduğu söylenebilecektir.

## KAYNAKÇA

- Baskan Esra, **6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi**, Turhan Yay., Ankara 2013.
- Çelik Nuri/Canıklıoğlu Nurşen/Canbolat Talat:, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş, 27. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- Esener Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu Yeliz:**Sendika Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Eyrenci, Öner, **Sendikalar Hukuku**, Banksis Yayınları No: 3, İstanbul 1984.
- Korkusuz Refik, “**Türkiye’de ve Dünyada Sendikal Faaliyetler**”
- Küreselleşme Sürecinde Türk Çalışma Hayatı ve Sendikalar, Öz İplik-İş Sendikası,Eğitim Yayınları, Ankara 1997, 135-159.
- Kutal Metin, **Sendikacılık Faaliyetleri Nedeniyle İşçinin Feshe Karşı Korunması**, İktisat Maliye Dergisi, C.XXV, S.1, Nisan 1978.
- Kutal Metin, **Sendika Özgürlüğünün Korunması Açısından Yargıtay’ın Türk İş Hukukunun Gelişmesine Etkileri**, Yargıtay Dergisi, Ocak-Ekim 1989, C. 15.
- Mollamahmutoğlu Hamdi, **6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Sendika ve Konfederasyonların Faaliyetlerine İlişkin Düzenlemeler**, İşveren Dergisi, Kasım-Aralık, 2012.

- Okur Zeki, **Türk Hukukunda İşçinin Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Korunması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2003.
- Reichold, Hermann, **Arbeitsrecht**, Münih, 2012.
- Schwerdtfeger, Gunther, **Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit**, Berlin, 1981
- Sümer H. Hadi, **İş Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2014.
- Süzek Sarper, **İş Aklının Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara, 1979.
- Şahlanan Fevzi, **Sendikalar Hukuku**, Banksis Yayınları, İstanbul 1995
- Tuncay A. Can/Savaş Kutsal Burcu, **Toplu İş Hukuku**, Beta, 4. Bası, İstanbul 2015.
- Taylor S. , Emir A, **Employment Law**, Oxford University Press, 2007.



# LİMANDA OLSUN OLMASIN (WIPON)/ RIHTIMDA OLSUN OLMASIN (WIBON) KAYITLARINI TAŞIYAN SÖZLEŞMELERDE AZAMI SÜRASTARYA SÜRESİ: BEKLEMEK Mİ BEKLEMEMEK Mİ?

**Maximum Length Of Demurrage in Case of Whether on Port or Not (Wipon) / Whether on Berth or Not (Wibon) Clauses: To Wait or Not To Wait?**

**Yrd. Doç. Dr. Banu BOZKURT BOZABALI\***

## ÖZET

Eşya taşıma sözleşmelerinde yükün en kısa zamanda, en etkin biçimde teslim edilmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda, denizyoluyla yük taşımaları açısından, tarihsel gelişim içerisinde taşıyan ve taşıtanın yükleme/boşaltma işlemlerindeki yükümlülüklerini dengelemek amacıyla sefer çarterine konulacak çeşitli kayıtlar öngörülmüştür. Burada öngörülen iki önemli kayıt limana yanaşmış olsun olmasın (WIPON) ve rıhtıma yanaşmış olsun olmasın (WIBON) kayıtlarıdır. Bu çalışmanın amacını da işte bu WIPON ve WIBON kayıtlarının bulunduğu çarter sözleşmelerinde azami sürastarya süresinin incelenmesi oluşturmaktadır. Bu amaçla sürastaryaya ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile İngiliz Hukuku'ndaki mahkeme kararları arasında mukayeseli bir çalışma yapılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Limana yanaşmış olsun olmasın (WIPON); Rıhtıma yanaşmış olsun olmasın (WIBON); Navlun Sözleşmeleri; Sefer (yolculuk) çarteri; Yükleme/boşaltma süresi (starya süresi); Sürastarya süresi; Bekleme süreleri; İngiliz Hukuku; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

## *Abstract*

The aim of the contract of carriage of goods is the efficient delivery of transported goods within the possible shortest time. To this end, some specific clauses for voyage charterparties have been stipulated for the carriage of goods by sea. Two important clauses for this purpose are whether in port or not (WIPON) and whether in berth of not (WIBON). The aim of this article is to examine the maximum length of demurrage in case of WIPON/WIBON containing char-

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

terparties. For this purpose a comparative analysis of Turkish and English law demurrage stipulations and case law is made.

**Keywords:** Whether on port or not (WIPON); Whether on berth or not (WIBON); Voyage charter; Laytime; Demurrage; Maximum Length of Demurrage; English Law; Turkish Commercial Code numbered 6102

## I. Introduction

In the maritime transportation; one of the main important issue is time. In other words, the ship-owner/carrier<sup>1</sup> and the charterer<sup>2</sup> need the delivery of the transported goods within the shortest possible time.

In the execution of the charterparty, loading and discharging are the joint operations performed by the shipowner and charterer under the control of the charterer.

Regarding to prevent the time lost during the joint operations of loading and discharging some specific clauses may be foreseen in the charterparty. Laytime; demurrage and demurrage fees; whether on port or not (WIPON)/whether on berth or not (WIBON) are some of those clauses that constitute the subject of this work.

Thus, the aim of this work is to analyze in depth the maximum length of time that the ship has to wait for the conclusion of the loading and discharging operations.

Accordingly, in the first paragraph a general explanation on the basic notion of charterparties; laytime, demurrage and WIPON/WIBON clauses will be given. At the second and third paragraphs, a comprehensive analysis of the demurrage under English and Turkish law will be done. As for the last paragraph, the maximum length of the demurrage will be examined in details with possible remedy to apply English law breach of contract provisions to Turkish law demurrage system.

## II. In General

It might be more explicative to define shortly the basic notions related with the demurrage and WIPON/WIBON clauses in the first instance before giving the details.

---

<sup>1</sup> According to the circumstances one of the contracting parties in the charterparties may be shipowner or carrier. That is why both of the terms are used here. Hereafter the shipowner term would refer carrier as well.

<sup>2</sup> According to the circumstances, the other party of the contract may be charterer or consignor or other related persons (including agents, freightforwarder etc). Hereafter the charterer term would be used as including all related persons.

That is why, under this chapter, a brief definition of charterparties (and their importance); laytime and demurrage; WIPON/WIBON clauses will be given.

### A. Charterparties

The carriage of the goods by sea might be done by providing a vessel for that purpose. The legal arrangement for realizing this purpose is called as contract of affreightment<sup>3</sup> (or contract of freight).

Therefore, two main types of the contract of freight may be distinguished as the contract of bills of lading and the charterparties. If an amount of goods is subjected by the contract of freight, it constitutes the contract of bills of lading<sup>4</sup>.

The charterparties are the type of contract where the entire vessel (full charter) or a substantial part of it would be used for the carriage of goods by sea. There exist different types of charterparties. If the entire vessel or a part of it is chartered for one or more voyages, it is called voyage charter. Sometimes the charterer prefers to charter the vessel for a period of time which is called time charter<sup>5</sup>.

According to these definitions, it is obvious that the loading and discharging time is essential in voyage charterparties<sup>6</sup>. Furthermore, the charterparties are the essential instrument defining the duties and responsibilities of the shipowner and charterer. In this regard, a number of standard clauses are designed as WIPON/WIBON clauses.

### B. Laytime and Demurrage

Regarding to the execution of a charterparty, the loading and discharging stages<sup>7</sup> are the joint operations that should be fulfilled by the shipowner and charterer.

The allowed period of time for the loading and discharging stages is called

<sup>3</sup> For further detail please see ÇAĞA T, KENDER R, *Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi*, (XII Levha Yayınları; 2010; 10th Edition), pp. 6 – 8 (hereinafter referred as ÇAĞA/KENDER); WILSON J, *Carriage of Goods by Sea*, (Pearson Education Limited; 7th Edition; 2010), p. 3.

<sup>4</sup> For further detail on bills of lading contract please see BAUGHEN S, *Shipping Law*, (Routledge-Cavendish Edition; 2009; 4th Edition), pp. 8 – 9; ÇAĞA/KENDER, p. 9; WILSON J, pp. 5 – 6.

<sup>5</sup> For further details on the charterparties please see, BAUGHEN S, pp. 9 – 10; ÇAĞA/KENDER, pp. 6 – 9; WILSON J, pp. 3 – 5.

<sup>6</sup> That is why the voyage charter constitutes the subject charterparty of this work. Hereafter “charterparty” or “charter” would refer voyage charter as well.

<sup>7</sup> The execution of the voyage charters may be analyzed under three or four (sometimes five) stages. For further details and different approaches on stages please see ÇAĞA/KENDER, pp. 17 – 64; ÜLGENER F, *Çarter Sözleşmeleri I Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmeleri* (Der Yayınları; 2000), pp. 340 – 341 (hereafter referred as ÜLGENER F, Çarter); WILSON J, p. 53.

laytime. Laytime is the period of time that the shipowner should wait without compensation. In other words, loss of time during the loading and discharging operations as laytime is compensated with the freight payment<sup>8</sup>.

The length of laytime may be agreed in the charterparty. Accordingly, different types of laytime may come out as fixed, unfixed or customary laytime. Even the voyage charters are distinguished according to the laytime provisions.

As the name implies, the fixed laytime describes the loading and discharging allowed period of time fix as hours or days. Sometimes instead of fixing time, the daily loading/discharging rate of cargo (as a sum of tons per day) may be fixed as well<sup>9</sup>. Under the fixed laytime charterparty, the risk is on the charterer. In other words, in the fixed laytime voyage charter, the charterer has to finish loading and discharging operations within the fixed prescribed period. He may not even lay down on force majeure or cas fortuit<sup>10</sup>.

The unfixed laytime may occur under different circumstances. If the voyage charter prescribes customary laytime or reasonable time as the length of laytime or if it concerns clauses like “fast as can”, “customary quick dispatch”, “custom of the port”; it foresees unfixed laytime. Under unfixed laytime charter, the loading/discharging operations should be terminated in a reasonable time. In the absence of the fault of the charterer or force majeure and cas fortuit; all the risks of delays (caused for instance by the strike or bad weather etc) lie with the shipowner<sup>11</sup>.

The field of activity (or causing) principle may be classified as the third laytime regime. According to this principle, applied in Turkish/German and Scandinavian legal systems, the field of activity of each party of voyage charter is defined. Thus,

<sup>8</sup> For further details please see BAUGHEN S, pp. 236 – 238; ÇAĞA/KENDER, pp. 39 – 43; DAVIES D, *Commencement of Laytime*, LLP, 1987, p. 1 – 2; GILMORE G, BLACK JR C. L, *The Law of Admiralty*, (The Foundation Press; 1975), pp. 210 – 211; HUGHES A.D, *Casebook on Carriage of Goods by Sea*, (Blackstone Press Limited; 2nd Edition; 1999), p. 358; SHOENBAUM T, *Admiralty and Maritime Law*, (West Group Thomson Reuters; 5th Edition; 2012), p. 704; SCHOFIELD J, *Laytime and Demurrage*, (LLP, Reprinted 5th Edition; 2008), pp. 1 – 4; ÜLGENER F, Çarter, pp. 341 – 342; ÜLGENER F, *Sürastarya Süresi ve Ücreti*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü; 1993), pp. 5 – 9 (Hereafter referred as ÜLGENER F, Sürastarya).

<sup>9</sup> For further details please see BAUGHEN S, p. 237; OANA A, *Legal Provisions on Laytime and Demurrage in Charterparties*, (Constanta Maritime University Annals; Year XIII; Vol. 18), (Hereafter referred as OANA A, Laytime), p. 13; SCHOFIELD J, pp. 3, 36 – 50.

<sup>10</sup> For further details please see BAUGHEN S, p. 237; ÇAĞA/KENDER, p. 40; GILMORE G, BLACK JR C. L, p. 211; OANA A, Laytime, pp. 13 – 14; SCHOFIELD J, p. 705; SCHOFIELD J, pp. 3 – 4, 9 – 36; ÜLGENER F, Çarter, pp. 346 – 349; ÜLGENER F, Sürastarya, pp. 9 – 10.

<sup>11</sup> For further details please see BAUGHEN S, p. 238; ÇAĞA/KENDER, p. 40; OANA A, Laytime, p. 14; SCHOFIELD J, pp. 3 – 5, 50 – 67; ÜLGENER F, Çarter, pp. 349 – 350; ÜLGENER F, Sürastarya, pp. 10 – 12.

the cause of the delay would occur under the field of activity of one party who should bear the consequences<sup>12</sup>.

The laytime would start when the vessel is an *arrived ship*<sup>13</sup> and the notice of readiness<sup>14</sup> is given if prescribed in the charterparty.

Once the laytime is expired, the demurrage would start to run if agreed in the charterparty. The demurrage is the amount payable unless the reason of the delay may not attribute to the shipowner<sup>15</sup>.

The rate of the demurrage should be prescribed in the charterparty. The rate may be determined according to daily basis or with a method of calculating<sup>16</sup>

<sup>12</sup> For further detail please see ÜLGNER F, pp. 343 – 346; ÜLGNER F, Sürastarya, p. 12.

<sup>13</sup> The vessel may become an arrived ship when it arrives to the loading/discharging place prescribed in the voyage charter. Accordingly the voyage charter may specify a dock, port or berth as loading/discharging place. The vessel would be an arrived ship when it arrives to this specified place in the charterparty and ready for the loading and discharging operations. Regarding the readiness for loading/discharging operations, the seaworthiness and cargo worthiness of the vessels should be fulfilled as well. For further details and related case laws please see ASPRAGKATHOU D, *Review of the GENCON Charter Clauses For the Commencement of Laytime: Analysis of the “Time Lost In Waiting For A Berth To Count As Lay Time Or Time On Demurrage*, (Journal of Maritime Law and Commerce; 2007; Vol: 38; No: 4), p. 606; DAVIES D, p. 2 – 20; LESNI C. I, *The Ship Owner’s Obligation to Ensure Seaworthiness of the Ship – Implicit Obligation of the Ship Owner in the Charter Party*, (Contemporary Readings in Law and Social Justice; 2012; Vol: 4/1), pp. 563 – 565; OANA A, *Standard Clauses of Voyage Charter Shifting Risk of Delay and Readiness*, (Constanta Maritime University Annals; Year XIII; Vol. 18), p. 18 (Hereafter referred as OANA A, Voyage Charter); SHOFIELD J, pp. 69 – 117; TODD P, *Laytime, Demurrage and Implied Safety Obligations* (Journal of Business Law; Vol: 8; 2012; Westlaw – online), pp. 671 – 672, 678 – 679; TÜYSÜZ M, *Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması*, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; 2012; Vol: XVI; No: 2), pp. 38 – 48 (Hereafter referred as TÜYSÜZ M, Starya); ÜLGNER F, Çarter, pp. 350 – 357; ÜLGNER F, Sürastarya, pp. 27 – 57; WILSON J, pp. 53 – 58.

<sup>14</sup> For further details on the notice of readiness and the related case laws please see ASPRAGKATHOU D, p. 605 – 606; BAUGHEN S, pp. 239 – 241; DAVIES D, p. 64 – 71; LESNI C. I, p. 564; OANA A, Voyage Charter, pp. 18 – 19; SHOFIELD J, pp. 117 – 142; TÜYSÜZ M, *Deniz Ticareti Hukukunda Hazırlık İhbarı*, (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; 2010; Vol: XIV; No: 1 – 2), pp. 313 – 347, (Hereafter referred as TÜYSÜZ M, Hazırlık İhbarı); TÜYSÜZ M, Starya, pp. 48 – 52; WILSON J, pp. 58 – 62. It should be noted here that the notice of readiness should be given according to the article 1152 of Turkish Commercial Code unless a specific date is not determined by the charterparty (even it is not stipulated).

<sup>15</sup> KENDER/ÇAĞA, p. 43; OANA A, Laytime, p. 14; SHOENBAUM T, p. 705; SHOFIELD J, pp. 6 – 7; ÜLGNER F, Çarter, p. 342; ÜLGNER F, Sürastarya, p. 6. For further detail on the nature of demurrage please see below paragraphs III/A and IV/A.

<sup>16</sup> For further detail on the stipulations of demurrage and its rate please see below paragraphs III/B and IV/B.

### C. Whether on Port or Not (Wipon)/Whether on Berth or not (Wibon) Clauses

In order to harmonize Anglo-Saxon and Continental law, some specific charterparty clauses appears<sup>17</sup>. Whether on port or not (WIPON) and whether on berth or not (WIBON) may be cited as examples<sup>18</sup>.

According to a voyage charter containing WIPON clause; even the vessel may not enter to the port specified in the charterparty; it would be accepted as an arrived ship. In other words, the WIPON clause enables the shipowner to give the notice of readiness (if agreed in the charterparty) even the vessel is “off the Port”. Under WIPON clause, the laytime would begin once the vessel enters to the port line and anchors to the customary waiting place<sup>19</sup>.

In case of the determination of specific berth by voyage charterparty; the vessel has to anchor to the berth for the beginning of the laytime. Therefore in case of the existence of the WIBON clause, the vessel entered to the port line of the specified berth would be accepted as arrived ship even it may not come alongside the specified berth. In other words regarding to the beginning of the laytime under WIBON clause, the vessel has to enter to the port line of the specified berth however may not come alongside the berth due to congestion<sup>20</sup>.

### III. Demurrage Under English Law

Under this chapter, the nature, the charterparty's stipulations and the maximum length of demurrage in English law would be examined successively.

<sup>17</sup> For further detail on the different approaches of English and Turkish law please see below paragraphs III/A and IV/A.

<sup>18</sup> ATAMER K, “*Whether in berth or not*” *Klozunun Uygulama Alanı ve Davada İleri Sürülmesi – Aynı Zamanda “Charterparty Laytime Definitions” ve İngiliz Hukukunun Sürastaryaya İlişkin Sorunlardaki Zorunlu Yol Göstericilikleri Üstüne -*, (İstanbul Barosu Dergisi; 1991), p. 66.

<sup>19</sup> OANA A, Voyage Charter, p. 18; SHOFIELD J, pp. 158 – 159; ÜLGENER F, Sürastarya, pp. 47 – 48. Regarding the definition and further explanation of WIPON clause please see the Laytime Definitions for Charter Parties 2013 published by Baltic and Maritime International Council (hereafter referred as BIMCO) with the special circular No: 8 (hereafter referred as BIMCO's 2013 Definitions).

<sup>20</sup> WIBON clause was firstly cited in the Charterparty Laytime Definitions 1980 of BIMCO (hereafter referred as BIMCO's 1980 Definitions). Therefore, after the publication of the Definitions 1980, the content of the WIBON clauses was severely discussed by the Courts and Arbitrators. The main discussion was if the WIBON clause would be applied in every case where the vessel might not come alongside the berth or if there should be some exclusive case(s). Accordingly, an amendment is foreseen in the BIMCO's 2013 Definitions and the WIBON clause is related exclusively to delays due to congestion of the berth (not bad weather or so). For further detail and case laws please see ASPRAGKKATHOU D, pp. 607 – 608; ATAMER K, pp. 67 – 74; DAVIES D, p. 26 – 33; SHOFIELD J, pp. 159 – 163; ÜLGENER F, Sürastarya, pp. 47 – 51; WILSON J, pp. 60 – 61 and the Laytime Definitions for Charter Parties 2013 published by BIMCO with the special circular No: 8.

### A. Nature of Demurrage

Under English law, voyage charters, without prejudice to the exceptions in the law, are the charterparties determining a specific place of loading/discharging (as berth or port)<sup>21</sup>.

BIMCO's 1980 Definitions do not contain a reference on the nature of the demurrage; it states only that the demurrage is “*the money payable to the owner for delay for which the owner is not responsible*”.

Therefore, in line with this definition, it should be stated that the demurrage constitutes a breach of contract. More explicitly, in case of a fixed laytime charterparty, overrunning the allotted laytime would constitute a breach of contract<sup>22</sup>.

Furthermore, regarding to oblige the shipowner to wait after the termination of laytime, the demurrage should be stipulated in the charterparty. That is why it should be classified as the liquidated damages. In other words, demurrage is liquidated damages arising from the breach of the voyage charter; more specifically compensation of the damages arising from holding the vessel more than the laytime agreed by charterparty<sup>23</sup>.

Regarding to concretize the liquidated damages character of the demurrage; it should be underlined here that in case of no provision of demurrage in the charterparty; the charterer would be liable for the damages for detention<sup>24</sup>.

### B. How to Stipulate?

As the demurrage is classified under liquidated damages (or in other words “*agreed damages for detention*”); it should be stipulated expressly in the charterparty.

Furthermore, once the laytime is expired; the demurrage starts to run continuously through Sundays, holidays and other periods excluded from laytime unless

<sup>21</sup> That is also one of the reasons that the fixed laytime system is mostly applied under English law. For further details please see SCHOFIELD J, pp. 69 – 82; ÜLGENER F, Çarter, pp. 355 – 356.

<sup>22</sup> As another example, in case of an unfixed laytime charterparty, overrunning the reasonable time would be also a breach of contract. For further details please see HUGHES A. D, pp. 402 – 403; SCHOFIELD J, p. 343; ÜLGENER F, Sürastarya, pp. 130 – 134; WILSON J, pp. 76 – 77.

<sup>23</sup> For further detail please see HUGHES A. D, pp. 402 – 403; GILMORE G, BLACK Jr C. L, p. 211; OANA A, Laytime, pp. 14 – 15; SCHOENBAUM T, pp. 704 – 705; SCHOFIELD J, pp. 343 – 344; TETLEY W, *Marine Cargo Claims* (International Shipping Publications, 1988), pp. 460 – 461; TODD P, 670 – 674; TREITEL G.H. “*Fundamental Breach*”, (The Modern Law Review; Vol: 29; No: 5, 1966), pp. 547 – 548; ÜLGENER F, Sürastarya, pp. 128 – 138; WILSON J, pp. 76 – 78.

<sup>24</sup> For further detail on the damages for detention please see GILMORE G, BLACK Jr C. L, p. 212; OANA A, Laytime, pp. 15 – 16; SCHOENBAUM, p. 706; SCHOFIELD J, pp. 423 – 438; WILSON J, p. 78

otherwise specified expressly in the charterparty<sup>25</sup>. In other words, the express stipulation of the demurrage clause should include laytime suspending and amending charter clauses if the parties agree on the application of such clauses to the demurrage time as well<sup>26</sup>.

Therefore, under the stipulation of the demurrage, the rate of demurrage should be specified as well. The rate may be determined on a daily or hourly basis or with method of calculating (i.e. on a loading/discharging weight per day basis)<sup>27</sup>.

Lastly, it should be underlined here that the rate of the demurrage should be determined reasonably. In other words, if the demurrage rate is fixed unreasonably higher than the possible lost in case of the detention of the vessel more than the agreed laytime; it might be decreased<sup>28</sup>.

### C. Maximum Length

As the rate, the length of the demurrage might be determined under the stipulation of demurrage as well. The determination of time might be done as specific period of days or hours<sup>29</sup>.

In case of non-determination of specific period of time; in other words, in case of the stipulation of demurrage rate but not the length of it, how long does the shipowner should wait?

During the late 19th and early 20th century; the Courts decided that in such cases of non-determination of specific period of time; the shipowner should wait for a reasonable period and afterwards might claim his damages for detention<sup>30</sup>.

In a case in early 20th century, during the hearing of a Court of Appeal, one

<sup>25</sup> This rule of continuous run of demurrage is summarized as “*Once in demurrage; always in demurrage*”. For further detail on the case and the subject please see HARDY – IVAMY E. R, *Clauses and the Liability for Demurrage* (The Modern Law Review; Vol: 23; No: 4, 1960), pp. 437 – 439; HUGHES A. D, pp. 404 – 406; OANA A, Laytime, p. 15; SCHOFIELD J, pp. 363 – 367.

<sup>26</sup> For further detail on the express stipulation and case law please see BAUGHEN S, pp. 251 – 252; HARDY – IVAMY E. R, pp. 438 – 440; HUGHES A. D, pp. 404 – 409; GILMORE G, BLACK Jr C. L, pp. 213 – 215; OANA A, Laytime, p. 15; SCHOFIELD J, pp. 365 – 367.

<sup>27</sup> For further detail please see OANA A, Laytime, p. 15; SCHOFIELD PP. 348 – 349; WILSON J, p 77. According to the *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. NV Rotterdamsche Kolen Centrale* decision, the rate of the demurrage specified in the charterparty constitutes the limit of the damages occurred by the detention of the vessel more than the agreed laytime. For further detail on the case please see HUGHES A.D., p. 403; SCHOFIELD J, pp. 352 – 353; TREITEL G.H. pp. 546 – 550; WILSON J, p. 77.

<sup>28</sup> For further detail and *Dunlop v. New Garage* case please see OANA A, Laytime, p. 15; WILSON J, p. 77

<sup>29</sup> For further detail please see OANA A, Laytime, p. 15; SCHOENBAUM J, p. 345.

<sup>30</sup> For further detail and related case law please see SCHOENBAUM J, pp. 345 – 347.



of the judges pointed out the difficulty to determine the exact length of this ambiguous reasonable time<sup>31</sup>. Subsequently, the reasonable time is concretized by the length of time that might cause to the frustration or the repudiation of the contract<sup>32</sup>.

Accordingly, charterparty laytime and demurrage provisions should be classified as the warranties rather than the conditions and their breach causes to the payment of the liquidated damages, in other words to the demurrage. Therefore, the shipowner should wait until such breach of contract may be classified as the repudiation or frustration of the charterparty; the concretization of reasonable period<sup>33</sup>.

The classification of the demurrage clause as warranty should not be enough for discharging the other party (not in default) from execution of all outstanding obligations. More specifically, in case of the demurrage, as warranty, the shipowner would not be released from his other contractual obligations<sup>34</sup>. The shipowner might only leave the loading port before the completion of loading or might form claims for detention<sup>35</sup>.

Finally, the demurrage time might be classified as condition and the shipowner might terminate the contract on the basis of fundamental breach. Thus, the intention of the parties to treat the demurrage clause as condition might be implied from the nature of the stipulation (i.e. the determination of the demurrage period as an exact time) or from the surrounding circumstances (i.e. in case of the successive voyage charterparties, the delay in loading exceeding the demurrage time may give the right to terminate the charterparty)<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> More specifically in 1917; in the case *Inverkip Steamship Co. v. Bunge & Co*; Judge Scrutton L. J. had pointed out the issue. For full text of his speech, please see SCHOENBAUM J, pp. 346 – 347.

<sup>32</sup> SCHOENBAUM J, pp. 345 – 347.

<sup>33</sup> SCHOFIELD J, pp. 347 – 348.

<sup>34</sup> For further detail on warranties and conditions and their effects on the breach of the contract please see SAMUEL G, *Law of Obligations and Legal Remedies*, (Cavendish Publishing Limited, 2nd Edition, 2001), pp. 350 – 351; WILSON J, pp. 347 – 350. For further detail on the fundamental breach and the right to repudiate the contract please see TREITEL G. H, pp. 547 – 549, 553 – 554.

<sup>35</sup> In case of the discharging, the shipowner might not have the possibility to leave the discharging port without fully discharging the vessel as he may want to use the full capacity of his ship for the execution of the successive charterparty. That is why, in discharging, the shipowner may discharge the resting load to a warehouse (if any, the rent of it might be included to the claims of detention) and form claims for detention or he may wait until the full discharge of the ship and claim his damages for detention. For further detail on the claim on detention please see OANA A, Laytime, pp. 15 – 16; SCHOFIELD J, pp.345– 348; WILSON J, p. 78.

<sup>36</sup> For further detail on the condition and its effect on the repudiation of the contract please see SAMUEL G, pp. 348 – 350; SCHOFIELD J, pp. 347 – 348; WILSON J, pp. 348 – 349.

#### IV. Demurrage Under Turkish Law

Under Turkish law, the nature, the stipulations and the maximum length of demurrage would be explained with special emphasize on the differences between Turkish and English legal system.

##### A. Nature Of Demurrage (Legal Nature Of Demurrage)

The nature of demurrage under Turkish law was a much discussed subject since the adoption of the new Turkish Commercial Code numbered 6102 in July 2012.

The situation before the adoption of the new Turkish Commercial Code should be explained briefly regarding to give a general overview.

According to the case laws of the Turkish Court of Cassation in 1960 and 1980's the demurrage was classified as the indemnity for the damages of detention or of delay<sup>37</sup>.

In spite of the Court of Cassation's indemnity classification; according to Turkish doctrine it was accepted that the demurrage was an amount to be paid in respect of the detention of the vessel more than the agreed laytimes; in other words an amount to be paid for the detention of the vessel more than the agreed laytimes<sup>38</sup>.

The new Turkish Commercial Code stipulates the nature of the demurrage in its article 1155. According to the argument of the article, under Turkish law it is not possible to accept the nature of the demurrage as an amount. The argument classified the demurrage as the default of the creditor and therefore stipulates that the amount of the demurrage, if not agreed in the charterparty, may not be more than the mandatory and beneficiary expenses.

Accordingly, the demurrage is not an indemnity or an amount to be paid in

<sup>37</sup> There was not any detailed explanation if this classification was caused of detention or delay. Regarding the full text of the case laws; please see the judgments numbered 1960/1182; 1980/3314 and 1986/60. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) online 03.03.2015) It should be noted here that the judgments of the Turkish Court of Cassation is listed according to the numbers given by the date instead of the names of the parties as in Anglo-Saxon law. For further explanation on the subject please see OKAY S, *Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1683, 2nd Edition), pp. 133 – 134; SARAÇ Ş, *Deniz Ticaret Hukukunda Yükleme Hazırlığı, Yükleme, Yükleme Limanı, ve Yeri, Yüklemede Müddetler, Kırkambar Mukavelesinde Yüklemenin Hususiyetleri, Yükleme Masrafları*, (Ankara Barosu Dergisi; Vol: 25; No: 4; 1968), p. 673; ÜLGENER F, *Çarter*, pp. 415 – 416.

<sup>38</sup> The reason of this classification was due to the other provisions of the ex-Turkish Commercial Code as the right of charterer to demand the waiting of the vessel till the end of the demurrage or as limiting the claim of the shipowner with the amount of the demurrage. For further detail please see AKINCI S, *Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları; No: 1314; 1968) p. 129; ÇAĞA/KENDER p. 48; SARAÇ Ş, pp. 673 – 674; ÜLGENER, *Çarter*, pp. 414 – 416; ÜLGENER F, *Sürastarya*, pp. 114 – 117.

respect of the detention of the vessel more than the agreed laytimes; it is an amount covering the mandatory and beneficiary expenses made by the shipowner on the basis of the default of the creditor/charterer.

### **B. How to Stipulate?**

As in English law, according to article 1154 of Turkish Commercial Code, in order to bind the shipowner to wait more than the agreed laytimes; the demurrage should be stipulated in the charterparty. Differently from English law, the express stipulation of demurrage is not an obligation in Turkish law<sup>39</sup>.

Therefore, it should be underlined here that the stipulations of the charterparty on demurrage have their precedence over the Turkish Commercial Code demurrage provisions.

Under Turkish Commercial Code, the parties are not obliged to agree on the rate of the demurrage.

Therefore, the rate of the demurrage may be agreed under the stipulation of the demurrage. The rate, as in English law, may be determined on a daily or hourly basis or with method of calculating (i.e. on a loading/discharging weight per day basis)<sup>40</sup>. Furthermore, the rate might be determined after the conclusion of the charterparty. In other words, the rate should not have to be determined during the establishment of the charterparty<sup>41</sup>.

In accordance with the recognition of the nature of the demurrage as the default of the creditor<sup>42</sup>, the rate of demurrage, if not agreed in the charterparty, has changed as well. Accordingly, the third paragraph of article 1155 stipulates that in case of the indetermination of the rate of the demurrage in the charterparty, the amount should be calculated according to the mandatory and beneficiary expenses of the shipowner. The shipowner may not claim any further damages for delay or detention.

The Turkish Commercial Code does not regulate the cases where the demurrage rate is determined excessively high. In other words, what would happen if the rate of the demurrage is determined unreasonably high under the charterparty? As Turkish Commercial Code does not provide any response to this question; it

<sup>39</sup> SÖZER B, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (Vedat Kitapçılık; 2013) p. 361.

<sup>40</sup> AKINCI S, p. 129; ÇAĞA/KENDER, p. 49; OKAY S, pp. 130 – 131; ÜLGENER F, Çarter, pp. 440 – 443.

<sup>41</sup> SÖZER B, p. 362.

<sup>42</sup> For further detail on the different approach during the ex-Turkish Commercial Code and the actual situation please see above Paragraph IV/A.

should be solved according to the general principles of Turkish law of obligations. Accordingly, if the rate is unreasonably high, it might be decreased according to the principle of unjustifiable enrichment<sup>43</sup>.

As it was mentioned above, Turkish maritime law accepts the principle of the field of activity. Accordingly, the party under whose field of activity that the cause of delay had occurred, should bear the consequences. The Turkish Commercial Code has accepted the same principle for the demurrage as well<sup>44</sup>. In other words, according to the provisions of the Turkish Commercial Code, if the cause of delay occurs in the field of activity of the shipowner, he should bear the consequences and the demurrage time would be suspended till the end of the cause.

According to the above mentioned article(s), the demurrage time would not be suspended unless the cause of it would not result by the fault of the shipowner.

Turkish Commercial Code does not regulate the effect of the laytime amending and suspending clauses on demurrage. Therefore, as the provisions of the Turkish Commercial Code are not mandatory; the parties may agree on the application of laytime amending and suspending clauses to demurrage as well. The agreement of the parties on the application of laytime amending and suspending clauses should be expressly regulated in the charterparty. As in English law, the demurrage time runs days/hours continuously.

Fourth paragraph of article 1156 (and 1172 about discharging) has an important regulation underlining (concretizing) the field of activity principle of Turk-

<sup>43</sup> For further detail on unjustifiable enrichment under Turkish law of obligations and Turkish Code of Obligations please see ANTALYA G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Beta Yayınları; 2013; 2nd Edition) pp. 815 – 850; HATEMİ H, GÖKYAYLA E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (Vedat Kitapçılık; 2011), pp. 188 – 202; KILIÇOĞLU A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Turhan Kitabevi; 2011, 18th Edition), pp. 511 – 539; REİSOĞLU S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Beta Yayınları; 2014; 25th Edition), pp. 274 – 289; OĞUZMAN K, ÖZ T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Vedat Kitapçılık, 2014; 11th Edition), Vol: 2, pp. 305 – 400. Therefore, it should be borne in mind that the charterer might be a businessman (as in most of the cases) and he should act as a prudent businessman according to the second paragraph of article 18. Accordingly, the decrease based on unjustifiable enrichment might be limited with the expected prudent businessman behavior. For further detail on the prudent businessman please see ARKAN S, *Ticari İşletme Hukuku*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü; 2011; 15th Edition), pp. 137 – 140; ASLAN İ. Y, *Ticaret Hukuku Dersleri*, (Ekin Basım Yayın Dağıtım; 2012; 6th Edition), pp. 77 – 78; KARAHAN S, *Ticari İşletme Hukuku*, (Mimoza Yayınları; 2013; 25th Edition), pp. 98 – 101; POROY R, YASAMAN H, *Ticari İşletme Hukuku*, (Vedat Kitapçılık, 2010, 13th Edition), pp. 157 – 160.

<sup>44</sup> According to the third paragraph of article 1036 and 1055 of the Ex – Turkish Commercial Code, if the loading and discharging activities may not be performed due to the fortuitous events under the field of activity of the shipowner, he may not claim the payment of demurrage fee. For further detail on the field of activity principle and WIBON clause please see ATAMER K, pp. 86 – 93

ish Commercial Code. Accordingly, if the loading (and discharging according to 1172/4) may not be performed because of the fortuitous event(s) (as storm, ice storm or military mobilization) under the field of activity of each party; the laytime would be suspended however the charterer should pay demurrage to the shipowner for the suspension of the laytime unless otherwise regulated in the charterparty.

As the last paragraph of this chapter, it should be underlined that the field of activity principle may not be compatible with the principle of “*Once in demurrage always in demurrage*”<sup>45</sup>. Therefore, with the stipulation of article 1156/6 (and 1172/6) of Turkish Commercial Code on the continuously running of demurrage might be interpreted as a divergence from the principle of the field of activity. In other words, in the light of the actual stipulation of article 1156/6 (and 1172/6) of Turkish Commercial Code, “*Once in demurrage always in demurrage*” principle should be accepted for Turkish maritime law as well.

### C. Maximum Length

Firstly it should be underlined that under the provisions of the Turkish Commercial Code, the parties are not obliged to agree on the maximum length of the demurrage.

In the light of the principle of the field of activity, the maximum length of demurrage, if not determined in the charterparty, is regulated under the provisions of Turkish Commercial Code.

Correspondingly, if the parties have agreed on the length of the demurrage, the parties should have to wait till the end of this agreed period of time.

Accordingly, the second paragraph of article 1154 (and 1170/2 for discharging) of the Turkish Commercial Code states that the maximum length of demurrage, if not agreed in the charterparty, would be ten days<sup>46</sup>.

Furthermore, the last paragraph of the above mentioned article(s) stipulate(s) that the demurrage would start to run instantly after the termination of laytime without any further notification<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> For further detail please see ÜLGENER F, Çarter, pp. 426 – 428.

<sup>46</sup> This is a new stipulation. The argument of the article stipulates that the amendment of the article was accomplished in accordance with the German Commercial Code. Therefore, according to the argument, 14 days, as stipulated in German Commercial Code, was considered too long. Thus it was agreed to fix the maximum length of demurrage as 10 days. It should be underlined here that according to the second paragraph of article 1031 and 1053 of the ex-Turkish Commercial Code, the maximum length of demurrage, if not agreed in the charterparty, should be not more than the half time of the laytime.

<sup>47</sup> This is a new stipulation as well. Ex- Turkish Commercial Code made a distinction on the commencement of the demurrage according to the fixed and unfixed laytime. For further detail please see article 1032 of the ex-Turkish Commercial Code.

Lastly it should be mentioned that the demurrage would be suspended unless the loading or discharging activities should be stopped due to a reason caused by the fault of the shipowner according to the last paragraph of article 1156 (and 1172 for discharging).

## V. Wipon/Wibon and Demurrage

The application of the above explained rules may be differentiated in case of the specification of the loading/discharging port/berth in the charterparty and the acceptance of the vessel as arrived ship without the arrival to the specified port/berth.

That is why, under this chapter after the general explanation of the demurrage under WIPON/WIBON clause; the maximum length of demurrage under WIPON/WIBON clause in Turkish and English law would be examined. As the last paragraph, the possibility to apply the English law rule of maximum length causing the breach of contract to Turkish law would be discussed.

### A. Demurrage Under Wipon/Wibon

As explained under the first paragraph, two important charterparty clauses were foreseen for harmonizing English law and Continental law.

Accordingly, WIPON/WIBON clause regulates the starting moment of the laytime and demurrage. More specifically under a voyage charterparty containing WIPON/WIBON clause, the laytime would start to run even the ship may not arrive to the specified port or berth because of the congestion<sup>48</sup>.

Under a charterparty containing WIPON/WIBON clause, if the laytime is terminated before the arrival of the ship to the specified port/berth due to congestion, the demurrage would start to run. In other words, unless otherwise agreed by the parties, the existence of WIPON/WIBON clause would not constitute a reason to make an exception to the general rule on the commencement of the demurrage.

### B. Maximum Length of Demurrage Under Wipon/Wibon

#### i. Turkish Law

As explained under the paragraph above<sup>49</sup> Turkish Commercial Code stipulates under its articles 1154/2 and 1172/2 that the maximum length of demurrage would be ten days unless otherwise agreed by the parties.

<sup>48</sup> For further detail please see above Paragraph II/C.

<sup>49</sup> Please see above Paragraph IV/C.

There exists any clear provision that may cause to break the general rule of maximum length of 10 days under WIPON/WIBON containing charterparty.

The question that may arise here is if the shipowner should continue to wait these 10 days in case of the non-commencement of the loading/discharging till the end of the laytimes under WIPON/WIBON clause containing charterparty. More specifically, in case of the existence of a voyage charterparty containing WIPON/WIBON clause, even the ship may not enter to the specified port/berth till the end of the laytimes; does the shipowner should wait until the termination of 10 days?

The provision of articles 1154/2 and 1172/2 is clear and mandatory unless otherwise agreed by the parties. In the light of above mentioned articles the shipowner should wait until the end of 10 days; even the ship may not enter to the specified port/berth under the WIPON/WIBON clause containing voyage charterparty till the end of laytimes

Lastly, it should be mentioned here that applying English law maximum length causing breach of contract rule by analogy to Turkish law under specific circumstances might be possible by accepting the duty of charterer to load/discharge in a reasonable time as a condition<sup>50</sup>.

## **ii. English Law**

Under the normal circumstances, the general rule of maximum length of demurrage that may repudiate or frustrate the contract rule should continue to be applied for English law even the existence of the WIPON/WIBON clause in the charterparty<sup>51</sup>.

Therefore, the question that may rise here is the maximum length of demurrage in case of the termination of the laytimes by waiting the turn for port/berth. More specifically if the laytimes are terminated by waiting the turn of the ship for the specified port/berth with WIPON/WIBON clause and under the existent circumstances it is obvious that the ship would continue to wait for quite more times, may the shipowner, despite the existence of demurrage stipulations without the fixation of the length, leave the specified port/berth shortly after the termination of laytimes on the basis of the frustration or repudiation of the contract? In other words, it should be asked that if the explained circumstances (exceeding of reasonable time) may give the shipowner the right to terminate the contract by changing the nature of demurrage from warranty to condition.

---

<sup>50</sup> For further detail and discussion please see hereunder Paragraph V/C.

<sup>51</sup> For further detail on the maximum length of demurrage under English law please see above Paragraph III/C.

The response of this question would depend on which stage the exceeding of reasonable time has arise. More precisely, in case of the loading, if the shipowner may not arrive to the specified port/berth where the charterer insists on<sup>52</sup>; the right to terminate the contract should be recognize for shipowner because he performed his duty to arrive to the specified place to the charterparty but due to the congestion he may not anchor to the specified port/berth that the risk is undertaken by the charterer by including WIPON/WIBON clause to the voyage charter.

In the discharging, if the shipowner may not anchor to the specified port/berth, the right to terminate the contract may not be used by the shipowner because he needs to discharge the shipment for successive loading operations as the capacity of the vessel is limited. In other words, if such incident arrives during the discharging operations, the possibility of shipowner to terminate the charterparty may be accepted. Therefore, the shipowner would not be willing to terminate the contract as he needs to discharge the shipment. More specifically, the arrival of such incident during the discharging operations does not change the approach to accept the nature of demurrage as condition. Therefore, the insistence of the continuation of the execution of the contract duties by the shipowner may constitute the affirmation of the contract<sup>53</sup> and the charterparty would continue to exist.

### **C. Possibility To Apply Length Causing Breach Of Contract Rule Under Turkish Law**

As explained in the paragraphs above<sup>54</sup>, Turkish Commercial Code has express provision on the maximum length of demurrage as ten days.

The question that may rise here is the existence of the possibility of applying English law maximum length condition to Turkish law and exonerate the shipowner from his duty to wait at least ten days unless otherwise agreed. In other words, in case of the existence of a voyage charterparty containing WIPON/WIBON clause, even the ship may not enter to the specified port/berth till the end of the laytimes and under the existent circumstances it is obvious that the ship would continue to wait for quite more times, does the shipowner should wait until the termination of 10 days or may the shipowner leave the specified port/berth shortly after the termination of laytimes on the basis of English law principle of the frustration or repudiation of the contract?

<sup>52</sup> The lack of the charterer to specify a new port/berth may also be interpreted as his persistence.

<sup>53</sup> For further detail on the affirmation of the contract please see SAMUEL G, pp. 349 – 350; WILSON J, p. 352

<sup>54</sup> Please see above Paragraph IV/C and V/B/i.



According to article 1159, if the loading is not started till the end of the agreed laytimes and demurrage, the shipowner may terminate the contract or may continue to wait. Accordingly, in case of the termination of the contract, regarding to claim the loss of profit (earnings) and other expenses, the shipowner, after the end of the bounding laytime (and demurrage if agreed), should inform the charterer in written. Correspondingly, under such circumstances, in case of the indetermination of the demurrage length in the charterparty does the shipowner should continue to wait ten more days as stipulated in article 1154/2 and 1170/2 of Turkish Commercial Code?

Under Turkish law, it should be accepted that in case of the existence of the WIPON/WIBON clauses in the charterparty, the charterer undertakes to terminate the loading in the shortest reasonable time. Furthermore, in accordance with the field of activity principle accepted by Turkish maritime law, the existence of the WIPON/WIBON clause in the voyage charter confers the liability of the congestion of the specified port/berth to the charterer. In the light of these explanations it might be possible to consider that the termination of the loading in the shortest possible time constitutes the substantial condition of such WIPON/WIBON clause containing charterparty<sup>55</sup>. Accordingly, under such circumstances, the shipowner should, at first ask to the charterer to specify another port/berth and in case of the insistence of the charterer to the specified port/berth, he may, without waiting till the end of the ten days demurrage time, terminate the contract. In other words, in case of the existence of a WIPON/WIBON containing voyage charter, if the loading is not started till the end of the laytimes and it was obvious from the circumstances that waiting ten more days as legal demurrage time is useless, the shipowner, without waiting till the end of the demurrage, may terminate the charterparty in accordance with article 1159 of Turkish Commercial Code.

Another question might be that if the parties have agreed on a maximum length of demurrage in the voyage charter; under the above mentioned circumstances, does the shipowner should still wait till the end of the agreed demurrage length? Under such circumstances, the general principle of precedence of charterparty stipulations should continue. In other words, if the charterparty has stipulations over the maximum length of demurrage, the shipowner, even it is obvious that he may not start to load till the end of this period of time, should wait till the end<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Under Turkish law of obligations, the conditions of a contract may be distinguished as substantial and secondary conditions. The substantial conditions are such kind of conditions that the non-existence of them would frustrate the intent of one of the parties (or may be both of them) to conclude the contract. For further detail please see ANTALYA G, pp. 164 – 166; HATEMİ H, GÖKYAYLA E, pp. 29 – 31; KILIÇOĞLU A, pp. 188 – 189; OĞUZMAN K, ÖZ T, Vol: 1, pp. 101 – 107; REİSOĞLU S, pp. 120 – 122.

<sup>56</sup> More explicitly, in the operation of a vessel, a detailed scheduled should be made regarding

The discharging is regulated under article 1174 of the Turkish Commercial Code. Accordingly, if the discharging is not terminated till the end of the agreed laytimes (and demurrage if agreed), the shipowner, in accordance with article 107 and 108 of the Turkish Code of Obligations, may consign the shipment (or the rest of it) to a warehouse or if the consignment is not possible<sup>57</sup> he may, with the decision of the judge, sell the shipment by auction<sup>58</sup>.

Therefore, regarding to consign or to sell the shipment by public auction, firstly the vessel needs to anchor to the port/berth. Under the above mentioned circumstances, the impossibility to the arrival to the specified port/berth due to the congestion prevents the discharging. Accordingly, the above mentioned articles on the consignment or selling by public auction may be applied by analogy.

More specifically, under the above mentioned circumstances, if the vessel may not arrive to the specified port/berth due to the congestion till the end of the laytimes for discharging, the shipowner should ask to the charterer to specify another port/berth. In case of the insistence of the charterer to the specified port/berth, the shipowner, in accordance with the stipulation of the above mentioned articles, may consign the shipment to a warehouse situated in the nearest port/berth of the charterparty's specified port/berth. In other words, under the above mentioned circumstances, in case of the insistence of the charterer on the specified port/berth; the shipowner may have the possibility to discharge and consign the shipment to a warehouse in the nearest port/berth or if the consignment if not possible, with the decision of the judge, he may sell the shipment by public auction in the nearest port/berth in accordance with the articles 1174 of Turkish Commercial Code and 107 – 108 of Turkish Code of Obligations.

Furthermore, under such circumstances, in the application of article 1174, as in article 1159 explained above under loading, the shipowner's possibility of consignment or selling by public auction would be possible unless an express stipulation of the length of the demurrage is foreseen in the charterparty. In other words,

---

to optimize the earnings. Therefore, in the schedule, the performance time of every charterparty should be foreseen in accordance with the stipulations of them. Accordingly, in case of a WIPON/WIBON containing charterparty stipulating a maximum length of demurrage, it might not be possible to consider that the schedule is made without paying attention to this stipulation of the length of demurrage.

<sup>57</sup> According to article 108 of the Turkish Code of Obligations, if the consignment to a warehouse is not suitable for the subject of the contract (i.e. the goods may be deformed) or if it is too expensive; the consignment would not be applied. For further detail please see HATEMİ H, GÖKYAYLA E, pp. 241; KILIÇOĞLU A, pp. 683 – 685; OĞUZMAN K, ÖZ T, Vol: 1, pp. 372 – 374; REİSOĞLU S, p. 341.

<sup>58</sup> For further detail on articles 107 and 108 of the Turkish Code of Obligations please see HATEMİ H, GÖKYAYLA E, pp. 241 – 242; KILIÇOĞLU A, pp. 680 – 685; OĞUZMAN K, ÖZ T, Vol: 1, pp. 370 – 374; REİSOĞLU S, pp. 339 – 341.

the application of article 1174 by analogy to the WIPON/WIBON clause containing charterparty under the above mentioned circumstances would be possible only if the length of demurrage is not fixed in the voyage charter.

Briefly, in case of the existence of a voyage charterparty containing WIPON/WIBON clause, during the loading if the ship may not enter to the specified port/berth till the end of the laytimes and under the existent circumstances it is obvious that the ship would continue to wait for quite more times, the shipowner might be released from his obligation to wait ten days of legal demurrage time and may terminate the contract. In the discharging, the shipowner should not terminate the contract however might discharge the shipment to a warehouse in the nearest port/berth and claim for detention for his further expenses.

Thus, under the existing legal provisions it might not be possible to apply English law breach of contract period of time rule to Turkish law as Turkish Commercial Code stipulates a maximum length of demurrage time. Therefore, similarly to English law, in the existence of WIPON/WIBON clause containing voyage charter, the shipowner might be released from his obligation of waiting ten days legal demurrage in loading.

## **VI. Conclusion**

The demurrage is the agreed rate to be paid to the shipowner in case of the exceeding of the laytimes during the loading and discharging operations.

Under a charterparty containing WIPON/WIBON clause, the demurrage may start to run after the termination of the laytimes even the vessel may not arrive to the specified port/berth due to congestion.

The maximum length of demurrage might be agreed in the charterparty. Turkish and English law has different solutions in case of the indetermination of the length of the demurrage in the voyage charter. According to English law, if the length of demurrage is not fixed, the shipowner should wait for a reasonable period of time concretized as the period of time that may cause the repudiation or frustration of the contract. Under Turkish law, Turkish Commercial Code foresees a maximum length of ten days in case of the indetermination.

The maximum length might be important to discuss under some specific circumstances in case of the existence of a voyage charterparty containing WIPON/WIBON clause and the possibility to apply English legal system's rule of maximum length causing the breach of contract by frustration or repudiation to Turkish system.

Correspondingly, during the loading if the ship may not enter to the specified port/berth in accordance with the WIPON/WIBON clause till the end of the lay-

times and under the existent circumstances waiting ten more days according to Turkish law would be useless, according to the application of article 1154 of the Turkish Commercial Code by analogy, the shipowner might be released from his obligation to wait ten days of legal demurrage time and may terminate the contract.

Under Turkish law, the possibility to terminate the contract might not be possible during the discharging. In the discharging, by the application by analogy of the article 1174 of Turkish Commercial Code, the shipowner might discharge the shipment to a warehouse in the nearest port/berth and claim for detention for his further expenses.

Accordingly, under the existing legal provisions it might not be possible to apply English law's maximum length causing breach of contract rule to all sorts of circumstances in Turkish law as Turkish Commercial Code stipulates a maximum length of demurrage time. Therefore, similarly to English law, in the existence of WIPON/WIBON clause containing voyage charter, the shipowner might be released from his obligation of waiting ten days legal demurrage in loading under some specific circumstances.

## REFERENCES

- AKINCI S, *Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları; No: 1314; 1968)
- ANTALYA G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Beta Yayınları; 2013; 2nd Edition)
- ARKAN S, *Ticari İşletme Hukuku*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü; 2011; 15th Edition)
- ASLAN İ. Y, *Ticaret Hukuku Dersleri*, (Ekin Basım Yayın Dağıtım; 2012; 6th Edition)
- ASPRAGKATHOU D, *Review of the GENCON Charter Clauses For the Commencement of Laytime: Analysis of the "Time Lost In Waiting For A Berth To Count As Lay Time Or Time On Demurrage"*, (Journal of Maritime Law and Commerce; 2007; Vol: 38; No: 4)
- ATAMER K, "Whether in berth or not" Klotunun Uygulama Alanı ve Davada İleri Sürülmesi – Aynı Zamanda "Charterparty Laytime Definitions" ve İngiliz Hukukunun Sürastaryaya İlişkin Sorunlardaki Zorunlu Yol Göstericilikleri Üstüne - , (İstanbul Barosu Dergisi; 1991)
- BAUGHEN S, *Shipping Law*, (Routledge-Cavendish Edition; 2009; 4th Edition)
- ÇAĞA T, KENDER R, *Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Sözleşmesi*, (XII Levha Yayınları; 2010; 10th Edition) (ÇAĞA/KENDER)
- DAVİES D, *Commencement of Laytime*, LLP, 1987
- GILMORE G, BLACK JR C. L, *The Law of Admiralty*, (The Foundation Press; 1975)
- HATEMİ H, GÖKYAYLA E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (Vedat Kitapçılık; 2011)

- HARDY – IVAMY E. R, *Clauses and the Liability for Demurrage* (The Modern Law Review; Vol: 23; No: 4, 1960)
- HUGHES A.D, *Casebook on Carriage of Goods by Sea*, (Blackstone Press Limited; 2nd Edition; 1999)
- KARAHAN S, *Ticari İşletme Hukuku*, (Mimoza Yayınları; 2013; 25th Edition)
- KILIÇOĞLU A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Turhan Kitabevi; 2011; 18th Edition)
- LESNI C. I, *The Ship Owner's Obligation to Ensure Seaworthiness of the Ship – Implicit Obligation of the Ship Owner in the Charter Party*, (Contemporary Readings in Law and Social Justice; 2012; Vol: 4/1)
- OANA A, *Legal Provisions on Laytime and Demurrage in Charterparties*, (Constanta Maritime University Annals; Year XIII; Vol. 18), (OANA A, Laytime)
- OANA A, *Standard Clauses of Voyage Charter Shifting Risk of Delay and Readiness*, (Constanta Maritime University Annals; Year XIII; Vol. 18), (OANA A, Voyage Charter)
- OKAY S, *Deniz Ticareti Hukuku II, Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödüncü Mukaveleleri*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1683, 2nd Edition)
- OĞUZMAN K, ÖZ T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Vedat Kitapçılık, 2014; 11th Edition), Vol: 1 – 2
- POROY R, YASAMAN H, *Ticari İşletme Hukuku*, (Vedat Kitapçılık, 2010, 13th Edition)
- REİŞOĞLU S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Beta Yayınları; 2014; 25th Edition)
- SAMUEL G, *Law of Obligations and Legal Remedies*, (Cavendish Publishing Limited, 2nd Edition, 2001)
- SARAÇ Ş, *Deniz Ticaret Hukukunda Yükleme Hazırlığı, Yükleme, Yükleme Limanı, ve Yeri, Yüklemede Müddetler, Kırkambar Mukavelesinde Yüklemenin Hususiyetleri, Yükleme Masrafları*, (Ankara Barosu Dergisi; Vol: 25; No: 4; 1968)
- SHOENBAUM T, *Admiralty and Maritime Law*, (West Group Thomson Reuters; 5th Edition; 2012)
- SCHOFIELD J, *Laytime and Demurrage*, (LLP, Reprinted 5th Edition; 2008)
- SÖZER B, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (Vedat Kitapçılık; 2013)
- TETLEY W, *Marine Cargo Claims* (International Shipping Publications, 1988)
- TODD P, *Laytime, Demurrage and Implied Safety Obligations* (Journal of Business Law; Vol: 8; 2012; Westlaw – online)
- TREITEL G.H. “*Fundamental Breach*”, (The Modern Law Review; Vol: 29; No: 5, 1966)
- TÜYSÜZ M, *Deniz Ticaret Hukukunda Staryanın Başlaması*, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; 2012; Vol: XVI; No: 2), (TÜYSÜZ M, Starya)
- TÜYSÜZ M, *Deniz Ticareti Hukukunda Hazırlık İhbarı*, (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; 2010; Vol: XIV; No: 1 – 2), (TÜYSÜZ M, Hazırlık İhbarı)
- WILSON J, *Carriage of Goods by Sea*, (Pearson Education Limited; 7th Edition; 2010)

www.kazanci.com (online 03.03.2015)

ÜLGENER F, *Çarter Sözleşmeleri I Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmeleri* (Der Yayınları; 2000), (ÜLGENER F, Çarter)

ÜLGENER F, *Sürastarya Süresi ve Ücreti*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü; 1993), (ÜLGENER F, Sürastarya)

# ÖNCESİ ORMAN OLMAYAN ARAZİLERİN ORMAN (REJİMİ) DIŞINA ÇIKARILMASI SORUNU

(The Exclusion of Forest Lands That Weren't Forest  
Lands Before From The Forest Land Regime)

Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY

## ÖZET

Ormanların ülke menfaatleri açısından önemi yadsınamayacak kadar büyüktür. Maddi ve ekonomik yönden arzettiği önem kadar ormanların, iklim değişiklikleri, toprak varlığını korunması, sağlıklı hayat ve ekolojik açıdan önemi bulunduğu belirtilmektedir<sup>1</sup>. Bir diğer açıdan önemli husus, orman varlığının verimli şekilde işletilebilir olmasıdır. Mevcut orman varlığını olduğu gibi bırakmak, gerek ekonomik gerekse diğer açılardan istifadeye kapalı tutmak, arzu edilen bir durum değildir. Bu amaçla ormanların gerek kamunun gerekse diğer kişilerin kullanımına ve istifadesine açılması son derece önemlidir. Yaşayan bir varlık olarak nitelendirilebileceğimiz ormanlardan, bilim ve fennin kurallarına göre azami derecede istifade etmek, aynı zamanda sürdürülebilir bir orman varlığına da hizmet edecektir. Ne var ki, aşağıda açıklayacağımız üzere, zaman zaman bu ilkelerden ayrılmak suretiyle, temel hukuk kurallarına ve aynı zamanda bilim ve fennin gereklerine aykırı şekilde ormanların devlet tekeline alınarak, ormanlardan yararlanmanın aşırı derecede sınırlandırıldığını da görmekteyiz.

**Anahtar kelimeler:** orman arazisi, orman rejimi, orman işletmesi, devlet tekeli, mülkiyet hakkı

## *Abstract*

Forests have great importance for the state interests. They are highly substantial in material and economical aspects but they also matter for climate change, protection of the soil health, a healthy and ecological life. It is also fundamental that forest lands can be exploited efficiently. It is undesirable to leave forest lands as they are, not to exploit them economically or in other ways. With this design, it is important that forest lands are open to public use. The exploitation of forests to their highest limits according to scientific rules would also permit a sustainab-

---

<sup>1</sup> ÜNAL, Mehmet, Orman Hukuku, Ankara, 2010, s. 25-27.

le forest life. However, as explained below, we witness forest lands being in the government monopoly in defiance of law rules and requirements of science, the benefit from forest lands is extremely restricted. In this study we will examine lands that were not forest lands that are excluded from forest land regimen.

**Keywords:** forest land, forest land regimen, exploitation of forests, government monopoly, right of property

## I- Sorunun Ortaya Konulması

Ormanların ülke menfaatleri açısından önemi yadsınamayacak kadar büyüktür. Maddi ve ekonomik yönden arzettiği önem kadar ormanların, iklim değişiklikleri, toprak varlığını korunması, sağlıklı hayat ve ekolojik açıdan önemi bulunduğu belirtilmektedir<sup>2</sup>. Bir diğer açıdan önemli husus, orman varlığının verimli şekilde işletilebilir olmasıdır. Mevcut orman varlığını olduğu gibi bırakmak, gerek ekonomik gerekse diğer açılardan istifadeye kapalı tutmak, arzu edilen bir durum değildir. Bu amaçla ormanların gerek kamunun gerekse diğer kişilerin kullanımına ve istifadesine açılması son derece önemlidir. Yaşayan bir varlık olarak nitelendirebileceğimiz ormanlardan, bilim ve fennin kurallarına göre azami derecede istifade etmek, aynı zamanda sürdürülebilir bir orman varlığına da hizmet edecektir. Ne var ki, aşağıda açıklayacağımız üzere, zaman zaman bu ilkelere ayrılmak suretiyle, temel hukuk kurallarına ve aynı zamanda bilim ve fennin gereklerine aykırı şekilde ormanların devlet tekeline alınarak, ormanlardan yararlanmanın aşırı derecede sınırlandırıldığı da görmekteyiz.

Milli servetimiz olarak nitelendirilen orman ve orman arazilerinin kural olarak kamunun mülkiyetinde olduğu kabul edilmektedir. Bu tespitin bir neticesi olarak kural olarak özel mülkiyete konu edilemeyen orman arazilerinin zamanaşımı ile kazanılması mümkün olmadığı gibi, ihya yoluyla kazanılması da mümkün görülmektedir<sup>3</sup>.

Cumhuriyet döneminde orman arazileri hakkında ilk kanun 3116 sayılı Orman Kanunu<sup>4</sup> olmakla birlikte, halen yürürlükte olan 6831 sayılı Orman Kanunu da 1956 yılında kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir<sup>5</sup>. Bu kanunun çeşitli maddelerinde sonraki yıllarda yapılan değişiklikler de orman arazilerini ilgilendiren önemli hükümler içermektedir.

<sup>2</sup> ÜNAL, Mehmet, Orman Hukuku, Ankara, 2010, s. 25-27.

<sup>3</sup> BAŞPINAR, Veysel, Orman Sınırı Dışına Çıkarılan Yerlerin Hukuki Durumu, AÜHFD, C. 48, Y. 1999, S. 1-4, s. 188; TEZCAN, Durmuş, AİHM Kararları Işığında Orman Arazilerinin Bedelsiz Tapu İptal Kararlarının Mülkiyet Hakkını İhlal Sorunu, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/13-Durmuş-TEZCAN.pdf>

<sup>4</sup> (RG. 18.02.1937 Tarih ve S. 3537)

<sup>5</sup> (RG 08.09.1956 Tarih ve S. 9402)



Öncelikli olarak 1937 tarihli 3116 sayılı kanunun yanlış uygulanması ile de ortaya bir çok sorunun çıktığını vurgulamak gerekir. Bu kanuna göre oluşturulan Orman Kadastro Komisyonlarının, orman vasfını taşımayan arazileri, örneğin tarım arazileri ya da makilik arazileri orman arazisi sınırlarına dahil ederek, özel mülkiyete son verdikleri görülmüştür. Buna ilave olarak, günümüzde orman arazileri ile görülmekte olan davaları ilgilendiren en radikal düzenleme 3116 sayılı Orman Kanununun yürürlüğünü takip eden yıllarda, 1945 yılında kabul edilen 4785 sayılı kanunla yapılmış olup, bu kanunla, **özel mülkiyete konu olup olmadığına bakılmaksızın** bütün ormanlar devletleştirilmiştir<sup>6</sup>. Mülkiyet hakkının açık ihlali niteliğinde olan bu düzenleme ve uygulamaları, müteakip yıllarda çıkarılan yasal düzenlemeler takip etmiş, bu düzenlemeler ile de birbirine zıt hükümler getirilmiştir. Günümüz itibarıyla öncesi özel mülkiyete konu olan ve fakat sonrasında orman sınırlarına dahil edilmekle birlikte, sonradan orman sınırları dışına çıkarılarak hazine adına kayıt edilen araziler hakkında mülkiyet sorunları ve uyumsuzlukların devam ettiği söylenebilecektir. Son olarak öncesi orman olmakla birlikte, orman vasfını kaybeden arazilerin orman dışına çıkarılmasına ilişkin düzenlemeler de bir çok hukuki ihtilafı barındırmaktadır.

Bu çalışmamızda, orman arazileri hakkında mülkiyet haklarını tartışmalı hale getiren yasal düzenlemeler ve uygulamalar hakkında bilgi verdikten sonra, konuya ilişkin Yargıtay kararları, özellikle 1996 ve 2010 tarihli YİBGK kararları, son yıllarda konuyla ilgili olarak verilmiş olan AİHM. kararları ve nihai olarak da 2012 tarihli 6292 sayılı yasal düzenleme ışığında kanaatlerimizi ortaya koymaya çalışacağız.

## II- Orman Kavramı

Hukuki açıdan bir yerin orman olup olmadığı orman kanununa göre belirlenir<sup>7</sup>.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1. maddesinde orman şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır*”. Kanun, bu hükmün devamında nelerin veya nerelerin orman sayılmayacağını da ayrıntılı olarak belirtmektedir. Bu bağlamda, sazlıklar, step nebatlarıyla örtülü yerler, her çeşit dikenlikler, parklar, şehir mezarlıklarıyla kasaba ve köylerin hudutları içerisinde bulunan eski mezarlıklardaki ağaç ve ağaçlarla örtülü yerler, sahipli arazide bulunan ve civarındaki ormanlarda tabii olarak yetişmeyen ağaç ve ağaççık nevelerinin bulunduğu yerler, **orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleri ile özel mülkiyette bulunan ve tarım arazisi olarak kullanılan**, dağınık veya yer yer küme ve sıra halinde her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler, orman sınırları dışında olup, yüzöl-

<sup>6</sup> EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, Ankara, 2014, s. 353.

<sup>7</sup> BAŞPINAR, a.g.m., s. 190.

çümü üç hektarı aşmayan sahipli arazideki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler, orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleri ile özel mülkiyette bulunan ve muhitin hususiyetlerine göre yetişmiş veya yetiştirilecek olan.... fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri dahil olmak üzere her nevi meyveli ağaç ve ağaççıklar, sahipli arazideki aşılı ve aşısız zeytinliklerle, özel kanunu gereğince Devlet Ormanlarından tefrik edilmiş imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabancı zeytinlikler ile 9/7/1956 tarih ve 6777 sayılı Kanunla tasrih edilen yabancı ve aşılınmış fıstıklık, sakızlık ve harnupluklar, **funda ve makilerle örtülü orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerler**, orman sayılmamaktadır.

3116 sayılı Orman Kanunu ise ormanları, “*kendi kendine yetişmiş ve emekle yetiştirilmiş olup da her hangi bir çeşit orman hasılatı veren ağaç ve ağaççıkların toplu halleri*” olarak tanımlamış (md. 1) ve ormanları devlet ormanları, umuma mahsus ormanlar (köy, belediye ve idarei hususiyeler gibi hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar), vakıf ormanları ve hususi ormanlar olmak üzere dört başlık altında sınıflandırmıştır (md.3). Kanununun 5. maddesi ile de “*devlet ormanlarının ve bu ormanların içinde ve bitişiğinde otlak, yaylak, kışlak, sulak ve diğer ormanlar ve her nevi arazi ile sınırları tespit olunarak sınırlanması işinin*” komisyonlarca yapılacağını belirlenmesi ve komisyonlarda diğer uzman kişilere ilave olarak hukuk fakültelerinden mezun hukukçuların bulunması zorunluluğunun öngörülmüş olması Kanunun önemli bir özelliği olarak karşımıza çıkmakta idi. Son olarak, Kanunun, muvakkat 1. maddesi, “*Devlet ormanlarına bitişik olanlar; köylünün şahsi mülkiyetinde olup da sahaları miktarı elli hektarı geçmeyenler hariç olmak üzere miktarları ne olursa olsun; devlet ormanlarına bitişik olmayanlar, sahaları miktarı bin hektarı geçenler devletçe istimlak olunur*” hükmünü içermekteydi.

3116 sayılı Orman Kanunu'nun, kısmen mülkiyet hakkını koruyucu, kısmen de kamu yararı gerekçesi ile ormanların devletleştirilmesi düşüncesini barındırdığı söylenebilir. Zira, kanunun geçici 1. maddesinde de ifade edildiği üzere, özel mülkiyete konu olmakla birlikte belirli büyüklükleri aşan orman arazilerinin kamulaştırılması öngörülmektedir.

Mülga 3116 sayılı kanunun tanımı ile mukayese edildiğinde, 6831 sayılı kanunda verilen tanımda, ormanların “hasılat verme şartı”nın aranmadığı görülmektedir<sup>8</sup>.

Orman kavramı doktrinde ise hukuki açıdan şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Orman, kendi kendine veya emek sarfı ile yetişmiş olup da kanunda sayılan istisnalara girmeyen, boy verebilen, belli yapı ve yükseklikte, belli sıklık ve yoğunluktaki ağaç ve ağaççık toplulukları ile onların işgal ettikleri yerlerdir*”. Orman tanımında dikkat çeken

<sup>8</sup> KORKMAZ, Yakup, Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi, GÜHFD., C. XIV, Y. 2010, S.1, s. 103; ÜNAL, a.g.e., s. 39.

önemli bir husus, ormana vücut veren ağaç ve ağaççıklarla birlikte, onların üzerinde bulunduğu ve yeşerdiği yerlerin de orman kabul ediliyor olmasıdır. Orman tanımını arazileri de içine alacak şekilde genişletmenin veya bir diğer ifadeyle orman niteliğini kaybetmiş olsa bile o arazilerin orman kabul edilmesinin pratik faydası, bu yerlerin kazandırıcı zamanaşımı ya da imar ihya yoluyla mülkiyetinin kazanılmasının önüne geçilmek istenmesidir. Yani, söz konusu yerler, biyolojik olarak orman vasfını kaybetmelerine rağmen, hukuki olarak orman vasfını taşımaya devam edeceklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 10.03.1966 tarih ve 46-14 sayılı kararında<sup>9</sup> “*Yerler orman tarifi içine girmekle, ormanın ağaçlardan ayrı bir unsuru olmuş oluyor. Böyle olunca da ağaçlar herhangi bir nedenle yok olursa yerleri, ormanın bir unsuru olmak niteliğini yitirmez. Ormanın toprağı ve yeri olmakta devam eder*” ifadelerine yer vermiştir.

6831 sayılı Orman Kanunu’nda açıkça zikredildiği gibi, kanunun yürürlüğü öncesinde kabul edilen 1950 tarih ve 5653 sayılı “Orman Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddelerin Eklenmesine Dair Kanun” ile açıkça “maki cinsinden her türlü ağaççıklarla örtülü yerler” orman sayılmayan yerler olarak kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Orman dışına çıkarılan veya daha doğru bir ifade ile orman kabul edilmeyen makilik alanlar, Yargıtay’ın bir çok kararına ve bu arada iki defa da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu olmuştur. YHGK.’nun 02.10.1997 T., 7094 E., ve 8724 K. Sayılı kararında “.. (1996 tarihli) İçtihadı Birleştirme kararı ile maki tefrik komisyonlarının yaptıkları işlemler geçerli kabul edildiğinden, çekişmeli taşınmazın bulunduğu yerin makiye tefrik edilmek suretiyle orman tahdit sınırları dışına çıktığının kabulü gerekir. Bu gibi yerlerde ikinci bir orman sınırlaması yok hükmündedir”<sup>11</sup> ifadeleri yer almaktadır; Konu ile ilgili bir diğer karar olan 22.03.1996 tarih, 1993/5 E. ve 1996/1 karar sayılı YİBGK.’da ise “.. 5653 sayılı kanun, istisnalar dışında makiliklerin orman sayılmayan yer olduğunu kabul etmiştir..” ifadelerine yer verilmiştir. Ancak, YİBGK.’nun E. 2004/1, K. 2010/1, T. 30.4.2010 sayılı kararında ise, “maki tefrik komisyonlarının kararlarının orman dışına çıkarma sayılmayacağına” ve “...27.01.2009 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 5831 sayılı Yasanın 5. maddesi ile 6831 sayılı Orman Yasasına eklenen ek 10. madde hükmünün maki tespit komisyonlarınca 5653 sayılı Yasa uyarınca maki olarak tespit edilen yerlere de uygulanması gerektiğine...” denilmek suretiyle bu yerlerin kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılamayacağına karar verilmiştir ki, bu kararın sonuç ve gerekçesinin 2009 tarihinde yürürlüğe giren kanuna dayandırılmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira, kararın girişinde sorun tespit edilirken, 1950 ila 1956 yılları arasında maki tefrik komisyonlarınca yapılan tefrik işlemlerinin hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu belirtilmiş,

<sup>9</sup> RG. 01.06.1966, S. 12314.

<sup>10</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 42

<sup>11</sup> BAŞPINAR, a.g.m., s. 189, dn. 9’dan naklen

ancak, kural olarak geçmişe etkili olmaması gereken medeni hukuk kuralı, geçmişe teşmil edilmiştir. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan veya yapılacak tefrikler bakımından ise bir sorun bulunmamaktadır. YİBGK.'nın , E. 2004/1, K. 2010/1, T. 30.4.2010 sayılı kararının özet ve önemli bir kaç paragrafı şu ifadeleri içermektedir: “3116 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden 5653 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1950 yılına kadar makilikler orman sayılmış; 5653 sayılı Kanun ile birlikte bu yerler orman sayılmayan yer olarak tanımlanmış ve orman sınırları içinde kalan makilik alanlar maki tefrik komisyonlarınca ormandan tefrik edilerek, bir kısmı tevzi ve temlik edilerek tapuya bağlanmış; bir kısmı ise tapuya bağlanmamıştır.... **Tartışma konusu, 03.04.1950 tarihinde yürürlüğe giren 5653 sayılı Kanun ile 08.09.1956 tarihinde yürürlüğe giren 6831 sayılı Kanun arasındaki dönemde, makiliklerin orman sayılmaması nedeniyle yönetmelikle görevlendirilen maki tefrik komisyonlarınca maki tespit işlemine konu olan yerlerin hukuki durumudur....** Bu nedenle; 1974 yılından beri orman dışına çıkarılan bu alanlarda, çıkarma tarihinden itibaren Türk Medeni Kanunu'ndaki kazandırıcı zamanaşımı süreleri dolan yerler için mahkemelerce zilyedi adına tescile dair kararlar verilmektedir... Eldeki içtihadı birleştirme talebinin konusu ise; tapuya bağlanmamış yerlerle ilgili olup; öncesi orman niteliği ile Hazine adına tapuya tescil edilmesi gerekirken, bu tescil yapılmamış yerlerin tapusuz sayılıp sayılmayacağı, bunun sonucu olarak da imar-ihya ve zamanaşımı ile kazanılıp kazanılamayacağıdır.... 3116 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılıp kesinleşen ve tapuya tescil edilen orman kadastro (tahdit) sınırları içinde bulunan ve 1996/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul edilen konunun bu İçtihadı Birleştirmenin kapsamı dışında olduğuna, aynı yasa hükümlerine göre yapılıp kesinleşen, ancak tapuya tescil edilmeyen yerlerde 5653 sayılı Yasa ile değişik 3116 sayılı Yasa hükümlerine göre **maki komisyonlarının yaptığı işlemlerin bir tespit niteliği taşıdığına, teknik ve hukuki anlamda orman kadastro ( tahdit ) sınırı dışına çıkarma işlemi olmadığına,...**27.01.2009 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 5831 sayılı Yasanın 5. maddesi ile 6831 sayılı Orman Yasasına eklenen ek 10. madde hükmünün maki tespit komisyonlarınca 5653 sayılı Yasa uyarınca maki olarak tespit edilen yerlere de uygulanması gerektiğine ve bunun sonucu olarak bu yerlerin tespit tarihinden itibaren imar, ihya ve zilyetlik yoluyla kazanılmasına olanak bulunmadığına”... 30.04.2010 tarihinde yapılan ilk toplantıda oybirliği ile karar verildi.”; Aynı yönde Y. 20. HD., E. 2009/129, K. 2009/772 1 T. 7.5.2009. sayılı kararın sonuç kısmında, “...orman sınırları dışına çıkarılan yerler, çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten itibaren kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemeyeceğine, yasa hükmü “orman sınırları dışına çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten itibaren” demek suretiyle, orman dışına çıkarma tarihine kadar geriye yürütüldüğüne göre...” ifadelerine yer verilerek, kanunun geriye yürütüleceği görüşü kabul edilmiştir. Bu konu dahilinde şunu belirtmek gerekir ki, 2010 tarihli YİBGK'nın sonuç kısmında atıf yapılan 6831 sayılı Orman Kanunu'na Ek 10. madde hükmü getiren 5831 sayılı Kanunun (RG. 27.01.2009, S. 27123)

5. maddesinde, sadece kanunun 2/B maddesi hükmü gereği orman dışına çıkarılan arazilerin kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılamayacağı belirtilmesine karşılık, bu hükmün 1950 tarihli 5653 sayılı kanun gereği makilik alan olarak tespit edilen yerlere de uygulanması gerektiği yönündeki görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Diğer taraftan orman vasfı taşımayan ve toprak muhafaza niteliği taşımayan makilik alanların Orman Kanunu'nun 2/B maddesinin uygulama alanı değil, 1/J maddesinin uygulama alanı olduğu hususunu vurgulamak gerekir.

### III- Orman Yasalarının Kronolojisi

Ülkemizde bulunan ormanlarla ilgili olarak ikisi Cumhuriyetin ilanından önce, ikisi de Cumhuriyetin ilanından sonra olmak üzere dört temel düzenlemenin yapıldığını görmekteyiz.

İlk düzenleme 13 Ocak 1870 tarihli Orman Nizamnamesi<sup>12</sup>; ikinci düzenleme, 5 Nisan 1917 tarihli "Ormanların Usul-ü İdare-i Fenniyeleri Hakkında Kanun", üçüncü düzenleme 1937 tarihli 3116 sayılı Orman Kanunu ve dördüncü düzenleme ise 1956 tarihli ve halen yürürlükte bulunan 6831 sayılı Orman Kanunu'dur.

#### A- Cumhuriyetin ilanından önceki düzenlemeler

1870 tarihli Orman Nizamnamesi'nin, Fransız Orman Kanunu esas alınarak hazırlandığı ifade edilmektedir. Nizamnamenin hazırlanması sürecinde, Fransız uzmanlardan yararlanılmış<sup>13</sup>, pilot çalışma bölgesi olarak İskenderun'dan Kuşadası'na kadar olan bölge ile Varna bölgesindeki ormanlar seçilmiş ve bu yararlanılan kişiler 1861 tarihinde 68 maddeden oluşan layiha hazırlamışlardır ki bu layiha aynı zamanda orman nizamnamesinin de temelini oluşturmuştur<sup>14</sup>. Bu Nizamname'nin söz konusu yıllarda Orman Mektebi'nin kurulmasını öngörmesi, önemli bir yenilik olarak değerlendirilmektedir. Resmi ilan tarihi 13 Ocak 1870 olan bu hukuki metnin, görüldüğü üzere dönemin dinamikleri ve Batı etkisi ile hazırlandığı söylenebilir. Ne var

<sup>12</sup> Bu nizamnamenin hazırlanmasına sebep teşkil ettiği söylenen 1858 tarihli Arazi Kanunnamesinin, bir kısım ormanları Cibali Mübaha (istifadesi mübah olan ormanlar) kabul eden 104. maddesindeki düzenlemeyi zikretmek gerekir. Bu konuda Mecelle'de de hüküm mevcut olduğu görülmektedir: "Cibali mübahada yani kimsenin mülkiyetine geçmemiş dağlarda kendiliğinden yetişen (hüdayi nabit) ağaçlar mübahdır." (Mecelle, md. 1243); "Cibali mübahada kendiliğinden yetişen (hüdayi nabit) ağaçları kim olursa olsun kesebilir ve toplamakla onlara malik olur. Bağlamak şartı değildir." (Mecelle, md. 1253); Ayrıntılı bilgi için bkz. BİRBEN, Üstüner, Cibali Mübahaa, II. Ormancılıkta Sosyo Ekonomik Sorunlar Kongresi, 19-21 Şubat 2009, Isparta, s. 395 vd.

<sup>13</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 32; CİN, bu uzmanlar arasında İngiltere'den gelenlerin de bulunduğunu belirtmektedir. Cin, Halil, Tanzimattan Sonra Türkiye'de Ormanların Hukuki Durumu, AÜHFD., Y. 1978, s. 314.

<sup>14</sup> KOÇ, Bekir, 1870 Orman Nizamnamesi'nin Osmanlı Ormancılığına Katkısı Üzerine Bazı Notlar, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2235/2912.pdf?show>

ki, davet edilen yabancı ormancuların hazırlamış oldukları rapor, plan ve programlar doğrultusunda Fransızlara önemli imtiyazlar verilmiş ve sahil şeritlerinde bulunan önemli miktarda ormanlar kesilip satılmıştır. Buna ilave olarak Haydarpaşa Bağdat demiryolu ihalesini alan Almanlar da önemli miktarda orman varlığının yok olmasına sebebiyet vermişlerdir<sup>15</sup>.

Orman Nizamnamesinin en önemli özelliklerinden bir tanesinin de, ormanların kamu malı olduğu ve devlet eliyle korunması gerektiği düşüncesini yansıttığıdır. Zira, önceki dönemde özellikle Cibal-i Mübaha olarak kabul edilen yerlerde yapıldığı iddia edilen orman tahribatından sonra, bunun önüne geçilmesinin, ormandan yararlandırmanın ancak bir takım kayıtlara tabi tutmakla mümkün olması gerektiği yönündeki düşünce gelişmiştir. Nitekim, Nizamname ile Cibal-i Mübaha, miri orman sınıfına dahil edilmiş<sup>16</sup>, buna karşılık Nizamnamenin 5. maddesi ile de köylülere ormandan bedelsiz olarak odun ve kereste temin etme yetkisi tanınmış, küçük bir ücret karşılığında da ticari olarak istifadeleri mümkün kılınmıştır<sup>17</sup>.

Balkan Savaşları, I. Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı yıllarında ormancılık doğal olarak önceliğini ve önemini yitirmiş, Cumhuriyet'in ilanından sonra Nizamname'nin eksikliklerini tamamlamak ve daha kapsamlı bir kanun çıkarma çabalarına girişilmiştir. Bu dönemin en bariz özelliği ise Nizamname ile temel ve çatısı kurulan ormancılığın daha bilinçli ve teknik yöntemlerle idaresine giden sürecin başlatılmış olmasıdır. 13 Nisan 1870 tarihinde yürürlüğe giren Orman Nizamnamesi bu planlı dönem çalışmalarından sonra 19 Şubat 1937 yılında yürürlükten kaldırılmıştır<sup>18</sup>.

5 Nisan 1917 tarihli "Ormanların Usul-ü İdare-i Fenniyeleri Hakkında Kanun", esas itibarıyla ormanların ihale edilmek suretiyle işletilmesini konu edinmektedir. Bu kanunun müzakereleri esnasındaki beyanlar, I. Dünya Savaşı esnası ve sonrasında baş gösterecek olan orman ürünleri ihtiyacının karşılanmasına hazırlıklı olunması ve bu suretle gelir elde edilmesinin amaçlandığı görülmektedir<sup>19</sup>.

1921 anayasasında ormancılıkla ilgili bir hüküm bulunmadığı görülmektedir<sup>20</sup>.

## **B- Cumhuriyetin ilanından sonraki yasal düzenlemeler ve diğer gelişmeler**

### **1. 1937 tarihli 3115 sayılı Kanun:**

Cumhuriyetin ilanından sonra ormanlarla ilgili olarak yapılan ilk düzenleme,

<sup>15</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 35.

<sup>16</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 35.

<sup>17</sup> CİN, a.g.m., s. 317.

<sup>18</sup> KOÇ, a.g.m., s. 236.

<sup>19</sup> Meclis-i Ayan Zabıt Ceridesi, 31 Mart 1917, D.3, C. 2, s. 529 vd.

<sup>20</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 104.

05.02.1937 tarih ve 3115 sayılı kanun ile 1924 Anayasasında yapılan değişiklik ile giren düzenleme olmuştur. Anayasanın 74/2. maddesi “*çiftiği toprak sahibi yapmak ve ormanları devlet tarafından idare etmek için istimlak olunacak arazi ve ormanların istimlak bedelleri ve bu bedellerin tediyesi sureti, mahsus kanunlarla tayin olunur*” hükmü getirilmiştir.

## 2. 1937 tarihli 3116 sayılı Kanun:

1937 yılında 3116 sayılı Orman Kanunu kabul edilmiştir<sup>21</sup>.

## 3. 1945 tarihli 4785 sayılı Kanun:

Ormanlar hakkında en radikal düzenleme, 1945 yılında kabul edilen 4785 sayılı kanundur. Çünkü söz konusu kanunla, özel mülkiyet konusu olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün ormanlar devletleştirilmiştir<sup>22</sup>. Kanunun 1. maddesi, “*Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte<sup>23</sup> var olan gerçek veya tüzel kişilere, vakıflara ve köy, belediye, özel idare kamu tüzel kişiliklerine ilişkin bütün ormanlar bu kanun gereğince devletleştirilmiştir. Bu ormanlar hiç bir işlem ve bildirimle lüzum olmaksızın devlete geçer*” hükmünü içermektedir. Kanunun 2. maddesi ile kapsamı çok daraltılarak belirlenen istisnalar, hükmün dışında bırakılmıştır. Bu düzenleme, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Çünkü bu düzenlemenin ve içinde barındırdığı düşünce tarzının bir neticesi olarak, ülkemiz ormanlarının %99,9’u devlete ait bulunmaktadır. Ülkemiz bu görünümü ile eski SSCB’ni bile geride bırakmıştır. Çünkü bu ülkede dahi ormanların %94,7’si devlete ait bulunmakta idi. Almanya’da ormanların %34’ü, Fransa’da %28’i, İspanya’da %39’u ve son olarak ABD’de %29’u devlete ait olup, kalan kısmı özel mülkiyete konudur<sup>24</sup>.

## 4. 1950 tarihli 5658 sayılı Kanun:

1945 tarihli 4785 sayılı kanun ile devletleştirilen ormanların bir kısmının, yine 1950 tarihli 5658 sayılı kanun ile maliklerine iade edilmesinin yolu açılmıştır<sup>25</sup>: “*9/7/1945 tarihli ve 4785 sayılı Kanunla devletleştirilmiş ormanlardan; Devlet ormanları içinde olmayan ve etrafı tarla, bağ, bahçe gibi kültür arazisi, özel orman, şehir, kasaba, köy merası ve Orman Kanununun birinci maddesine göre orman sayılmayan yerlerle çevrili olmak şartıyla Devlet ormanlarından tamamen ayrılmış bulunan köy, belediye tüzel kişiliklerine ve gerçek kişilere ait ormanlar; sahipleri veya mirasçıları istedikleri takdirde geri verilir...*”

<sup>21</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 105.

<sup>22</sup> EREN/BAŞPINAR, a.g.e., s. 353.

<sup>23</sup> Yayımlı tarihi, 13.07.1945. Düstur, Tertip 3, C. 26, s. 1314.

<sup>24</sup> EREN/BAŞPINAR, a.g.e., s. 353.

<sup>25</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 37; KORKMAZ, a.g.m. s. 108.

### 5. 1956 tarihli 6831 sayılı Kanun:

Nihayet, 1956 yılında, halen yürürlükte bulunan 6831 sayılı Orman Kanunu kabul edilmiş ve 3116 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun konumuz açısından en önemli hükmü, yine 2. maddesinde bulunmakta idi: “İklim, su ve toprak rejimine zarar vermeyen ve daha verimli kültür arazisi haline getirilmesi ziraat vekaletince uygun görülen ormanların, orman rejimi dışına çıkarılmasına ve orman meşhummuna dahil olduğu halde orman rejimine tabi tutulmasında fayda görülmeyen sahipli yerlerin serbest bırakılmasına veya gayeye uygun hususi bir idare ve kesin tarz tatbik edilmesine Ziraat Vekaletinin teklifi üzerine İcra Vekilleri Heyetince karar verilir.”

1960 ihtilalinden önce, Bakanlar Kurulu, Kanunun kendisine verdiği yetkileri kullanarak binlerce dekarlık alanın orman rejimi dışında bırakılmasına karar vermiş ise de daha sonra Tarım Bakanlığının yazısı üzerine 28.09.1960 tarihinde Bakanlar Kurulunca söz konusu kararların kaldırılması kararlaştırılmıştır. Bu tür olumsuzluklar sebebiyle Kanunun 2. Maddesi, Anayasa Mahkemesinin **10.03.1966 tarih** ve 1965/44 Esas, 1966/4 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinde ise “Kanunda yapılan düzenleme ile iklim, su ve toprak özelliklerine zarar vermeyen, Tarım Bakanlığınca verimli kültür arazisine dönüştürülmesi uygun bulunan; orman olarak kalmasında yarar görülmeyen, sahipli yerlerin orman sınırı dışına çıkarılması, orman sınırlarını daraltmaktadır” ifadeleri yer almaktadır.

### 6.1970 tarihli 1255 sayılı Kanun

1961 Anayasasının 131. maddesi, devlet ormancılığını esas almış ve devlet ormanlarının özel mülkiyete geçirilemeyeceğini esasını benimsemiştir. Aradan geçen zaman içinde ortaya çıkan sosyo-ekonomik gelişmeler, bu katı hükmün yumuşatılmasını zorunlu kılmış ve 131. maddede 1970 yılında 1255 sayılı kanunla yapılan değişiklikle belli şartlar altında devlet ormanlarının bu niteliğini kaybedebileceği kabul edilmiştir: “Anayasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvalık, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar bulunan topraklarla şehir, kasa-ba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında orman sınırlarında hiçbir daraltma yapılamaz” Buna göre, 1961 Anayasasının yürürlüğe girdiği, 15.10.1961 tarihinden önce, bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş, tarım ve hayvancılıkta kullanılan yerler ile toplu yerleşim alanları haline gelmiş yerlerin orman sınırları dışına çıkarılabileceği kabul edilmiştir<sup>26</sup>. Doktrinde ifade edildiği üzere, 1961 Anayasasının söz konusu hükmü, sorunları çözecek yerde, büsbütün karmaşık hale getirmiş ve orman köylülerinin çoğunu davalı duruma getirmiştir<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 105.

<sup>27</sup> BAŞPINAR, a.g.m., s. 195.



Müteakip yıllarda 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2. maddesinde yapılan bir takım değişikliklerle bu sorunlar giderilmeye çalışılmıştır.

### 7. 1973 tarihli 1744 sayılı Kanun

1961 Anayasasının 131. maddesini değiştiren 1970 tarihli ve 1255 sayılı yasayı müteakiben yapılan ilk düzenleme 20.06.1973 tarihli "6831 Sayılı Orman Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve bu Kanuna 3 Ek Madde ile bir Geçici Madde Eklenmesine Dair 1744 Sayılı Kanun"dur. Yasa ile "orman dışına çıkarma" kavramının ilk kez kullanıldığı görülmektedir<sup>28</sup>.

1744 sayılı kanun ile getirilen yeni düzenleme şu şekilde idi: "15.10.1961 gününden önce, bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş yerlerden; a) Su ve toprak rejimine zarar vermeyen, orman bütünlüğünü bozmayan, tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik, fındıklık, fıstıklık (antepfıstığı) gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar bulunan yerler ile otlak, kışlak, yaylak haline gelmiş yerler, b) Şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim sahaları orman sınırları dışına çıkarılır.... **Bu düzeltme sonucu orman sınırları dışına çıkarılacak yer, sınırlaması itirazsız kesinleşmiş tapulu arazi ise tekrar tapu sahipleri adına intikal eder**".

1744 sayılı kanunla, bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş yerlerin, orman sınırları dışına çıkarılacağı hususu hükme bağlanmış ve orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin kimin adına çıkarılacağı konusunda hüküm getirilmiştir. Söz konusu kanunlar orman dışına çıkarılan alanların kimin adına tescil edileceği ile ilgili hüküm getirilmediği yönündeki kanaat hatalıdır<sup>29</sup>.

### 8. 1982 Anayasası'nın 169 ve 170. maddeleri

Orman niteliğini kaybetmiş yerlerin orman sınırları dışına çıkarılması ile orman ve orman köylüsünün korunması 1982 Anayasasında geniş yer bulmuştur. Anayasasının 169. maddesinin 4. fıkrasında "Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz" hükmünün yer almasının yanında 170. maddede de "Ormanlar

<sup>28</sup> BAŞPINAR, a.g.m., s. 195; 6831 sayılı Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen 2. maddesinde "orman Rejimi dışına çıkarma" kavramı bulunmakta idi.

<sup>29</sup> Bkz. DURSUN, Mehmet, Orman Sınırı Dışına Çıkarılan Yerlerin Hukuki Durumu, Konya, 2010, s. 99.

*içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve bütünlüğünün korunması bakımlarından, ormanın gözetilmesi ve işletilmesinde Devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirlerle, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi; bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması; orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsisi kanunla düzenlenir.”* hükmüne açıkça yer verilmiştir. Bu düzenlemeler ile bilim ve fen bakımından orman niteliğini kaybetmiş arazilerin orman sınırı dışına çıkarılabileceği esası kabul ve tekrarlanmış olmaktadır.

### 9. 1983 tarihli 2896 sayılı Kanun

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 1744 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olan 2. maddesi, kabul tarihi 23.09.1983, yürürlük tarihi ise 01.01.1984 olan 2896 sayılı kanun ile değiştirilmiştir. Kanunun 2. fıkrasında “..Orman sınırları dışına çıkarılan yerler, **Devlet ormanı** ise hazine adına, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ise söz konusu müesseseler adına, hususi orman ise sahipleri adına tescil edilir.” hükmü yer almaktadır. Buna ilave olarak, kanunun 1. fıkrasında, orman niteliğini kaybetme bakımından esas alınan tarih, 31.12.1981 olarak ifade edilmiştir.

### 10. 1983 tarihli 2924 sayılı Kanun

2896 sayılı Kanunun kabul edilmesinin akabinde, ancak bu kanunun yürürlük tarihinden önce, 20.10.1983 tarihinde 2924 sayılı “Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Kanun” kabul edilmiştir. 2924 sayılı Kanun'un 3. maddesi, orman kadastro komisyonlarınca orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, Orman Bakanlığının talebi üzerine Hazine adına tescil edilmesini öngörmektedir<sup>30</sup>. Kanunun 3/3 fıkrası ise, “Orman sınırı dışına çıkarılan bu yerlerde hak iddia edenlerin açtıkları davalar sonunda gerçek ve tüzel kişilere ait olduğuna karar verilen taşınmaz mallar, genel hükümlere göre kamulaştırılır” hükmü mevcuttu. Kanunun 11. maddesi, orman dışına çıkarılan, ancak tarım alanı haline dönüştürülmüş yerlerin belirli usuller çerçevesinde satışı düzenlenmiş, söz konusu hüküm, 1991 yılında 3763 sayılı kanun ile revize edilmiştir.

### 11. 1986 tarihli 3302 sayılı Kanun

05.06.1986 kabul, 19.06.1986 yürürlük tarihli bu kanunun 2/B maddesi “31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak

<sup>30</sup> BAŞPINAR, a.g.m., s. 201.

kaybetmiş yerlerden; tarla, bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik, fındıklık, fıstıklık (antep fıstığı, çam fıstığı) gibi çeşitli tarım alanları veya otlak, kışlak, yaylak gibi hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler ile şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim alanları Orman sınırları dışına çıkartılır. **Orman sınırları dışına çıkartılan bu yerler Devlete ait ise Hazine adına, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ise bu müesseseler adına, hususi orman ise sahipleri adına orman sınırları dışına çıkartılır...**” hükmünü içermektedir.

Kanunun hükmü 2896 sayılı kanun hükmü ile mukayese edildiğinde, “devlet ormanı ise” ifadelerinin yerine daha kapsamlı olan “bu yerler” ifadesi getirilmek suretiyle, hazine adına tescil edilecek taşınmazlar daha geniş bir çerçevede ifade edilmiş olmaktadır.

## 12. 2009 tarihli 5831 sayılı Kanun

Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair 5831 sayılı Kanun, 3402 sayılı kanunun bazı maddelerinde değişiklik ve ekler öngörmüştür. Bu bağlamda 3402 sayılı Kadastro Kanunu’na eklenen 4. Madde ile “6831 sayılı Orman Kanununun 20/6/1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi ile 23/9/1983 tarihli ve 2896 sayılı, 5/6/1986 tarihli ve 3302 sayılı kanunlarla değişik 2 nci maddesinin (B) bendine göre orman kadastro komisyonlarınca **Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerler**, fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen askı ilanı hariç diğer ilanlar yapılmaksızın öncelikle kadastro **yapılarak Hazine adına tescil edilir.**” Hükmü getirilmiştir.

## 13. 2012 tarihli 6292 sayılı Kanun

Orman sınırları dışına çıkarılacak arazilerle ilgili son düzenleme olan 6292 sayılı “Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine adına Orman sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi ile Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun” önemli hükümler içermektedir:

### “2/A veya 2/B belirtmelerinin terkinin ve iade edilecek taşınmazlar

**MADDE 7 – (1)** İlgililer tarafından idareye başvurulması ve idarece bu başvuru üzerine veya resen yapılan inceleme ve araştırma sonucunda doğruluğu tespit edilmesi hâlinde;

a) **Tapu ve kadastro veya imar mevzuatına göre ilgilileri adına oluşturulan ve tapuda halen kişiler adına kayıtlı olan taşınmazlardan Hazine adına orman**

*sınırı dışına çıkarıldığı gerekçesiyle tapu kütüklerine 2/A veya 2/B belirtmesi bulunan veya konulan taşınmazların tapu kayıtları bedel alınmaksızın geçerli kabul edilir ve tapu kütüklerindeki 2/A veya 2/B belirtmeleri terkin edilerek tescilleri aynen devam eder, aynı gerekçeyle bu nitelikteki taşınmazlar hakkında dava açılmaz, açılan davalardan vazgeçilir, açılan davalar sonucunda tapularının iptaliyle Hazine adına tesciline karar verilen, kesinleşen ve tapuda henüz infaz edilmeyen taşınmazlar hakkında da aynı şekilde işlem yapılır. Ancak bu kararlardan infaz edilerek tapuda Hazine adına tescil edilen taşınmazlar ise, ilgilileri tarafından bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde idareye başvurulması hâlinde, bedelsiz olarak önceki kayıt maliklerine veya kanuni mirasçularına iade edilir.*

*b) Özel kanunları gereğince Devlet tarafından kişilere satılan, dağıtılan, trampa edilen, bedelli veya bedelsiz olarak devredilen veya iskânen verilen ya da özelleştirme suretiyle satılanlar ile hisseleri devredilen özel hukuk tüzel kişileri adına kayıtlı olan ancak daha sonra Hazine adına orman sınırı dışına çıkarıldığı gerekçesiyle tapu kütüklerine 2/A veya 2/B belirtmesi konulan taşınmazların tapu kayıtları geçerli kabul edilir, aynı gerekçeyle bu nitelikteki taşınmazlar hakkında dava açılmaz, açılan davalardan vazgeçilir, açılan davalar sonucunda Hazine adına tescil edilenler ise, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde ilgilileri tarafından idareye başvurulması hâlinde önceki maliklerine veya kanuni ya da akdî haleflerine bedelsiz olarak iade edilir. Ancak, bu kişilerden taşınmazlarına karşılık daha önce yer verilenlere veya bedeli ödenenlere iade işlemi yapılmaz.*

*c) Bu fıkra kapsamında kalan taşınmazların kullanıcılarının kayıt maliklerinden farklı kişiler olmaları ve kayıt maliklerinin bu fıkradan yararlanmak istemeleri hâlinde, kullanıcılar bu Kanunda belirtilen şartları taşınmazlar dahi doğrudan satış hakkından yararlanamazlar.*

*(2) Birinci fıkra kapsamında kalan taşınmazlardan orman sınırı dışına çıkartılacak yerlerde bulunan ve Hazine adına orman sınırı dışına çıkarıldığı gerekçesiyle tapu kütüklerine 2/B belirtmesi konulması gereken taşınmazların tapu kütüklerine 2/B belirtmesi konulmaz ve bunlar hakkında dava açılmaz.*

*(3) Birinci fıkra kapsamında kalan taşınmazlardan tapuda Hazine adına tescilli olan taşınmazlar hakkında aynı fıkroda belirtilen süre içerisinde idareye başvurmayan ilgililerin hakları bu süre sonunda sona erer, bu kişiler idareden başkaca talepte bulunamazlar, hak ve tazminat talep edemezler ve dava açamazlar. Bu taşınmazlardan Hazine adına tescilli olanlar idarece satış dâhil genel hükümlere göre değerlendirilir.*

*(4) Bu maddeye göre ilgililerine iade edilmesi gereken taşınmazlardan orman olduğu iddiasıyla Orman Genel Müdürlüğüne açılan davalar sonucunda orman niteliğiyle Hazine adına tescil edilen, fiilen orman niteliğinde olan veya bu nedenle dava açılması*

*gereken, ağaçlandırılmak üzere Orman Genel Müdürlüğüne tahsis edilen, kamu hizmetlerine ayrılan veya bu amaçla kullanılan, özel kanunlar gereğince değerlendirilmesi gereken veya Maliye Bakanlığınca belirlenen taşınmazlar ilgililerine iade edilmez. Bu taşınmazların yerine, idarece belirlenen ve ilgililerince itiraz ve dava konusu edilmeksizin kabul edilen rayiç bedelleri ödenebilir veya rayiç bedellerine uygun taşınmazlar verilebilir.”*

#### IV- Orman (Rejimi) Dışına Çıkarma

Orman Kanunu'nun 1. maddesinde tanımı yapılan ve “tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır”. Bu tanımın kapsamına giren bitki örtüsü, yerleriyle birlikte orman niteliğini kendiliğinden kazanır. Bunlara “gerçek orman” denmektedir. Buna karşılık, bazı hallerde yukarıda açıklanan anlamda bitki örtüsüne sahip olmamakla, dolayısıyla gerçek orman tanımına girmemekle birlikte, orman sayılan yerler bulunmaktadır. Bu yerler usulüne uygun biçimde orman sınırları dışına çıkarılmadıkça, bu niteliklerini, yani orman olma niteliklerini korurlar. Hatta, bitki örtüsü yanmış yerler hiç bir şekilde orman sınırı dışına çıkarılamaz. İşte bu tür orman sayılan yerlere “farazi orman” denmektedir<sup>31</sup>.

Doktrinde gerçek ormanların yanında farazi ormanların kabul edilmesi bazı görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Bazı yazarlar<sup>32</sup>, orman kavramının bir kanun hükmüyle belirlenmesinin mümkün olmadığını, bir yerin orman olup olmamasının bilim ve tekniğin çözeceği bir sorun olduğunu, bilim ve teknik açıdan orman niteliğini haiz olmayan yerlerin, kanunla orman yapılmasının mümkün olmadığını, böyle bir yerin kanunla ancak **farazi orman** kabul edilerek, orman rejimine tabi tutulabileceği görüşünü temsil etmektedirler ki, bizler de aynı kanaati paylaştığımızı belirtmek isteriz. Aksi takdirde, bugün yaşadığımız bir çok sorunun çözümlenmesi noktasında yanlış bir yaklaşımdan kurtulmamız zor görünmektedir. Öncelikli olarak, gerçek orman ve farazi orman kavramlarının benimsenmesi gerekir.

Mevcut haliyle, orman kabul edilen yerlerin, orman rejimi dışına çıkarılması-na uygulamada “orman dışına çıkarma” denilmektedir. Bununla, öncelikli olarak, orman vasfını yitirmiş olan yerlerin tekrar ülkeye ve ülke ekonomisine kazandırılması amaçlanmaktadır. Bu şekilde hukuken orman kabul edilen ancak, fiilen çeşitli sebeplerin etkisiyle orman niteliğini yitirmiş olan yerlerin ilk planda orman dışına çıkarılması, ikinci olarak da bireylerin istifadesine açılmasının amaçlandığı söylenebilecektir. Vakıa, bir yerdeki ormanların fiilen ortadan kalkması, kural olarak o yerle-

<sup>31</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 103.

<sup>32</sup> ULUKUT, Bülent, Orman Hukuku, II. Kitap, İstanbul, 1979, s. 26, ÜNAL, a.g.e., s. 104'den naklen.

rin orman olma vasfını değiştirmeyecektir. Ancak, bu kabulün ilelebet sürdürülmesi anlamlı olmayacaktır. Söz konusu kabulün, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan orman arazilerinin kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabının önüne geçmek için benimsendiği söylenebilecektir.

Orman vasfını fiilen yitirmiş yerlerin, bedeli karşılığında ya da bedelsiz olarak belirli kurallar dahilinde orman alanı veya orman rejimi dışına çıkarılmasında kamu yararının bulunduğu da söylenebilecektir. Örneğin, fiilen orman niteliğini kaybetmiş ve yıllarca tarım arazisi olarak kullanılan yerlerin, bedel karşılığında, zilyedine bırakılması toplumsal adaletin gerçekleşmesine katkı sağlayacağı gibi, haksız istifadenin de önüne geçmiş olacaktır.

Bu noktada iki ihtimal ile karşılaşmaktayız. İlk olarak, öncesi orman olan yerlerin orman dışına çıkarılması, ikinci olarak da öncesi orman olmadığı halde orman rejimine dahil edilen, orman sınırlarına dahil edilen yerlerin orman dışına çıkarılması. Öncesi orman olup da belirli kriterlere göre orman dışına çıkarılan yerler bakımından basit bir çözümün öngörüldüğünü görmekteyiz: Şayet, orman dışına çıkarılan alan, hazine adına orman dışına çıkarılıyorsa, belirli bir bedel karşılığında bu yerlerin kural olarak zilyedine bırakılması; orman dışına çıkarılan alanın öncesi özel mülkiyete konu ise hak sahiplerine bedelsiz olarak bırakılması.

Bu noktada orman dışına çıkarma kavramının üzerinde durulması gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimize göre, uygulamada orman dışına çıkarma kavramı özensiz kullanılmaktadır. Orman dışına çıkarılma kavramı, öncesi orman olan, ancak, *bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş* alanlar için kullanılması gereken bir kavramdır. Yargıtay'ın bir kararında vurguladığı gibi, **öncesi orman olmayan veyahut da öncesi orman olmakla birlikte, hazine adına kayıtlı olmayan, bilakis özel orman olan alanlarının, hazineye ait orman alanlarının dışına çıkarılması, teknik olarak orman sınırları dışına çıkarma işlemi sayılmamalıdır.** Y. 16. HD., E. 2001/627, K. 2001/1043, T. 20.3.2001: **“Orman dışına çıkarma işlemi öncesi orman olan ve orman niteliğini belirli tarihlere kadar yitiren taşınmazlara ilişkin özel bir işlemdir.** Öncesi orman olmayan ve orman sayılmayan yerler bakımından 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2/B maddesi gereğince yapılan orman dışına çıkarma işlemlerinin yasal dayanağından söz edilemez. Bu tür kararların kesinleşmesi de hukukca hiçbir sonuç doğurmaz.” (KİBB.) Örnek olarak, özel ormanların 1945 yılında devletleştirilmesini müteakip, devletleştirilen olanların eski maliklerine iadesi öngörülmüştür. Bu şekilde orman dışına çıkarılıp eski malikleri adına tescil edilen yerler hakkındaki işlem, teknik olarak orman sınırları dışına çıkarma işlemi değildir. Aynı şekilde makilik alanların orman sayılmaması kanun hükmü gereğidir. Maki tefrik komisyonlarının makilik alanları tespitine ilişkin kararları, teknik olarak orman sınırları dışına çıkarma değil, orman olmayan alanların tespiti olarak algılanmalıdır. Y. 1. HD., E. 2001/4412, K. 2001/4599, T. 16.4.2001: *“Öte*

*yandan orman olmayan bir yer hakkında orman dışına çıkarma işlemi yapılamıyacağı da kuşkusuzdur. Bu itibarla daha önce ilgili komisyonlarca makilik olarak belirlenen ve orman sayılmayan taşınmazlar için sonraki tarihlerde gerçekleştirilen orman dışarısına çıkarma işlemleri geçersiz olup, bunlara hukuki sonuç izafe edilemez” (KİBB.);*

Orman tanımına giren bir yerin orman sınırı dışına çıkartma yetkisi asıl orman kadastro komisyonlarına tanınmıştır (OK. m. 7; OK2UY., m. 6)<sup>33</sup>. Orman Kadastro Komisyonu, genel Müdürlükçe atanacak başkan, ormancı üye, ziraatçi üye ile mahalli ziraat odalarının bildirecek temsilci üye ve belde/mahalle/köy temsilcisi üye olmak üzere beş kişiden oluşur (OK2UY., m. 5). Orman kadastro komisyonlarının orman sınırı dışına çıkartma yetkisi, orman tanımına giren yerlerin arzettiği özellikler esas alınarak Orman Kanunu m. 2/A ve m. 2/B’de ayrı ayrı düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun 2/A maddesi, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında hiç bir yarar görülmeyen, buna karşılık tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu sabit olan yerlerde; 2/B maddesi ise evvelce orman olup da 31.12.1981 tarihinde önce bilim ve fen bakımından bu niteliğini kaybederek halk tarafından tarıma, hayvancılığa ve yerleşime elverişli hale getirilmiş yerlerle ilgili bulunmaktadır. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere 2/A maddesi, henüz işgal edilmemiş olan, ancak tarıma elverişli bulunan yerleri ormandan çıkarmayı; 2/B maddesi ise halen işgal edilmiş olup, kişiler tarafından üzerinde tarım, hayvancılık yapılan veya konut inşa edilmiş olan yerleri orman sınırı dışına çıkarmayı düzenlemektedir<sup>34</sup>.

6831 sayılı Kanunun 2/B maddesine göre orman sınırı dışına çıkarılan yerlerin tescilinde, çıkartma işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>35</sup>. Orman Kanunu’nun ilgili hükümlerinin çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramasına paralel olarak uygulama tüzük ve yönetmelikler yürürlüğe konulmuştur. Orman dışına çıkarma işlemlerinde, Orman Kanunu’na ilave olarak söz konusu tüzük ve yönetmeliklerin de dikkate alınması gerekir<sup>36</sup>.

Orman Kanunu, m. 2/A’ya dayanan orman sınırı dışına çıkarma işlemleri orman kadastro komisyonlarınınca yapılır. Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiç bir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde

<sup>33</sup> BAŞPINAR, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara, 2009, s. 358; SINMAZ, Burhan/ KARATAŞ, İzzet, Orman Kadastro, Ankara, 1995, s. 26.

<sup>34</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 111.

<sup>35</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 115.

<sup>36</sup> Tarihi sırasına göre, “Orman Dışına Çıkarılacak Yerler Hakkında Tüzük”; “Orman Kadastro Yönetmeliği”; “6831 sayılı Orman Kanunu’nun 2. Maddesinin (A) Fıkrasına Göre Orman Sınırı Dışına Çıkarılacak Yerler Hakkında Yönetmelik”; “6831 sayılı Orman Kanunu’na Göre Orman Kadastro ve aynı Kanunun 2/B Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik” mevcut idi. Şu an yürürlükte olan yönetmelik, ise 20.11.2012 tarihli ve 28473 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Orman Kadastro ve 2/B uygulama Yönetmeliği”dir (OK2UY.)

kesin yarar olduğu tespit edilen yerler, orman dışına çıkarıldıktan sonra devlet tarafından ihya edilerek, öncelikli olarak orman içi köylülere özgü olmak üzere köy halkının kısmen veya tamamen yerleştirilmesine ve tarım üretimi yapmalarına tahsis edilir. Ancak bu suretle orman dışına çıkarılacak yerlerin, nakledilecek köyler halkının topluca yerleştirilmesine ve geçimini karşılayacak oranda tarımsal üretim elde edilmelerine yetecek miktar ve genişlikte olması gerekir<sup>37</sup>.

Orman sınırı dışına çıkarma yetkisinin esas itibarıyla orman kadastr komisyonlarına ait olduğunu tekrar etmek gerekir. Bundan dolayı, orman kadastr komisyonunun tehdidinde başladığı bir yere tapu kadastr komisyonu giremez. Aksi takdirde yetki aşımı sayılır. O yüzden, tapulama komisyonunca orman olan bir yer için oluşturulan tapu kaydı geçerli olmaz. Bununla birlikte bazı istisnai hallerde bu yetki tapu kadastr komisyonlarına da tanınmıştır<sup>38</sup>.

3402 sayılı Kadastr Kanunu m. 4/3 : “Çalışma alanında orman bulunması ve 6831 sayılı Orman Kanununa göre orman kadastrasına başlanılmamış olması halinde, orman kadastrası ve bu ormanların içinde ve bitişiğinde her çeşit taşınmaz malların ormanlarla müşterek sınırlarının tayini ve tespiti kadastr ekibi tarafından yapılır. Ancak, bu çalışmalarda kadastr ekibine, Orman Genel Müdürlüğü taşra teşkilâtınca görevlendirilecek en az bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi ile tarım müdürlüklerince görevlendirilecek bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisinin bildirimden itibaren yedi gün içerisinde iştirak ettirilmesi zorunludur. Bu çalışmalarda muhtar ve bilirkişilerin katılmaması halinde çalışmalar re’sen devam ettirilir.”

Öncesi orman olsun ya da olmasın, özel mülkiyete konu taşınmazlar orman dışına çıkarıldığında, eski maliklerinin adına bedelsiz olarak tescil edilmeleri gerekir. “...Esasen bu araziler, orman sınırları dışına çıkarıldığında hazinenin değil, hukuk devleti ilkesi uyarınca eski sahiplerinin mülkiyetine dönmesi gerekirken, Yargıtay’ımızın tersine uygulaması sonucu, yine sanki öncesi de hazineninmiş gibi, hazinenin mülkiyetine geçmekte idi ve bu sebeple AİHM pek çok defa Türkiye’yi tazminata mahkum etmişti. 6292 sayılı Kanun, bir ölçüde bu tarihi haksızlığı telafi etmeye çalışmaktadır”<sup>39</sup>.

6292 sayılı Kanunun yürürlüğü öncesinde, AİHM.’nde Türkiye aleyhine açılan davalarda, bir çok tazminat kararının verildiğini ve uygulamalarla mülkiyet hakkının ihlal edildiğinin tespit edildiğini görmekteyiz. Farklı örneklerle ilişkin olması sebebiyle bu karar metinlerinin bir kısmının özetini vermeyi yararlı bulmaktayız:

1. “Başvuran, 19 Ekim 1979 tarihinde İskenderun’un Belen ilçesinde yüzölçümü 700 m<sup>2</sup> olan bir araziyi satın almıştır. Bu edinim aynı tarihte tapu siciline kaydedilmiştir. Kadastr idaresinin 1982 yılında yürüttüğü orman kadastr çalışmaları sırasında

<sup>37</sup> ÜNAL, a.g.e., s. 115.

<sup>38</sup> Bkz. ÜNAL, a.g.e., s. 118.

<sup>39</sup> ERTAŞ, Şeref, 2/B Yasası Kime Hangi Hakkı Kazandırıyor? İBD., 2012, C. 86, S.4, s. 22.



orman alanı içine alınmış ve devletleştirilmiştir. 1988 yılında, Orman Kadastro Komisyonu (« komisyon ») 1982 yılında yapılan çalışmadan bu yana orman vasfını kaybetmiş arazileri belirlemek üzere bir aplikasyon çalışması yapmıştır. Komisyon, 19 Nisan 1988 tarihinde yayınlanan raporunda, ihtilaflı arazinin orman vasfını muhafaza ettiğini ve kamuya ait orman alanı olduğunu açıklamıştır. Başvuran, 21 Eylül 1988 tarihinde İskenderun Kadastro Mahkemesi'nde (« kadastro mahkemesi ») ihtilaflı arazinin orman kadastro tespitine karşı dava açmış ve Komisyon'un 19 Nisan 1988 tarihli rapor sonuçlarına itiraz etmiştir. 28 Aralık 1990 tarihinde kadastro mahkemesi, başvuranın bu talebini olumlu karşılamış ve ihtilaflı arazinin ormanlık alan sınırlarının dışına çıkarılmasına hükmetmiştir. **Mahkeme bu kararını, özellikle söz konusu arazinin ormanla bağlantısı bulunmadığını, özel mülkiyet konumunda olduğunu, toprak ve bitki örtüsü bakımından ormanlık vasfını kaybettiğini ve yerleşim alanı içerisinde yer aldığını belirten bilirkişi raporlarına dayanarak vermiştir.** 29 Haziran 1992 tarihinde Yargıtay « taşınmazın bulunduğu yerde 1982 yılında sınırlandırma yapıp, taşınmazın tahdit içinde kaldığı, 1988 yılında ise 2/B uygulaması yapıldığı, buna rağmen dışarı çıkarılmadığı anlaşılmıştır. 4785 sayılı Yasa ile tüm ormanlar Devletleştirilmiş, tapu ve zilyetlik yoluyla ormandan yer kazandıran 3402 sayılı Yasanın 45. maddesinin ilgili fıkraları Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Bu yollarla ormandan toprak kazanılamayacağı gibi 6831 sayılı Yasa'nın değişik 2/B maddesine göre nitelik kaybı nedeniyle dışarı çıkarılan taşınmazların hazine adına çıkarılması zorunlu olup, gerçek kişilerin hukuki yararı ve aktif dava ehliyetinden söz edilemez.» gerekçeleri ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. 4 Aralık 1992 tarihinde kadastro mahkemesi, Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararındaki gerekçeleri aynen benimseyerek başvuranın taleplerini reddetmiştir. 28 Şubat 1994 tarihinde Yargıtay, temyiz edilen kararı onamıştır.

...Bu durumda AİHM, başvuranın mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin, 1 Nolu Ek Protokolün 1. maddesinin birinci bendinin ikinci cümlesi anlamında mülkiyetten «mahrum bırakma» kapsamında analiz edilmesi gerektiğini kaydetmektedir. Ulusal mahkemeler tarafından ileri sürülen gerekçeleri göz önünde bulunduran AİHM, başvuranın mülkünden mahrum bırakılmasına gerekçe olarak gösterilen tabiatın ve ormanların korunması amacınının 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin birinci bendinin ikinci cümlesi anlamında kamu yararı kapsamına girdiği kanaatini taşımaktadır. Bununla beraber AİHM, daha önce başvuranın şikâyetine benzer bir davaya baktığını ve bu davada 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlâl edildiğine hükmettiğini hatırlatmaktadır. AİHM bu hükmünde, mülkün değerine karşılık gelen makul bir meblağın ödenmemesi durumunda mülkten mahrum etmenin aşırı bir müdahale teşkil edeceğini ve hiçbir tazminat ödenmemesi durumunun ise 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi anlamında ancak istisnai koşullarda meşruiyet kazanabileceğini ifade etmiştir.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> ALİ TAŞ/ TÜRKİYE DAVASI, 10250/02, STRAZBURG, 22 EYLÜL 2009, İKİNCİ DAİRE, (KİBB.)

2. "1940 yılında, başvuru konusu arazinin bulunduğu bölgede yapılan kadastro çalışmaları sonrasında özel kişiler adına tapu senedi düzenlenmiştir. 1942 yılında, 3116 sayılı Orman Kanunu kapsamında ormanlık alanların sınırlandırılması ile ilgili yapılan çalışmalar sonucunda Adalar'da bulunan sözkonusu arazi (ada no 90, parsel no 1), orman alanı olarak vasıflandırılmıştır. 1951 yılında, bir maki alanlarını sınırlandırma komisyonu 5653 sayılı Kanun gereğince araziye maki olarak vasıflandırmıştır. 8 Kasım 1963 tarihinde, başvuran, arazinin (1 138 m2 yüzölçümüne sahip) beşte üçünü edinmiş ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nden bir tapu senedi almıştır. Dosyadaki unsurlardan anlaşıldığına göre, bu edinme sırasında tapu siciline herhangi bir şerh yazılmamıştır. 1989 yılında, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2/B maddesi uyarınca tapu siciline sözkonusu arazi için « Devlet Hazinesi yararına ormanlık alandan çıkarılmış arazi» şerhi konulmuştur. İtiraz olmaması üzerine, bu şerh ile ilgili tutanak kesinlik kazanmıştır. 13 Ekim 2003 tarihinde, başvuran yukarıda belirtilen şerhin kaldırılması talebiyle Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi önünde dava açmıştır. 10 Aralık 2003 tarihinde, asliye hukuk mahkemesi, sukutu hak gerekçesiyle başvuranın talebini reddetmiştir. Mahkeme, ilgili şahısın bu davayı kadastro çalışmaları ile ilgili tutanağın 1989 yılında kesinleşmesinden itibaren başlayan altı aylık bir süre içerisinde açması gerektiğini kaydetmiştir. 7 Şubat 2005 tarihinde, Yargıtay bu kararı onamıştır. Bununla birlikte, Yargıtay ilk derece mahkemesinin gerekçesini benimsememiştir. Sözkonusu arazinin bulunduğu bölgede yapılan maki alanlarını sınırlandırma çalışmalarının 1951 yılına ait olduğunu kaydeden Yargıtay, ilgili icraatların 1963 yılında yine o icraatları yapan idare tarafından yürürlükten kaldırıldığını not etmiştir. Yargıtay, sözkonusu arazinin maki alanı olarak değerlendirilmesinin imkânsız olduğu kanaatine varmış ve buradan hareketle ilk derece mahkemesinin kararının yasalara uygun olduğuna hükmetmiştir.

30 Aralık 2005 tarihinde, Yargıtay, karar düzeltme talebini reddetmiştir.

Öte yandan, 19 Mart 2004 tarihinde, Hazine avukatı yine aynı ilk derece mahkemesi önünde başvuranın tapusunun iptali ve arazinin tapu siciline Hazine adına tescil edilmesi için başka bir dava açmıştır.

Mevcut davada, AİHM öncelikle başvuran Kevork Ramses Malhas'ın 1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesi anlamında bir mülke sahip olduğu ve bu mülkün zaten bir tapu senediyle belgelendiği konusunda taraflar arasında bir görüş ayrılığı olmadığını not etmektedir. AİHM daha sonra, ilgili şahısın elindeki tapu senedi hiçe sayılarak, sözkonusu araziye ormanlık alan vasfı verilmesinin, Bay Malhas'ın mülkiyet dokunulmazlığı hakkını kullanmasına yapılan bir müdahale oluşturduğunu ve bunun sözkonusu mülkten yararlanma imkânını önemli ölçüde azaltan bir etki yarattığını tespit etmektedir. AİHM, bu koşullarda, ihtilaflı vasıflandırmanın, ilgili şahısın mülkiyet hakkının içeriğini tamamen boşaltan bir etkisi olduğu kanaatine varmaktadır.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> MALHAS VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE DAVASI, 35476/06, 28530/06, 43192/06, 43194/06,

3. “Başvuran 2 Kasım 1980 tarihinde İstanbul Sarıyer’de bulunan (62 numaralı parsel) 32.250 m<sup>2</sup>’lik taşınmazı satın almış ve Tapu Kadastro Müdürlüğü tarafından kendisine tapu senedi verilmiştir...13 Ağustos 1993 tarihinde tapu kaydına «Orman Kanunu’nun 2/B maddesinin uygulanması alanına giren taşınmaz» şerhi düşülmüştür. Hazine 2 Mayıs 2001 tarihinde Sarıyer Asliye Hukuk Mahkemesinde başvuranın tapusunun iptal edilerek Hazine adına kaydedilmesi istemiyle dava açmıştır. 2 Aralık 2003 tarihinde Asliye hukuk mahkemesi 7.591 m yüzölçümündeki sözkonusu arazinin öncelikle orman alam olarak sınıflandırıldığını, daha sonra 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 2/b maddesi uyarınca bu kapsam dışına çıkarıldığı gerekçesiyle Hazine’nin talebini kısmen yerinde bulmuş, bunun üzerine başvuranın 7.591 m<sup>2</sup>’lik arazisinin tapusunun iptal edilerek Hazine adına tescil edilmesine karar vermiştir...AİHM daha önce de başvuruların öne sürdüklerine benzer şikayetlerin dile getirildiğini ve başvuruların taşınmazlarının Hazineye devredilmesinden herhangi bir tazminat ödenmemesi nedeniyle Ek 1 no’lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığını anımsatır (Bkz. sözü edilen Turgut vd.; Hacısalihoglu-Türkiye no: 343/04, 2 Haziran 2009; Temel Conta Sanayi ve Ticaret A.Ş. no: 45651/04, 10 Mart 2009 ve Nural Vural-Türkiye no: 16009/04, 10 Mart 2009). AİHM, başvuruyu incelemiş ve Hükümetin mevcut davada farklı bir sonuca ulaşmasını sağlayacak ikna edici hiçbir tespit ve delil sunmadığı sonucuna varmıştır.”<sup>42</sup>

## SONUÇ

Sonuç itibarıyla, “orman (rejimi) dışına çıkarma” kavramının yalnızca öncesi orman olup da orman vasfını yitirmiş araziler bakımından kullanılması gerektiği, bu şekilde öncesi orman olan arazilerin orman dışına çıkarılmasında ise, mülkiyet hakkının gözetilerek, hazine adına değil, bilakis önceki malikleri adına bedelsiz tescil edilmeleri gerektiği, öncesi orman olan ve özel mülkiyete konu olan arazilerin orman sınırı dışına çıkarılma işlemi sonrasında tekrar eski malikleri adına tescil edilmelerinin 1982 Anayasasının 35, 6292 sayılı yasanın 7. maddesi gereği yasal bir zorunluluk ve AİHM kararlarının bir gereği olduğu; öncesi orman olmamakla birlikte, bir şekilde orman sınırlarına dahil edilen arazilerin, orman rejimi dışına çıkarılması durumunda ise, teknik olarak orman dışına çıkarmanın söz konusu olmadığı ve bu yerlerin hazine adına değil, önceki malikleri adına tescili gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtiriz.

Strazburg, 13 EYLÜL 2011, İKİNCİ DAİRE, (KİBB.); Konu iye ilgili AİHM.’nin benzer karar ve değerlendirmeleri için bkz. TEZCAN, Durmuş, AİHM Kararları Işığında Orman Arazilerinin Bedelsiz Tapu İptal Kararlarının Mülkiyet Hakkını İhlal Sorunu, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/13-Durmuş-TEZCAN.pdf>

<sup>42</sup> OKUL VE KARAKÖSE - TÜRKİYE DAVASI, 37300/05, Strazburg, 15 ŞUBAT 2011, İKİNCİ DAİRE, (KİBB.)



# SÖZLEŞMELERE EKLENEN “BEST EFFORTS” / “ÜSTÜN GAYRET” KAYITLARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

(Thoughts on “Best Efforts” Clauses in Contracts)

Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY  
Hüseyin AMİKLİOĞLU

## ÖZET

Anglosakson hukuk sistemlerinde doğan ve gelişen bir takım kavramların sözleşmelerde kullanılması, alışılmış kavramlar olmamaları sebebiyle uygulamada bazen tereddütlere yol açabilmektedir. Bu kavramlardan biri olan “Best efforts” kavramının “üstün gayret” ya da “azami gayret” olarak tercüme edilmesi mümkündür. Alman hukukunda bu kavramın karşılığı olarak “die mögliche Bemühung” kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Üstün gayret ya da azami gayret kavramları, hukukumuzda bilinmeyen bir kavram değildir. Nitekim Yargıtay’ın bir çok kararında bu kavram açıkça kullanılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Azami Gayret, Üstün Gayret, Bağımlı Yan Yükümlülük, Alman Hukuku, Common Law

## *Abstract*

Adding some clauses which are originated from Common Law system to contracts usually causes ambiguity since they are not generally used terms in Turkish law. One of these terms is Best Efforts which can be translated as “azami/üstün gayret” in Turkish. Equivalent of Best Efforts in German Law system is “die mögliche Bemühung”. It is possible to claim that in Turkish law, best efforts is not a new contract clause. Moreover, the Supreme Court has explicitly mentioned this phrase in so many of its decisions.

**Keywords:** Best Efforts, Die Mögliche Bemühung, Reasonable Efforts, Dependent Subresponsibility, German Law System, Common Law

## I. Genel Olarak

Anglosakson hukuk sistemlerinde doğan ve gelişen bir takım kavramların sözleşmelerde kullanılması, alışılmış kavramlar olmamaları sebebiyle uygulamada bazen

tereddütlere yol açabilmektedir. Bu açıdan, ortada sözleşme hukukuna giren yeni bir kavramın bulunup bulunmadığının tespiti için bu kavramların irdelenmesi, belki de aynı kurumu tam olarak ifade eden Türkçe kavramların kullanılması zorunlu olabilmektedir. Örneğin, rekabet hukukunda sıkça kullanılan ve “zorunlu unsur doktrini” olarak ifade edilen kurumun esasında borçlar hukukunda çok bilinen “sözleşme yapma zorunluluğu”ndan başka bir şey olmadığı bilinmektedir. Bu açıdan bilinen kurumları bilinmez kılmanın hukuk uygulamasına çok fazla bir şey kazandırmayacağını söylemek zor olmayacaktır. Vakıa, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde gelişen bir takım kavramların hızla sözleşmeler alanında kullanıldığı da açık bir gerçektir<sup>1</sup>.

“Best efforts” kavramının “üstün gayret” ya da “azami gayret” olarak tercüme edilmesi mümkündür. Alman hukukunda bu kavramın karşılığı olarak “die mögliche Bemühung” kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Üstün gayret ya da azami gayret kavramları, az yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukukumuzda bilinmeyen bir kavram değildir. Nitekim Yargıtay’ın bir çok kararında bu kavram açıkça kullanılmıştır<sup>2</sup>.

Azami gayret ya da üstün gayret kavramlarının bütün sözleşmeler bakımından kullanılması mümkündür. Eser sözleşmesinde müteahhit, kendi borcunu ifa bakımından azami veya üstün gayreti gösterecektir. Aynı şekilde hizmet sözleşmesinde işçi, vekalet sözleşmesinde vekil, adi ortaklık sözleşmesinde her bir ortak, vedia sözleşmesinde tevdi alan, borçlarını ifa bakımından “azami gayreti” gösterme taahhüdü altına girebilecektir.

Sorun, “best efforts” ya da “üstün veya azami gayret” kavramlarının kullanıldığı sözleşmelerde bu kavramların, borçlunun taahhüdünü, sözleşmenin niteliğini değiştirip değişmediği ve üstün gayretin bir sınırının bulunup bulunmadığının tespiti noktalarında toplanmaktadır.

Aşağıda mukayeseli olarak ele alacağımız üzere, “best efforts” ya da “azami gayret” kavramlarının, borçlunun asli edim yükümlülüğünü oluşturmaması sebebiyle, sözleşmenin niteliğine bir etkisi bulunmadığı gibi, borçlunun taahhüdünü değiştiren bir etkisi de bulunmayacaktır. Bu ilave kavramlar, borçlunun asli edim yükümlülüğü oluşturmayacaktır. Bu tür taahhütlerin, **bağımlı yan yükümler** olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu tür yan yükümler, asli edimin tam olarak ifasına hizmet eder-

<sup>1</sup> “Best efforts”, potansiyel olarak tehlikeli bulunan sözleşme şartı olarak nitelendirilmektedir. FÜRST, Roland F./ WİLSKE, Stephan, Die “Best Efforts” Klausel- Eine Potantiell gefaehrliche Vertragsklausel, DZWir, 1998, s. 213; Bu kavramın İngiliz hukukundan kaynaklanıp, Alman hukukuna yerleştiği ifade edilmektedir. DANİEL, Wied, “Best Efforts” Klauseln im deutschen Recht – Auslegung und Rechtsfolgen, RIW, 2013, s. 768 vd.

<sup>2</sup> “...anlaşma kapasitelerini korumak için **azami gayret** göstermeyi..”, Y.23. HUKUK DAİRESİ, E. 2015/3643, K. 2015/6307, T. 6.10.2015; “...işin yapılacağı yerin koşullarını ve özellikle süresini bilmesine rağmen, bununla mütenasip **üstün bir gayret** göstermemesi...”Y. 15. HUKUK DAİRESİ, E. 2002/1153, K. 2002/3306, T. 19.6.2002 (KİBB); “...bira satışında **azami gayret** göstermeyi..” Y. 13. HUKUK DAİRESİ E. 2014/19502 K. 2014/29170, T. 25.9.2014

ler. Asli edime sıkı bağılılıkları sebebiyle, bunların bağımsız ve kendilerine mahsus özel bir amaçları yoktur. Edim fiilinin icrasına ilişkin yükümler ile müsbet edim yükümüne bağlı yapmama yükümleri bu tip yan yükümlere örnek olarak gösterilebilir. Bağımlı yan yükümler, asli edimden ayrı olarak dava edilemezler. Bunların ihlal edilmeleri, bağlı oldukları asli edimin hiç ya da kötü ifası sonucunu doğurur. Bu yükümlere uyulup uyulmaması, özellikle akde aykırılık hallerinde kusurun tespitinde göz önünde tutulur.<sup>3</sup>

Esas itibariyle, müteahhit eseri meydana getirme borcunu yerine getirecek, ancak bu borcunun ifası sırasında borcunu en iyi şekilde ifa edebilmek için, azami gayreti gösterecektir. Eser sözleşmesinde bu kavram, müteahhidin sadakat ve özen borcunu teyit eden ve bir miktar da ağırlaştırılan bir görev görmektedir.

Vekalet sözleşmesinde de vekilin özen borcu, asli edim yükümlülüğü değildir<sup>4</sup>. Vekilin özen borcunun düzenlendiği bazı metinlerde bazı özen türlerinden bahsedilmiş, “gerekli özen”, “yeteri kadar özen” ve “normal, beklenen özen” kavramları kullanılmıştır. Vekalet sözleşmelerinde “azami özen”<sup>5</sup> ya da benzeri kavramlarının kullanılması, sözleşmenin niteliğini ve borçlunun taahhüdünü değiştiren bur husus değildir.

“En iyi gayret aracılığı yüklenim sözleşmesi” olarak Türkçeye tercüme edebileceğimiz, “best efforts Underwriting Contract” da aracı, hiç bir taahhütte bulunmadan, elinden gelen azami gayreti göstererek, menkul kıymetlerin halka arzını üstlenirler. Burada esas itibariyle aracılık yüklenimi değil, basit anlamda pazarlama hizmeti sunulmaktadır. Türk uygulamasında aracılık yüklenim sözleşmelerinde aracı kurum, sadece pazarlama hizmeti sunmayı ve bunun için işin gereğini yerine getireceğini taahhüt edebilir. İşin gereği ile kastedilen, aracı kurumun iş çevresini, tecrübelerini, işyeri ve imkanlarını, personelinin bir kısmını bu işe tahsis etmesi ve reklam gibi benzeri hizmetlerin yapılması, bu konuda danışmanlık hizmeti verilmesi, bürokratik işlemlerin takibi ve yerine getirilmesi gibi hizmetlerin sunulmasıdır. Buna karşılık satışlarla ilgili hiç bir taahhüt verilmemektedir. Satış ise menkul kıymetlerini satışa sunan kimsenin nam ve hesabına yapılmaktadır<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> ARAL, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, 2011, s. 42; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara, 2014, 16. Bası, s. 47. BAŞPINAR, Veysel, **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 2004, s. 149.

<sup>4</sup> BAŞPINAR, s. 158.

<sup>5</sup> “... azami dikkat ve özen..” Y. 13. HUKUK DAİRESİ, E. 2006/6704, K. 2006/9459, T. 12.6.2006 (KİBB.)

<sup>6</sup> ÜNAL, Oğuz Kürşat, Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1\\_1\\_6.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_1_6.pdf) ; Dağıtım sözleşmesinde kullanılan “best efforts” kavramının da borçlunun özen yükümlülüğünü daha ağırlaştırdığı söylenebilecektir. KENDİGELEN Abuzer, **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, 2015, s. 242 vd.

Bu çalışmamızda, sözleşmelerde sık karşılaştığımız “best efforts” kavramını, yabancı hukuklardaki uygulamalarını da dikkate almak ve benzer kavramlarla mukayese etmek suretiyle ele almaya çalışacağız.

Anglosakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde “üstün gayret” anlamına gelen veya bu anlamı az çok çağrıştıran birden fazla kavram kullanılmaktadır. Öncelikle Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Kanada ile İngiltere ve Avustralya’yı ayrı birer grup olarak değerlendirmek gerekmektedir. ABD ve Kanada’da üstün gayret kavramını ifade etmek için “best efforts” terimi kullanılır iken, İngiltere ve Avustralya’da ise bu kavram “best endeavours” terimi ile ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Farklı olarak kullanılan bu kelimelerin her ikisini de gayret kelimesi ile ifade etmek mümkündür.

Anglosakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde yapılan sözleşmelerde yakın anlamları ifade eden birçok gayret kavramı kullanılmaktadır. Ancak bu kavramların tam olarak ne anlam ifade ettikleri belli değildir. ABD ve Kanada’dan örnek vermek gerekirse kullanılan tamlamalar, bunların kullanım sıklıkları ve bu ifadelerin tanımlandıkları sözleşme sayılarını belirten bir istatistik sunmak mümkündür<sup>8</sup>.

Aşağıda incelenecek olan bu örnek 2004 yılı Ocak ayında Amerika’da yapılan halka arz sözleşmelerinin analizi sonucu ortaya çıkmıştır. Aşağıda görüleceği üzere ABD ve Kanada açısından en çok kullanılan kavramlar; üstün gayret, ticari makul gayret, makul üstün gayret ve nihayet makul gayret kavramlarıdır:

Analiz sonuçları dikkate alındığında bu kavramlardan “best efforts” (üstün/azami gayret) kavramının 627; “commercially reasonable efforts” (ticari makul gayret) kavramının 425; “reasonable best efforts” (makul üstün gayret) kavramının 345; “reasonable efforts” (makul gayret) kavramının 307; “good-faith efforts” (iyiniyetli gayret) kavramının 58; “commercially reasonable best efforts” (ticari makul üstün gayret) kavramının 46; “diligent efforts (özenli gayret) kavramının 23; “good-faith best efforts” (iyiniyetli üstün gayret) kavramının 8; “every effort” (bütün gayret) kavramının 5 ve “commercially reasonable and diligent efforts” (ticari makul ve özenli gayret) kavramının 3 kez kullanıldığı tespiti yapılmıştır.

## II. Mukayeseli Hukukta Durum

“Best efforts” kavramını benzer kavramlarla mukayese etmek ve anlamını tam olarak ortaya çıkarmak için, yukarıda vermiş olduğumuz tüm kavramları değil, sade-

<sup>7</sup> HAMILTON, Leah, **Reasonable, Best and Other Endeavours**, New Zealand Law Journal, November 2012 [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)

<sup>8</sup> ADAMS, Kenneth A., **Understanding “Best Efforts” And Its Variants (Including Drafting Recommendations)**, s. 11-20, s. 12, <http://www.adamsdrafting.com/downloads/Best-Efforts-Practical-Lawyer.pdf> (E.T. 09.01.2016)



ce üç kavramı ele alacağız: Bunlar üstün gayret (best efforts), bütün makul gayretler (all reasonable efforts) ve makul gayrettir (reasonable efforts). Öncelikle İngiltere’de uygulanan sistem detaylı olarak anlatılacak, daha sonra ise sırasıyla Avustralya, ABD ve Kanada’da uygulanan sistemlere değinilecektir.

Aşağıda incelenilecek olan ülkelerin hiç birinde bu kavramların nasıl yorumlanacağına dair bir yazılı kural yoktur. Dolayısıyla hem bu eksiklik hem de Anglosakson hukuk sisteminin bir içtihat hukuku olması sebebiyle, karşılaştırma yapılırken daha çok mahkeme kararları üzerinden gidilecektir.

## A. İngiltere

İngiltere’de uygulanan sistemde Türkçe karşılığı aynı olmakla birlikte “effort” kelimesi yerine “endeavour” kelimesinin kullanıldığı daha önceden belirtilmişti. Bu başlık altında incelemeye öncelikle üstün gayret kavramından başlanılacak daha sonra ise sırasıyla bütün makul gayretler ve makul gayret kavramlarına geçilecektir.

### 1. Üstün Gayret (Best Endeavours)

“Üstün gayret” kavramı ele alınırken bu kavramın uyumsuzluk konusu olduğu yargı kararlarını incelemek ve bunlardan bir sonuca ulaşmak yararlı olacaktır. İngiltere’de üstün gayret kavramının kullanıldığı son davalardan bir tanesi *Jet2.com Limited (Jet) vs. Blackpool Airport Limited (BAL)* kararıdır<sup>9</sup>. Jet, düşük maliyetli hizmet veren bir havayolu şirketi iken, BAL ise bir havaalanı işletmecisidir. Jet ile BAL arasındaki anlaşma, 15 yıl boyunca BAL’ın işlettiği havaalanında Jet’in faaliyetlerinin teşvik edilmesine ve yürütülmesine yöneliktir. BAL bu yükümlülüğü yerine getirirken üstün gayret (best endeavours) göstereceğine söz vermiştir. Ancak BAL sözleşmenin dördüncü yılında, Jet’in düşük maliyetli uçuş politikasının olmazsa olmaz bir parçası olan normal işletme saatleri dışındaki uçuşları organize etmeyi bırakmıştır. Tarafların arasında yapılan anlaşmada bu tarz uçuşların destekleneceğine dair bir hüküm mevcuttur<sup>10</sup>.

Bu olay mahkemeye taşınmış, temyiz mahkemesi üstün gayret kavramının ne manaya geldiğini açıklamıştır. Ancak süreci görmek açısından daha önceki bir mahkeme kararında bu kavramın nasıl tanımlandığını incelemek gerekmektedir:

*“Üstün gayret sözü veren bir borçlu imkânları dâhilinde sözleşmede kararlaştırılan sonucu doğurmaya matuf bütün adımları atmak zorundadır. Bu*

<sup>9</sup> <http://www.building.co.uk/all-reasonable-endeavours-jet2com-ltd-vs-blackpool-airport-ltd/5038348.article> (E.T. 09.01.2016)

<sup>10</sup> HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/\(E.T.09.01.2016\)](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/(E.T.09.01.2016))

***adımlar özenli, kararlı ve makul bir kimsenin o şartlar altında atacağı adımlardır. Ancak borçlu bu adımları atarken kendi menfaatlerini de düşünecektir***<sup>11</sup>. ”

Bu tanım 1980 yılında görülen *IBM United Kingdom Ltd v Rockware Glass Ltd* davasında yapılmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu davada üstün gayret kavramı özen, kararlılık ve makuliyet ile sınırlanmıştır. Bu davada üstün gayret borçlusu taraf, diğer tarafa sözleşmenin gerektirdiği idari izinleri alma hususunda üstün gayret sözü vermiştir. Ancak üstün gayret borçlusu yerel idareden gerekli izni alamamıştır. Bunun üzerine üstün gayret borçlusu bir üst idari makam olan merkezi idareye ikinci bir başvuru da yapmamıştır. Mahkeme ise yerel idarenin vermiş olduğu ret kararının bozulmasına yol açabilecek bu ikinci başvurunun, makul bir başarı şansı olmak kaydıyla, üstün gayret borcu kapsamına girdiğini kabul etmiştir.

Yukarıda değinilen *Jet2.com Limited (Jet) vs. Blackpool Airport Limited (BAL)* kararında yapılan üstün gayret tanımı biraz daha ağırdır. Mahkemeye göre borçlu üstün gayrete ulaşmaya çalışırken bazen kendi menfaatlerine aykırı kararlar almak zorunda kalabilecektir. Diğer bir deyişle üstün gayret borçlusu zarara uğrayacağı gerekçesiyle borcunu ifa etmekten kaçınamayacağı gibi sözleşmenin kendisi için ticari açıdan tercih edilmeyecek duruma gelmesi durumunda fesih hakkını da kullanamayacaktır. Ayrıca üstün gayret borçlusu borcunu yerine getirmek için makul bir başarı şansına sahip olan yatırımları yapmak ve risk almak zorundadır<sup>12</sup>. Bu konuda mahkemelerin bir içtihat birliği içerisinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Bazı mahkemeler üstün gayret borçlusunun kendi zararına olan hiçbir eylemi yapmak zorunda olmadığını savunmaktadır<sup>13</sup>. Ancak, genel kanı üstün gayret borçlusunun kendi zararına bazı eylemlere de katlanmak zorunda kalabileceğidir.

Bununla birlikte mahkeme üstün gayret borçlusunun atacağı adımları onun lehine olacak şekilde sınırlandırmıştır. Buna göre üstün gayret borçlusu kendisini iflasa götürecek derecede adımlar atmak zorunda değildir. Ancak üstün gayret borçlusu o şartlar altında sözleşmede öngörülen sonuca ulaşmaya matuf bütün makul adımları atmak zorundadır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu adımlar üstün gayret borçlusunu bir miktar zarara uğratabilecektir.

Üstün gayret kavramını diğer kavramlardan ayırmanın bir diğer yolu ise şudur. Üstün gayret borçlusu sözleşmede öngörülen sonuca ulaşmak için bu sonucu doğuran bütün makul yöntemleri denemek zorundadır. Buna karşılık örneğin bir makul

<sup>11</sup> <http://swarb.co.uk/ibm-v-rockware-glass-ltd-ca-1980/> (E.T. 09.01.2016)

<sup>12</sup> HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/)(E.T. 09.01.2016)

<sup>13</sup> HARDING, David/PHILIPPS, John, **Best Efforts and Endeavours – Case Analysis and Practical Guidance Under U.S. and U.K. Law**, July 2007 <http://www.jonesday.com/Best-Efforts-and-Endeavours-Case-Analysis-and-Practical-Guidance-Under-US-and-UK-Law-07-30-2007/> (E.T. 11.01.2016)

gayret borçlusunu sadece bir makul yöntemi seçmek ve onu kullanmakla yükümlüdür. Eğer makul gayret borçlusunu seçmiş olduğu bu yöntemde başarısızlığa uğrar ise o yöntemi seçmesinin mantıklı bir açıklaması olmak kaydıyla diğer yöntemleri ayrıca denemediği için sorumlu tutulmayacaktır. Ancak aynı durumda olan bir üstün gayret borçlusunun sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Son olarak üstün gayret borçlusunun alacaklıyı zarara uğratabilecek her türlü davranıştan kaçınması gerektiği ifade edilmelidir.

## 2. Bütün Makul Gayretler (All Reasonable Endeavours)

Bütün makul gayretler kavramı üstün gayret kavramı ile makul gayret kavramı arasında bir kavramdır. Bundan dolayı her ikisine de yakın bir anlama sahiptir. Bununla birlikte daha çok üstün gayret kavramına yakın olduğunu söylemek mümkündür. Bu kavram kısmen de olsa *CPC Group Limited (CPC) v. Qatari Diar Real Estate Investment Company (QD)* davasında açıklanmıştır<sup>14</sup>.

CPC ve QD Londra’da Chelsea Barracks adlı bir site kurmak için bir joint venture ortaklığı kurmuştur. Taraflar kurulan sitenin satım işlemi hakkında bir anlaşma yapmıştır. Buna göre QD satış işlemini yürütecektir. QD satış işlemini beklenen sonuca ulaştırmak için bütün makul gayretleri (all reasonable endeavours) göstermekle yükümlüdür<sup>15</sup>.

Ancak 2009 yılının Haziran ayında QD, sözleşme gereğince yapması gereken bir uygulamayı kendisi için ciddi bir zarar doğuracağı sebebiyle geri çekmiştir. Olay mahkemeye taşınmıştır. Dava sırasında hâkimin muhatap olduğu en önemli soru “bütün makul gayretler” borçlusunun borcunu yerine getirmek için kendisini zarara uğratacak eylemler yapmak zorunda olup olmadığıdır. Mahkeme bu soruya olumsuz yanıt vermiştir. Buna karar verirken ise *Yewbelle Limited v. London Green Developments*<sup>16</sup>, *Rhodia International Holdings Limited & Another v. Huntsman International*<sup>17</sup> ve *IBM United Kingdom Ltd v Rockware Glass Ltd* kararlarına atıf yapmıştır.

Mahkeme ilk olarak bütün makul gayretler (all reasonable endeavours) ifadesi ile üstün gayret (best endeavours) ifadelerinin birbirinden farklı olduğuna ve kap-

<sup>14</sup> KELLY, Lorna, **How Will A Court Interpret An “All Reasonable Clause”?**, 25.11.2010 <http://www.supplymanagement.com/law/court-reports/cpc-group-ltd-v-qatari-diar-real-estate-investment-co> (E.T. 09.01.2016)

<sup>15</sup> HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)

<sup>16</sup> **England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions** <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/475.html> (E.T. 09.01.2016)

<sup>17</sup> **England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions** <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/292.html> (E.T. 09.01.2016)

samlarının aynı olmadığına karar vermiştir. *Yewbelle* kararı ile birlikte bütün makul gayretler (all reasonable endeavours) ifadesi ile üstün gayret (best endeavours) ifadesi birbirinden net bir şekilde ayrılmıştır. Buna göre bir bütün makul gayretler borçlusunu yerine getirebilmek için kendisini zarara uğratabilecek faaliyetler yapmak zorunda değildir. *Yewbelle* davasında taraflardan birisi diğerinin sözleşme konusu mallarını satmak için makul gayret borcu altına girmektedir. Fakat davaya konu durumda makul gayret borçlusunun alacaklının mallarını satması için bir miktar zarar etmesi gerekmektedir. Mahkeme makul gayret borcunun bu durumu kapsamadığına karar vermiştir. Ancak hatırlanacağı üzere, üstün gayret borçlusunu iflasına yol açmamak kaydı ile borcunu yerine getirmek için kendisini zarara uğratabilecek eylemler de yapmak zorundadır. *CPC Group Limited (CPC) v. Qatari Diar Real Estate Investment Company (QD)* davası hâkimi *Yewbelle* kararında bahsi geçen bu görüşe aynen katılmıştır<sup>18</sup>.

Bununla birlikte bütün makul gayretler borçlusunu da tıpkı üstün gayret borçlusunu gibi sonuca ulaşmaya matuf bütün makul yöntemleri denemek zorundadır. Aksi takdirde sözleşmeye aykırı davranmış kabul edilecektir.

### 3. Makul Gayret (Reasonable Endeavours)

Makul gayret kavramı diğer iki kavrama göre daha esnek bir yükümlülüktür. Makul gayret borçlusunu sözleşmede öngörülen sonuca ulaşmak için aşırı bir gayret içerisine girmek zorunda değildir. Bu kavrama konu olan en önemli dava ise *Rhodia International Holdings Limited & Another v. Huntsman International LLC*<sup>19</sup> davasıdır.

Diğer iki kavram açıklanırken de belirtildiği gibi makul gayret borçlusunu sözleşmede amaçlanan sonuca ulaşmak için makul bir yöntemi takip etmekle sorumluluktan kurtulacaktır. Sonuca ulaşmaya matuf ve birbirinden farklı tüm yöntemlerin ayrı ayrı takip edilmesine gerek yoktur.

Makul gayret kavramının kapsamı daha çok aynı durumdaki orta zekâlı, makul bir insanın yapacağı faaliyetler ile sınırlanmaktadır. Dolayısıyla makul gayret borçlusunu kendisini zarara uğratabilecek faaliyetlere girmek zorunda değildir<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)

<sup>19</sup> **England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions** <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/292.html> (E.T. 09.01.2016)

<sup>20</sup> HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)

## B. Avustralya

Avustralya mahkemelerinin gayret kavramlarını ayırıştırma adına yeterli bir tecrübeye sahip olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Yakın zamana kadar verilen kararların çoğunda üstün gayret, bütün makul gayretler ve makul gayret kavramları aynı manayı ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Dolayısıyla bu kavramların üçü de borçlusuna aynı seviyede sorumluluk yüklemektedir<sup>21</sup>. Bu konuda örnek olarak şu yargı kararları verilebilir; *Transfield Pty Ltd v. Arlo International Ltd*<sup>22</sup>, *Hospital Products Ltd v. United States Surgical Corporation*<sup>23</sup> ve *Waters Lane v. Sweeney*<sup>24</sup>.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki Avustralya mahkemeleri bu üç kavramın aynı manaya geldiğini açıkça belirtmemekle birlikte yukarıda verilen davalar incelendiği takdirde sonucun bu şekilde olduğu görülecektir. Bu konuda ayrıca 2015 yılında sonuçlanan *Electricity Generation Corporation (EGC) v. Woodside Energy Ltd (Woodside)* davası örnek olarak gösterilebilecektir<sup>25</sup>. Bu davada taraflar uzun dönemli bir doğalgaz temin anlaşması akdetmiştir. Sözleşmede Woodside EGC’ye her gün belirli bir miktar gazı belirli bir fiyata sağlayacağını taahhüt etmiştir. Woodside bu borcunu yerine getirmek için makul gayret (reasonable endeavours) göstereceğine söz vermiştir. Ancak sözleşme devam ederken Woodside’in gaz ürettiği tesiste bir patlama meydana gelmiş ve bunun sonucunda gaz üretimi azalırken, fiyatlar artmıştır. Woodside EGC’ye olan gaz temin borcunu yerine getirebilmek için ona kısa dönemli bir gaz temin anlaşması önermiştir. Yapılan bu ikinci anlaşmada gazın fiyatı ilk anlaşmaya göre oldukça yüksektir. Bunun üzerine EGC Woodside’in kendisine belirli bir fiyattan gaz temini konusunda makul gayret sözü verdiğini ve bundan dolayı kendisinin ikinci anlaşmayı kabul etmek zorunda olmadığını ve gazın eski fiyatıyla temini gerektiğini iddia etmiştir. Olay mahkemeye taşınmıştır. Mahkeme bir makul gayret borçlusunun, borcunu yerine getirebilmek için makul bütün adımları atması gerektiğini belirtmiştir. Ancak karara göre bir makul gayret borçlusunu yerine getirebilmek için kendisini zarara sokacak eylemlere katlanmak zorunda değildir. Sonuç olarak Woodside’in gazı eski fiyatıyla temin etmek zorunda olmadığına

<sup>21</sup> HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)

<sup>22</sup> BARWICK C.J./STEPHEN JJ/ MASON JJ/ MURPHY JJ /WILSON JJ <https://jade.barnet.com.au/Jade.html#!article=66845> (E.T. 09.01.2016)

<sup>23</sup> GIBBS C.J./ MASON JJ/ WILSON JJ/ DEANE JJ/ DAWSON JJ [http://www.trusts.it/admin-cp/UploadedPDF/200902271217480.jAustralia\\_HospitalProductsvUSSurgicalCorp.pdf](http://www.trusts.it/admin-cp/UploadedPDF/200902271217480.jAustralia_HospitalProductsvUSSurgicalCorp.pdf) (E.T. 09.01.2016)

<sup>24</sup> <https://app.justis.com/case/waters-lane-and-another-v-sweeney-and-others/overview/c5Cd-nXidn4Wca> (E.T. 09.01.2016)

<sup>25</sup> Squire Patton Boggs Law Firm, **The End of “Best Endeavours”**, 29.05.2015, <http://documents.lexology.com/d9d8573f-8d07-4db5-a1f0-bff035275770.pdf> (E.T. 11.01.2016)

hükmedilmiştir. Hakim bu davada ayrıca üstün gayret borcuna da değinmiş ve bu kavramın borçlusuna ancak objektif olarak makul adımları atma borcu yükleyeceğine karar vermiştir.

Üstün gayret kavramı bir davada makul, orta zekâlı bir insanın aynı şartlarda yapacağı davranışlarla sınırlandırılmıştır<sup>26</sup>. Bir başka kararda ise üstün gayret, borçlunun sözleşmede öngörülen amaca ulaşmak için makul olan her şeyi yapması olarak tanımlanıp borçlunun kendi ticari menfaatlerini de gözeteceği bu tanıma eklenmiştir.

Sonuç olarak gayret kavramlarının Avustralya'da genel olarak orta zekâlı, makul bir insanın aynı şartlarda yapacağı davranışlarla sınırlandırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. İngiltere ile karşılaştırıldığı zaman Avustralya'da üstün gayret kavramının borçlusuna çok daha az sorumluluk yüklediği açıktır. Avustralya'da kullanılan üstün gayret kavramı İngiltere'de kullanılan bütün makul gayretler kavramı ile makul gayret kavramı arasında bir manaya sahiptir.

### C. Amerika Birleşik Devletleri

ABD'de kullanılan gayret kavramları İngiltere'de kullanılan kavramlardan bir nebze farklıdır. Öncelikle yukarıda da belirtildiği üzere ABD ve Kanada'da gayret kavramını ifade etmek üzere "endeavour" kelimesi yerine "effort" kelimesi kullanılmaktadır. Ayrıca ABD'de gayret kelimesi ile kurulan farklı kombinasyonlar İngiltere'ye göre bir hayli fazladır. Bu kavramlardan bazıları yukarıda verilmiş olan analiz sonuçlarında gösterilmiştir. Ancak bu makalede sadece üstün gayret, bütün makul gayretler ve makul gayret kavramları kullanılacaktır.

Detaylı açıklamaya geçilmeden önce ABD'de kullanılan sistemin ve buna bağlı olarak üstün gayret kavramına verilen anlamın İngiltere'ye göre daha hafif olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>27</sup>.

Çeşitli mahkeme içtihatlarına<sup>28</sup> göre ABD'de üstün gayret kavramı yorumlanırken borçlunun kendisini iflasa sürükleyecek derecede davranışlar içerisine girmesinin gerekmediği belirtilmiştir<sup>29</sup>. Buna karşılık bazı mahkemeler ise üstün gayret borcunun sınırlarını çizerken iyi niyet kavramının yeterli olacağını iddia etmiştir. *Triple*

<sup>26</sup> Hawkins v. Pender Bros Pty Ltd (1990); akt; HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/\(E.T.09.01.2016](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/(E.T.09.01.2016)

<sup>27</sup> LEVNORE, Saul, **Obligation or Restitution for Best Efforts**, Hein Online 67 S. Cal. Rev. 1993-1994, s. 1411-1449

<sup>28</sup> Coady Corp. V. Toyota Motor Distribution, Triple – A Baseball Club Assasiation V. Northeastern Baseball, Bloor V. Fallstaff Brewing Corp.; ADAMS, s.13; FÜRST/WİLSKE, s. 214; DANİEL, s. 769.

<sup>29</sup> ADAMS, s.13.

– *A Baseball Club Assasiation V. Northeastern Baseball*<sup>30</sup> davasında yargıcın; “*bu-güne kadar hiçbir mahkeme iyi niyetle hareket eden bir borçlunun üstün gayret borcunu yerine getirmediğini iddia etmemiştir.*” ifadesi bunun bir göstergesidir.

Buna karşılık yakın tarihli mahkeme kararları incelendiği zaman üstün gayret borcunun kapsamının giderek genişlediği görülmüştür. Mahkeme içtihatları üstün gayretin önce iyi niyetten daha katı bir kavramla ifade edilmesi gerektiğini iddia etmiş, bir müddet bu borç aynı şartlardaki orta zekâlı makul bir kimsenin yapacağı işlemlerle tanımlanmıştır. Ancak daha sonra bu kapsam da yeterli görülmemiş ve üstün gayret borcu borçlunun borcunu özenli bir şekilde ifa etmesine bağlanmıştır<sup>31</sup>. Üstün gayret borcunu özen ile tanımlayan bir karar da *Bloor v Falstaff Brewing Corp* kararıdır. Bu davaya konu olayda Falstaff Bloor’dan bir ticari işletme kiralamıştır. Bunu karşılığında ise Falstaff Bloor’a işletmenin karından bir pay verecektir. Falstaff Bloor’a işletmenin satışlarını maksimum seviyede tutacağına dair bir üstün gayret sözü vermiştir. Fakat satışlar düşmeye başladığında Falstaff gerekli önlemleri almamıştır. Mahkeme bu durum karşısında Falstaff in atması gereken adımları özenli bir kimsenin atacağı adımlarla kısıtlamıştır<sup>32</sup>.

Özen kavramı ayrıca Uniform Commercial Code (UCC)<sup>33</sup> şerhlerinde de kendisine yer bulmuştur. Gerçekten de U.C.C. 2-306 (b) (2) maddesi şerhinde<sup>34</sup> üstün gayret kavramı *reasonable diligence* (makul özen) ve *good faith* (iyi niyet) kavramları ile ifade edilmiştir. **Sonuç olarak ABD’de düzenlenecek bir sözleşmeye üstün gayret şartının konulması halinde bu yükümlülüğün özen, iyi niyet ve makuliyet kavramları ile bir arada yorumlanması gerekmektedir.** Görüldüğü üzere ABD’de

<sup>30</sup> <http://openjurist.org/832/f2d/214/triple-a-baseball-club-associates-v-northeastern-baseball-inc-triple-a-baseball-club-associates> (E.T. 09.01.2016)

<sup>31</sup> ADAMS, s.13; HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)

<sup>32</sup> HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)

<sup>33</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform\\_Commercial\\_Code](https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code) (E.T. 11.01.2016)

<sup>34</sup> [http://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd\\_130219-53df.html](http://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_130219-53df.html) (E.T. 09.01.2016)

**§ 1302.19. (UCC 2-306) Output, requirements, and exclusive dealings.**

(B) A lawful agreement by either the seller or the buyer for exclusive dealing in the kind of goods concerned imposes unless otherwise agreed an obligation by the seller to use best efforts to supply the goods and by the buyer to use best efforts to promote their sale.

“**Subsection (2)**, on exclusive dealing, makes explicit the commercial rule embodied in this Act under which the parties to such contracts are held to have impliedly, even when not expressly, bound themselves to use reasonable diligence as well as good faith in their performance of the contract. Under such contracts the exclusive agent is required, although no express commitment has been made, to use reasonable effort and due diligence in the expansion of the market or the promotion of the product, as the case may be. The principal is expected under such a contract to refrain from supplying any other dealer or agent within the exclusive territory. An exclusive dealing agreement brings into play all of the good faith aspects of the output and requirement problems of subsection (1). It also raises questions of insecurity and right to adequate assurance under this Article”

üstün gayret borcunu ifa etmek için borçlunun kendisini zarara uğratacak eylemlere katlanmasına veyahut aynı sonucu doğuracak makul bütün yöntemleri denemesine gerek yoktur. Dolayısıyla üstün gayret kavramının burada daha esnek yorumlandığını söylemek mümkündür.

Bütün makul gayretler kavramı ABD'de sıklıkla kullanılan kavramlardan birisi değildir. Ancak bunun yerine üstün gayret kavramı ile hemen hemen aynı manaya gelen farklı ifadeler kullanılmaktadır. Hatta bazen üstün gayret kavramı ile makul gayret kavramı birbirinin yerine de kullanılabilir<sup>35</sup>.

#### D. Kanada

Kanada hukuk sisteminde kullanılan kavramlar yukarıdaki tabloda verilen örneklerle büyük benzerlikler göstermektedir<sup>36</sup>. Ancak kavramların yorumlanması işleme gelince, bu konuda Kanada sisteminin ABD'den çok İngiltere'ye yakın olduğunu iddia etmek mümkündür. Söz konusu kararların yorumlanması hakkında Kanada mahkemeleri tarafından verilen en önemli karar *Atmospheric Diving Systems Inc v. International Hard Suits Inc*<sup>37</sup> kararıdır. Bu davada hâkim görüşlerini şu şekilde maddeleştirmiştir;

- *Üstün gayret kavramı borçlusuna, makul gayret kavramından daha ağır bir yükümlülük yüklemektedir.*
- *Üstün gayret, sözleşmede öngörülen amaca ulaşmak için o amacı gerçekleştirmeye yönelik bütün makul adımları, iyi niyetli bir şekilde atmaktır.*
- *Üstün gayret kavramı zorunlu olarak yapılan, yapılması adet olan ve yapılması makul olan bütün adımların atılması demektir.*
- *Bununla birlikte üstün gayret kavramı sınırsız değildir. Bu borca getirilecek sınırlar, tarafların asıl iradeleri göz önüne alınarak her sözleşme için ayrı ayrı belirlenmelidir.*
- *Üstün gayret borçlusu ayrıca dürüstlük ve adil davranma borçlarıyla yüküdür. Ancak üstün gayret alacaklısının, herhangi bir uyuşmazlık halinde borçlunun kötü niyetli olduğunu ispat etmesine gerek yoktur. Üstün gayret borçlusu bu durumlarda karine olarak kötü niyetli sayılacaktır.*
- *Kaçınılmaz başarısızlık halinde, sözleşmede öngörülen amaca, üstün gayret sarf edilseydi dahi, ulaşılamayacağını ispat yükü üstün gayret borçlusu üzerindedir. Başarı-*

<sup>35</sup> HAMILTON, [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)

<sup>36</sup> PETERS, Lisa A., **Contract Law Update: Developments Of Note**, 5th Edition Negotiating And Drafting Major Business Agreement Conference, Vancouver B. C., September 20-21 2011, s. 1-21, s. 11.

<sup>37</sup> PETERS, s. 2



sızlığın kaçınılmaz olduğunun ispat edilmesi borçluyu tazminat sorumluluğundan kurtarırken, sözleşmeye aykırılıktan doğan diğer sorumluluklardan kurtarmaz.

- Üstün gayret borçlusunun, özenli davransaydı, üstün gayret borcunu yerine getirebileceğinin göstergesi, aslında borçlunun üstün gayret borcunu gereği gibi yerine getirmediğinin makul bir delilidir<sup>38</sup>.

Mahkemenin maddeler halinde yansıttığı görüşleri incelendiği takdirde, Kanada’da uygulanan sistemin İngiltere sistemine daha yakın olduğu açık bir şekilde görülmektedir. İngiltere’de üstün gayret ve bütün makul gayretler kavramları için geçerli olan, sonucu doğurmaya yönelik bütün makul yöntemlerin denenmesi kuralı burada da geçerliliğini korumaktadır. Bu durum Kanada hukukunda “no stone unturned” yani denenebilecek her türlü yolun denenmesi şeklinde ifade edilmektedir.

Bununla birlikte Kanada hukukunda bir üstün gayret borçlusunun borcunu yerine getirebilmek için bazı zararlara katlanmasının gerekip gerekmeyeceği hususu net olarak ifade edilmemiştir. Ancak bu hukuk sisteminde yine sık olarak kullanılan bir başka kavram olan *reasonable commercial efforts* (makul ticari gayret) kavramı *Ontario Ltd. v. Darena Holdings Ltd*<sup>39</sup> kararında üstün gayret kavramıyla karşılaştırmalı olarak şu şekilde açıklanmıştır. Hâkim öncelikle bu kavramın borçlusuna üstün gayret kavramına göre daha az bir yükümlülük yüklediğini ifade etmiştir. Ayrıca karara göre bir makul ticari gayret borçlusunun, borcunu yerine getirirken kendi ticari menfaatlerini göz önünde bulundurmasında bir sakınca yoktur. Fakat bu durumun makul ticari gayret borcunun ifa edilmesini imkânsız hale getirmemesi gerekmektedir<sup>40</sup>. Buna göre verilmiş olan bu karardan üstün gayretten bir derece aşağı bir sorumluluk türü olan makul ticari gayret borcunun, borçlusuna kendi ticari menfaatlerini de düşünme imkânı verdiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla, kanaatimize göre, makul ticari gayretten bir derece ağır bir sorumluluk türü olan üstün gayret borcunun, borçlusunun elinden kendi ticari menfaatlerini düşünme yetkisini tamamen aldığını iddia etmek doğru olmayacaktır.

## Sonuç

Sonuç olarak, sözleşmelerde sıklıkla yer bulan “best efforts” ya da “üstün gayret” kavramlarının bağımlı yan yükümlülük oluşturduğunu, asli edim yükümlülüğü oluşturmadığını, sözleşmeye karakteristik özelliğini kazandırmadığını, üstün gayretin

<sup>38</sup> SIDNEL, Jane/ KNIGHT, Chris, “Best Efforts” – “Reasonable Efforts”– “Commercially Reasonable Efforts” What Do These Terms Mean?, June 2010 <http://documents.lexology.com/364ee9fb-653d-4ada-968e-2f88d9c11a09.pdf> (E.T. 11.01.2016)

<sup>39</sup> PETERS, s. 12

<sup>40</sup> PETERS, s. 12

gösterilmemesinin tazminat talebini gündeme getirebileceğini<sup>41</sup> belirtmek gerekir. Edim sonucunun<sup>42</sup> taahhüt edildiği sözleşmelerde borçlunun taahhütlerine üstün gayret kavramının eklenmesi, borçluyu bu sonucu meydana getirme taahhüdünden kurtarmayacak, aksine bu sonucun meydana getirilebilmesi için, makul olanın üzerinde bir gayret göstermesi kendisinden beklenebilecektir. Bu durumda alacaklı, asli edim alacağına bağlı haklarını muhafaza edecek ve borçlunun üstün gayret göstermemesi nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir. Edim sonucunun değil de edim fiilinin borçlanıldığı sözleşmeler, örneğin vekalet ve hizmet sözleşmeleri bakımından ise üstün gayretin gösterilmemesi durumunda tazminat talebinin söz konusu olacağı söylenebilecektir.

Ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, “best efforts” kavramı, hukukumuz bakımından yeni bir kurum olmayıp, Yargıtay kararlarında “üstün gayret”, “azami gayret” ve “azami dikkat ve özen” vb. kavramlarla varlığını sürdürmektedir.

#### KAYNAKÇA

- ADAMS, Kenneth A., **Understanding “Best Efforts” and Its Variants (Including Drafting Recommendations)**, s. 11-20
- ARAL, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, 2011
- BARWICK C.J./STEPHEN JJ/ MASON JJ/ MURPHY JJ /WILSON JJ <https://jade.barnet.com.au/Jade.html#!article=66845> (E.T. 09.01.2016)
- BAŞPINAR, VEYSEL, **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 2004
- DANİEL, Wied, “Best Efforts” Klauseln im deutschen Recht – Auslegung und Rechtsfolgen, RIW, 2013, s. 768-774
- England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions** <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/475.html> (E.T. 09.01.2016)
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara, 2015.
- FÜRST, Roland F./ WİLSKE, Stephan, **Die “Best Efforts” Klausel- Eine Potantiell gefährliche Vertragsklausel**, DZWir, 1998, s. 213-215.
- GIBBS C.J./ MASON JJ/ WILSON JJ/ DEANE JJ/ DAWSON JJ [http://www.trusts.it/admincp/UploadedPDF/200902271217480.jAustralia\\_HospitalProductsvUSSurgicalCorp.pdf](http://www.trusts.it/admincp/UploadedPDF/200902271217480.jAustralia_HospitalProductsvUSSurgicalCorp.pdf) (E.T. 09.01.2016)
- HAMILTON, Leah, **Reasonable, Best and Other Endeavours**, New Zealand Law Journal, November 2012
- HARDING, David/PHILIPPS, John, **Best Efforts and Endeavours – Case Analysis And Practical Guidance Under U.S. and U.K. Law**, July 2007 <http://www.jones->

<sup>41</sup> DANİEL, s. 770.

<sup>42</sup> EREN, s. 96-97.

- day.com/Best-Efforts-and-EndeavoursCase-Analysis-and-Practical-Guidance-Under-US-and-UK-Law-07-30-2007/ (E.T. 11.01.2016)
- [http://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd\\_13021953df.html](http://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_13021953df.html) (E.T.09.01.2016)
- <http://openjurist.org/832/f2d/214/triple-a-baseball-club-associates-v-northeastern-baseball-inc-triple-a-baseball-club-associates> (E.T. 09.01.2016)
- <http://swarb.co.uk/ibm-v-rockware-glass-ltd-ca-1980/> (E.T. 09.01.2016)
- <http://www.adamsdrafting.com/downloads/Best-Efforts-Practical-Lawyer.pdf>
- <http://www.building.co.uk/all-reasonable-endeavours-jet2com-ltd-vs-blackpool-airport-ltd/5038348.article> (E.T. 09.01.2016)
- [http://www.minterellison.co.nz/Reasonable\\_best\\_and\\_other\\_endeavours\\_November\\_2012/](http://www.minterellison.co.nz/Reasonable_best_and_other_endeavours_November_2012/) (E.T. 09.01.2016)
- <https://app.justis.com/case/waters-lane-and-another-v-sweeney-and-others/overview/c5CdnXidn4Wca> (E.T. 09.01.2016)
- [https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform\\_Commercial\\_Code](https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Commercial_Code) (E.T. 11.01.2016)
- KELLY, Lorna, **How Will A Court Interpret An “All Reasonable Clause”?**, 25.11.2010  
<http://www.supplymanagement.com/law/court-reports/cpc-group-ltd-v-qatari-diar-real-estate-investment-co> (E.T. 09.01.2016)
- KENDİGELEN Abuzer, **Hukuki Mütalaalar**, İstanbul, 2015
- LEVNORE, Saul, **Obligation or Restitution for Best Efforts**, Hein Online 67 S. Cal. Rev. 1993-1994, s. 1411-1449
- PETERS, Lisa A., **Contract Law Update: Developments Of Note**, 5th Edition Negotiating And Drafting Major Business Agreement Conference, Vancouver B. C., September 20-21 2011, s. 1-21
- SIDNEL, Jane/ KNIGHT, Chris, **“Best Efforts” – “Reasonable Efforts”– “Commercially Reasonable Efforts” What Do These Terms Mean?**, June 2010 <http://documents.lexology.com/364ee9fb-653d-4ada-968e2f88d9c11a09.pdf> (E.T. 11.01.2016)
- Squire Patton Boggs Law Firm, **The End of “Best Endeavours”**, 29.05.2015, <http://documents.lexology.com/d9d8573f-8d07-4db5-a1f0-bff035275770.pdf> (E.T. 11.01.2016)
- ÜNAL, Oğuz Kürşat, **Sermaye Piyasalarında Halka Arz Sözleşmeleri ve Sözleşme Serbestliği**, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1\\_1\\_6.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_1_6.pdf)



# ULUSLARARASI GÖZETİM SÖZLEŞMESİ

## (International Preshipment Inspection Contracts)

Yrd. Doç. Dr. Oğuz CANER\*

### ÖZET

Makalede, gözetim sözleşmesinin taraflarının yükümlülükleri detaylı şekilde incelenmiştir. Gözetim kuruluşu ile akdedilen uluslararası gözetim sözleşmesi ile gözetim kuruluşu gözetim faaliyeti karşılığında ücret almaya hak kazanmaktadır. Bunun yanı sıra gözetim kuruluşunun bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise ücret ödeme borcuna ek olarak, gözetim kuruluşunun talep ettiği bilgi ve belgeleri temin etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Makalede ayrıca, gözetim sözleşmesinin hukuki niteliği ve benzer sözleşmelerden ayrılan yanları üzerinde değerlendirme yapılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Uluslararası Gözetim Sözleşmesi, dış ticarete gözetim, dış ticaret, gizlilik, sır saklama.

### *Abstract*

In the Article, obligations of the parties of the preshipment inspection contract have been examined in detailed way. Preshipment inspection contract concluded with the international preshipment inspection agency is entitled to receive remuneration for inspection activity. In addition to this, preshipment inspection agency under the obligations of acting independently and confidentiality. In addition to service charges, the other party of the contract has an obligation to ensure that the necessary information and documents required by the preshipment inspection agency organization.

In the article, in addition to these, assessment was carried out the legal nature of the preshipment inspection agency contract and compared with similar contracts.

**Keywords:** Preshipment inspection contracts, preshipment inspection, export trade, confidentiality, inspection agency organization.

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Günümüzde iletişimin ve ulaşımın kolaylaşması sayesinde uluslararası ticari faaliyetlerin konusu oldukça genişlemiş; fiziki varlığı olmayan (yazılım gibi) ürünler, inşaat sözleşmeleri gibi karmaşık edimler ihtiva eden sözleşmeler, enerji satım sözleşmeleri (elektrik enerjisi satımı, boru hatları üzerinden taşınan hidrokarbon türevlerinin satımı) gibi yeni örneklerin ortaya çıkmasına rağmen hala geleneksel şekilde mal teslimini konu alan sözleşmelerin uluslararası ticaretin önemli bir bölümünü oluşturduğu görülmektedir. Mal teslimini konu alan sözleşmeler karşımıza genellikle satım sözleşmesi olarak çıkmakla birlikte, örneğin imal edilen malların yurt dışına sevki edimini ihtiva eden eser sözleşmeleri gibi sözleşmeler de sıklıkla uluslararası ticaret işlemlerine konu olabilmektedir<sup>1</sup>.

Uluslararası ticarete konu olan sözleşmelerin yüksek meblağlı olması, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler olması, tarafların birbirleri hakkında yeterli bilgilerinin olmaması, diğer ülke piyasalarının yapısı ile ilgili bilgi eksikliği gibi sebepler, tabii oldukları riskleri ve bu risklere karşı çözüm arayışlarını arttırmaktadır. Uluslararası uygulamada bu hususta bulunan çözüm yollarından biri de gözetim uygulamasıdır.

Uluslararası gözetim bakımından ilk aşamada taraflar aralarında anlaşmak suretiyle sevkiyat konusu malların bir uluslararası gözetim kuruluşu tarafından gözetime tabii tutulması hususunu kararlaştırmaktadırlar. Uluslararası gözetim kuruluşlarının dış ticaret ilişkisine girmesi, dış ticaret işleminin konusunu teşkil eden sözleşmeye eklenen bir hüküm ile gerçekleşmektedir. Sözleşmeye eklenen hüküm ile uluslararası gözetim kuruluşunun sürece dâhil edilmesi sağlanmaktadır. İkinci aşamada, önceki sözleşmede uluslararası gözetim kuruluşu ile sözleşme yapmak maksadıyla yetkilendirilen taraf, uluslararası gözetim kuruluşu ile temasa geçerek gözetim sürecinin gerçekleşmesini sağlayan sözleşmeyi yapmaktadır.

Türk Hukuku bakımından gözetim sözleşmesi, bazı unsurları Tebliğde yer almakla birlikte, mevzuat gereği yapılması zorunlu olmayan<sup>2</sup> bir sözleşmedir. Taraflar, diledikleri takdirde mevzuatta bir kısım esasları belirlenmiş olan gözetim sözleşmesini sözleşme serbestisi prensibine uygun şekilde kurabilirler.

Bir kısım ayrıntıları mevzuatta düzenlenmiş olmakla birlikte gözetim sözleşmesi irade serbestisine tabii özel hukuk sözleşmesidir; istisnalar baki kalmak üzere uluslararası gözetim kuruluşları özel hukuk kişileridir.

<sup>1</sup> Benzer yaklaşım için bkz. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 3 (RG. 07.04.2010/27545).

<sup>2</sup> Uluslararası ticaret uygulamasında bazı devletler gözetim kuruluşu zorunluluğu getirebilmekte-  
dirler; bu takdirde sözleşme yapma zorunluluğunun varlığını kabul etmek gerekir.

## I. Tanımı

Türk hukukundaki uygulaması esas alınmak suretiyle uluslararası gözetim sözleşmesinin tanımını şu şekilde yapmak mümkündür: *Uluslararası gözetim sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki bununla uluslararası gözetim kuruluşu, yurtdışına sevk tabi mallar üzerinde objektif ve bilimsel yöntemlerle inceleme yapıp, gerekli şartlar sağlandığı takdirde rapor tanzimini üstlenmekte, buna mukabil karşı taraf da ücret ödemeyi taahhüt etmektedir*<sup>3</sup>.

## II. Tarafları

### A. Uluslararası Gözetim Kuruluşu

Uluslararası gözetim kuruluşu<sup>4</sup> statüsüne sahip olmak, uluslararası gözetim sözleşmesinin gözetim faaliyetini icra eden tarafı olabilmek için zorunlu bir unsurdur. Gözetim ilişkisinin, uluslararası gözetim kuruluşunun, bağımsızlık, dürüstlük ve tarafsızlığına duyulan güven esasına dayanması sebebiyle gözetim kuruluşunun kişiliği özel önem arz etmektedir. Gözetim talebinde bulunanlar gözetim kuruluşunun özel statüsüne ve faaliyet alanındaki tecrübesine, itibarına, mesleki bilgisine güvenmektedirler. Bu noktada kamu kuruluşu niteliğinde olsalar bile uluslararası gözetim kuruluşlarının yaptıkları işin ticari faaliyet olduğu ve ticari işlere bağlanan hüküm ve sonuçların burada da geçerli olduğu belirtilmelidir.

Uluslararası gözetim kuruluşu statüsünü kazanabilmek için Tebliğ'in 5'inci maddesinde öngörülmüş bulunan başvuru şartlarını sağlayacak şekilde müracaat yapılması gerekir. Ekonomi Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'nün incelemesi sonrasında uygun görüldüğü takdirde "*uluslararası gözetim şirketi belgesi*" verilmektedir. Bu belgenin tebliğ alınması ile birlikte uluslararası gözetim şirketi statüsü kazanılır. Uluslararası gözetim şirketi belgesine sahip olanlar, Türk Gümrük Tarife Fası Cetvellerine göre yetkili oldukları alanlarla birlikte Bakanlığın internet sitesinde ilan<sup>5</sup> edilirler.

<sup>3</sup> BİTON, Erika, *Uluslararası Gözetim Şirketleri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2000, s. 32.

<sup>4</sup> Tebliğde gözetim kuruluşu statüsü için kamu kuruluşları, şirketler veya iktisadi işletmelerin başvuru bulunabileceği belirtilmiştir. Tebliğde "*Uluslararası Gözetim Şirketi*" ifadesi kullanılmakla birlikte bu statünün kamu kurumları, şirketler ve iktisadi işletmeler tarafından temin edilebilecek mahiyette görülmesi sebebiyle bu statüyü iktisap edebilecek bütün oluşumları ifade etmek üzere "*Uluslararası Gözetim Kuruluşu*" ifadesinin kullanılması kanaatimce yerindedir.

<sup>5</sup> Türkiye'de 2015 yılı itibarıyla 146 Uluslararası Gözetim Kuruluşu faaliyet göstermektedir. Bunların 110 tanesi limitet şirket, 30 tanesi anonim şirket şeklindedir. Kalanların 2 tanesi kamu kurumu (TÜBİTAK Bursa Test ve Analiz Laboratuvarı (BUTAL) ve Türk Standartları Enstitüsü) niteliğinde olup kalan 4 tanesi ise iktisadi işletme şeklinde faaliyet göstermektedir. 146 Gözetim Kuruluşunun 40 tanesi A Tipi Gözetim Kuruluşu belgesine sahiptir. Bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/uuid/dDocName:EK-209073> İllere göre dağılım ise şu şekildedir: İstanbul 70; İzmir 25; Kocaeli 12; Mersin 12; Hatay 8; Ankara 7; Bursa 2; Balıkesir 2;

Bunlara ek olarak, uluslararası gözetim şirketi statüsü için personel yeterliliği özel önem arz etmektedir. Bu sebeple yeterli uzman personelin istihdam edildiğini kanıtlayan hizmet sözleşmesi veya işe giriş bildirgesi, Türk Gümrük Tarife Cetveli fasılları itibarıyla yetkili oldukları alanları da gösteren listesi ve eğitim durumlarını gösteren belgeler ile uzman personelin imza beyannameleri statü başvurusu yapılırken mevcut olmalıdır.

Türkiye uygulamasında iki çeşit uluslararası gözetim kuruluşu bulunmaktadır. Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği'nin<sup>6</sup> 4'üncü maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde akreditasyon sertifikasına sahip olan kuruluşlar<sup>7</sup>, "A Tipi Uluslararası Gözetim Kuruluşu" grubuna girmektedirler. Tebliğde, Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlar Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin yedinci fıkrası çerçevesinde akreditasyon sertifikasına sahip olmayan uluslararası gözetim şirketleri B Tipi Uluslararası Gözetim Kuruluşu olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında bazı işlerin yapılması A Tipi Gözetim Kuruluşlarına hasredilmiştir. Radyasyon kontrolü ve ölçümüne yönelik gözetim faaliyetinde bulunabilmek için A Tipi Gözetim Şirketi olma zorunluluğu getirilmiştir (Tebliğ 5/6). Ayrıca, A Tipi Gözetim Kuruluşu Belgesi akreditasyon süresi ile sınırlı iken, B Tipi Uluslararası Gözetim Kuruluşu Belgesi, verildiği tarihten itibaren üç yıl süreyle geçerlidir.

## B. İhracatçı-İthalatçı

Sözleşmenin karşı tarafı ise sınır ötesi mal sevkiyatını konu edinen bir sözleşmeye taraf olan kişi/kişiler olmalıdır. İstisnalar hariç olmak üzere ithalat ihracat işlerinin kural olarak ticari faaliyet olduğu ve buna bağlı olarak tarafların tacir sıfatını haiz oldukları belirtilmelidir.

Gözetime tabi dış ticaret sözleşmesinde gözetim sözleşmesini hangi tarafın yapacağı kararlaştırılmalıdır. Türkiye uygulaması bakımından gözetim sözleşmesinin taraf iradelerine tabi olduğu, kamu makamlarının talimatları ile sözleşme yapılması uygulaması bulunmadığı söylenmelidir.

---

Antalya 2; Trabzon, Çanakkale, Tekirdağ, Mardin, Gaziantep ve Zonguldak'ta birer tane. (ET. 07.08.2015).

<sup>6</sup> RG. 23.02.2012/28213.

<sup>7</sup> Akreditasyon sertifikası A Tipi Gözetim Şirketlerinin faaliyet alanını göstermek üzere tanzim edilmektedir. A Tipi Gözetim Şirketleri, akreditasyonun dışında kalan gözetim faaliyetlerini tıpkı B Tipi Gözetim Şirketlerinin tabi oldukları şartlar dâhilinde yapma imkânına sahiptirler (Tebliğ 8/1).



### III. Gözetim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

#### A. Hukuki Niteliği

Bir tarafını uluslararası gözetim kuruluşunun teşkil ettiği ve yapılan ve gözetim işlemleri sonucunda gözetim raporu tanzimi sonucunu doğurmayı amaçlayan gözetim sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını tespit etmek maksadıyla hukuki niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. İş görme sözleşmeleri içerisinde yer alan gözetim sözleşmesi hukuki nitelik itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen, rızai ve borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle, gözetim sözleşmesinin taraflarını oluşturan uluslararası gözetim kuruluşu ile gözetim talep eden arasında, sözleşmeden doğan edimleri karşılıklı olarak ifa etme yükümlülüğü altına girerler. Bir diğer ifadeyle uluslararası gözetim kuruluşlarının asli borçlarını gözetim faaliyetini yürütme, bu faaliyeti bizzat yapma ve gözetim raporunu düzenleme oluştururken; gözetim talep edenin asli borçları ise bedel ödeme ve bilgi ve belge temin etmedir.

Gözetim sözleşmesi diğer taraftan rızai bir sözleşmedir. Bu sözleşme, gözetim talep eden ile uluslararası gözetim kuruluşunun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için borçlar hukukundaki şekil serbestisi prensibi burada da geçerli olup, taraflar iradelerini belirli bir şekil içerisinde açıklamak zorunda değildirler. Bu nedenle ispat hukukuna ilişkin esaslar baki kalmak üzere, gözetim sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için her hangi bir şekil şartına bağlı olmadığı ifade edilmelidir. Ayrıca ifade olunmalıdır ki, gözetim raporunun mutlaka ıslak imzalı olması, sözleşmenin geçerliliği ile değil, bu sözleşme tahtında tanzim edilen belgenin resmi işlemlerde ve ticari hayatta kullanımına ilişkindir.

Doktrinde gözetim sözleşmesinin isimli sözleşmeler grubunda yer alan vekâlet, hizmet ve eser sözleşmesi ile mukayese yapılmak suretiyle hukuki niteliği ortaya koyma eğilimine rastlanmıştır<sup>8</sup>. Uluslararası gözetim kuruluşlarının edimi esas itibariyle bir işin yapılması niteliğinde olduğundan, gözetim sözleşmesinin iş görme sözleşmeleri arasında yer aldığını söylemek mümkündür. Bu nedenle gözetim sözleşmesinin hukuki niteliğini belirlerken bu sözleşmenin bu türdeki benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi gerekmektedir.

#### B. Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

Uluslararası gözetim kuruluşları ile yapılan gözetim sözleşmesinin hukuki nite-

<sup>8</sup> ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5'inci Baskı, İstanbul 2013, s. 30; BİTON s. 26 vd.

liğinin tayini maksadıyla doktrindeki genel eğilime uygun olarak, benzer nitelik arz eden iş görme sözleşmeleri ile mukayesesinin yapılarak konunun tartışılması uygun görülmüştür.

### 1. Eser (İstisna) Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 470'inci maddesine göre "eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Eser sözleşmesinde temel asli unsur bir eserin meydana getirilmesidir. Doktrinde genel kabul gördüğü şekliyle eser, yapılan çalışma sonucu ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenebilen, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonuçtur<sup>9</sup>.

Buna mukabil, bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici ve maddi olsun olmasın belli bir şekilde ortaya çıkmayan, bir bütün teşkil etmeyen insan emeği sonuçlarının eser olarak kabul edilmemesi eğilimi mevcuttur<sup>10</sup>. Konu irdelenirken gözetim faaliyetinin kapsamlı ve çok sayıda unsurdan oluşan karmaşık bir süreçten oluştuğu bu noktada dikkate alınmalıdır.

Diğer yandan eser kavramının teşekkülü için, sonucun yapısının yüklenicinin vaadine uygun olması gerekir. Gözetim sözleşmesinin yapılmasında Gözetim Raporu temini zorunluluğu getirilemez; bu husus gözetimin temel ruhuna aykırıdır, yani gözetim sözleşmesinde sonuç taahhüdü mevcut değildir. Uluslararası uygulamada da olumlu rapor (*Clean Report of Findings-CRF*) alınıp alınmaması ihtimalinin üzerinde durulması bu sonucu desteklemektedir. Bu hallerde sonucun doğumu yüklenicinin sözleşmeyi yaparken sahip olduğu iktidarı ya da gücü dışında baştan hesaplanamayan değişik etkenlere bağlı durumdadır<sup>11</sup>. Buna mukabil eser sözleşmesinde yüklenici bir sonucu meydana getirmeyi yüklenmektedir<sup>12</sup>. Yüklenici, iş görme sonucunu sözleşmeye uygun şekilde elde edip iş sahibine teslim ederek yükümlülüğünü yerine getirmektedir<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9'uncu Bası, İstanbul 2014, s. 956; ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13'üncü Bası, Ankara 2013, s. 456-457; ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10'uncu Bası, Ankara 2012, s. 317.

<sup>10</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 958; TANDOĞAN Haluk, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri - Cilt: II. İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri*, 5'inci Bası, İstanbul 2010, s. 5-6.

<sup>11</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 959.

<sup>12</sup> GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 3'üncü Bası, İstanbul 2014, s. 9; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2'inci Bası, Ankara 2014, s. 749; Aydın ZEVKLİLER/Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13'üncü Bası, Ankara 2013, s. 476.

<sup>13</sup> ARAL, s. 317; GÜMÜŞ, II, s. 28; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 477; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 759.

Türk Borçlar Kanunu 471/3'üncü fıkrasına göre yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa işi başkasına da yaptırabilir<sup>14</sup>. Gözetim sözleşmesinin, istisnai haller hariç olmak üzere, kural olarak uluslararası gözetim kuruluşu tarafından bizzat yapılması gereklidir.

Eser sözleşmesinde yüklenici teorik olarak bağımsız olsa da, gerçekte iş sahibinin talimatları ile bağlıdır<sup>15</sup>. Eser sözleşmesinde sözleşme konusu edim üzerinde tarafların müzakeresi ile somutlaştırılmakta iken, gözetim sözleşmesinde gözetim kuruluşunun ortaya koyacağı rapor üzerinde müzakere etme imkânı mümkün değildir. Bu kural, gözetim faaliyetinin tabii olduğu başta bağımsızlık olmak üzere temel esaslar ile uyuşmamaktadır.

Gözetim sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasından önemli benzerlikler olmasına karşın önemli farklılıklardan biri de sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda mevzuatta yer alan kısıtlamalardır. Tebliğde ve uluslararası düzenlemelerde<sup>16</sup> yer alan kısıtlamalarla tarafların irade serbestisi önemli ölçüde kısıtlanmıştır. Dolayısıyla gözetim sözleşmesinin önemli ölçüde sözleşme özgürlüğü ilkesinin kapsamı dışına çıkarıldığını söylemek mümkündür.

## 2. Vekâlet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 502'inci maddesi vekâlet sözleşmesi, "*vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*" şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde bu tanım "*vekâlet öyle bir sözleşmedir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi ve herhangi bir zaman kısıtlamasına ve sert bir bağımlılık ilişkisine tabi olmaksızın yapma borcunu, sonuç garantisi verilmemek kaydıyla yükler*" şeklinde kabul görmüştür<sup>17</sup>.

Vekâlet sözleşmesinde vekil başkasının hesabına hareket etmektedir; ücret kararlaştırılmamış olsa bile teamül gereği mevcut olmasa dahi masraflar faizi ile birlikte vekâlet verenden talep edilebilir<sup>18</sup>. Oysa uluslararası gözetim kuruluşu, kendisinden rapor talebinde bulunan tacir için faaliyet göstermekle birlikte, gözetim faaliyeti sonrasında sonuç elde etme amacı dikkat çekmektedir.

<sup>14</sup> GÜMÜŞ, II, s. 11; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 499; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 753.

<sup>15</sup> GÜMÜŞ, II, s. 9.

<sup>16</sup> *Agreement on Preshipment Inspection* [Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations 1986-1994 (WTO-GATT 1994)]; *On Pre-shipment Inspection for Exports from the Community* (Council Regulation No: 3287/94 of December 1994, OJ L 336 of 23/12/1994, p.1).

<sup>17</sup> TANDOĞAN, II, s. 356; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1121. Doktrinde bu tanıma *güven ilişkisine dayalı olma* unsuru da eklenmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, II, s. 122.

<sup>18</sup> GÜMÜŞ, II, s. 127; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 621; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 787.

Vekâlet sözleşmesinde güven ilişkisi diğer sözleşme tiplerine göre daha fazla ön plana çıkar. Bu güven ilişkisi vekâlet veren ile vekil arasındadır, oysa gözetim faaliyetinde ortaya çıkarılan sonucun objektif ve tarafsız olması devlet eliyle verilen imtiyaz ve akreditasyon ile teminat altına alınmaya çalışılmaktadır. Bununla beraber, uluslararası gözetim kuruluşlarının, kendilerine duyulan güvenin hukuki düzenlemelerle sağlanmış olan kuruluşlar olduklarını söylemek mümkündür. Vekâlet sözleşmesinde vekâlete yabancı menfaatler karşısında vekâlet verenin menfaatine tabi olmak, vekâlet verenin zarara uğraması sonucunu doğuracak her şeyden kaçınmak zorundadır<sup>19</sup>.

Vekâlet sözleşmesinde sadece vekâlet verenin menfaati ile ilgili iş veya hizmet verilmektedir. Gözetim faaliyeti yurt dışına mal sevki ihtiva eden sözleşmenin taraflarının arasındaki sözleşmenin içeriğindeki mal sevkياتının sözleşmedeki esaslara uygun olup olmadığına dönüktür. TBK 506, vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir<sup>20</sup>. Uluslararası gözetim kuruluşu taraf menfaatlerinden ziyade objektif ve tarafsız olarak gözetim faaliyetini olumlu ya da olumsuz sonuçlandırmakla yükümlüdür. Buna mukabil, vekâlet sözleşmesinde de sonuç garantisi mevcut değildir; aksi kararlaştırılmış olmadıkça özenli ve sözleşmeye uygun iş görmeye rağmen gerçekleştirilmeyen sonuçtan vekil sorumlu değildir<sup>21</sup>.

Uluslararası gözetim kuruluşları bakımından önem arz eden bir diğer husus da vekâlet sözleşmesindeki talimatlara uyma borcudur (TBK 505). Buna mukabil, uluslararası gözetim kuruluşlarının temel özelliklerinden birisi de bağımsız nitelik arz etmeleridir. Benzer şekilde; TBK 508'de yer alan hesap verme borcu da gözetim faaliyetlerinde uygulanabilir nitelikte değildir.

### 3. Hizmet (İş görme) Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

İş görme sözleşmeleri arasında en önde geleni hiç kuşkusuz hizmet sözleşmesidir. TBK 393/1 fıkrasına göre *hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*

Ücret karşılığı yapılması iki sözleşmenin benzerliklerinden ilkidir. Hizmet sözleşmesindeki ücret unsuru bizzat Borçlar Kanunu'nda düzenlemeye tabi tutulmuştur. Ticari iş olması hasebiyle gözetim sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa bile ücret talep edilebilmesi mümkündür. Sözleşmeler arasındaki ikinci benzerlik, ikisinin de bir iş görme edimini içermesidir. Buna mukabil, hizmet sözleşmesinde işverene bağımlılık özel önem arz etmektedir. Uluslararası gözetim kuruluşlarının bağımsızlıklarının,

<sup>19</sup> GÜMÜŞ, II, s. 154; TANDOĞAN II s. 407; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 778-779.

<sup>20</sup> GÜMÜŞ, II, s. 154; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 621; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 784.

<sup>21</sup> GÜMÜŞ, II, s. 131; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 779.

tarafsızlıklarının vazgeçilmez unsur olması karşısında uluslararası gözetim kuruluşu ile gözetim talep edenler arasındaki sözleşme ilişkisinin hizmet sözleşmesi ile benzeştiğini iddia etmek güçtür. Uluslararası gözetim kuruluşlarının kontrole tabi tuttuğu sevkiyatın tarafları arasında herhangi bir bağımlılık ilişkisinin bulunmaması gerekir.

Bir diğer dikkat çeken husus ise, hizmet sözleşmesi kapsamında işverenin yönetim hakkının karşısında işçinin talimatlara uyma borcunun mevcudiyetinin varlığıdır<sup>22</sup>. Hizmet sözleşmesinde yer alan işçinin genel düzenlemelere ve işverenin talimatlara uyma (TBK 399) borcunun uluslararası gözetim kuruluşunun tabi olduğu esaslar ile uyuşmamaktadır.

Hizmet sözleşmesinde işçinin, işverenin denetimine katılma borcu<sup>23</sup> da uluslararası gözetim kuruluşlarının tabi olduğu mevzuat ile bağdaşmamaktadır.

#### 4. Değerlendirme

Uluslararası ticari hayatta uluslararası gözetim şirketlerinin büyük ölçüde gelişmekte olan devletlere özgü olması<sup>24</sup> sebebiyle batı hukuklarında gözetim sözleşmesi uygulamasının oldukça dar olduğu belirtilmelidir.

Uluslararası gözetim sözleşmesini borçlar hukukunda sözleşmelerin asli edim yükümleri esas alınmak suretiyle yapılan tasnifte, iş görme sözleşmeleri içerisinde yer aldığı kabulü gerekir. Detaylı açıklamalar yukarıda yer almakla birlikte uluslararası gözetim kuruluşu ile yapılan uluslararası gözetim sözleşmesinin esas itibarıyla vekâlet ile eser sözleşmeleri ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Gözetim kuruluşlarının bağımsızlığı nedeniyle hizmet sözleşmesinde yer alan bağımlılık unsuru dolayısıyla hizmet sözleşmesi nitelendirmesinin kabulü mümkün görülmemektedir. Yine aynı şekilde gözetim kuruluşlarının objektifliği ve tarafsızlığının zorunlu oluşu, sözleşmenin tarafının emir ve talimat verme hakkının bulunmaması vekâlet sözleşmesi ihtimalini de bertaraf etmektedir.

Gözetim sözleşmesinin iş görme sözleşmeleri içerisinde en fazla benzeştiği sözleşme eser sözleşmesidir. Ancak gözetim sözleşmesinin pek çok unsurunun Tebliğde ve burada yapılan atıfla uluslararası mevzuatta belirlenmiş olması ve bunun sonucu olarak gözetim sözleşmesinin içeriğinin oluşturulmasında irade hürriyetinin büyük ölçüde kısıtlanmış olması, yüklenicinin iş sahibinin talimatları ile bağlı olması unsurları nedenleriyle gözetim sözleşmesini eser sözleşmesi olarak da nitelendirmek mümkün görülmemektedir.

<sup>22</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 868, 877; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 430.

<sup>23</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 868.

<sup>24</sup> Konuya ilişkin Avrupa Birliği düzenlemesinin giriş kısmında bu eğilim varlığını hissettirmektedir. Bkz. *On Pre-Shipments Inspection for Exports from the Community* (Council Regulation No: 3287/94 of December 1994, OJ L 336 of 23.12.1994, p.1).

*Sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak, tarafların yapmış oldukları sözleşmenin kısmen veya tamamen kanun ile düzenlenmemesi ya da kanunun başka sözleşme tipleri için öngördüğü unsurların başkaca şekilde bir araya gelmesi şeklinde olması mümkündür*<sup>25</sup>. Doktrinde, kanunda düzenlenmeyen bu gibi sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denilmektedir<sup>26</sup>. Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden birine tam olarak uymaması sebebiyle *gözetim sözleşmesini isimsiz sözleşmeler kısmına dâhil etmek gerekir*.

TBK 502/2 hükmüne göre “vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır”<sup>27</sup>. Bu düzenleme sayesinde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uluslararası gözetim sözleşmesine uygulanabilecektir. Bu noktada, borçlar hukukundaki sözleşme tiplerinin kanun tarafından düzenlenmesi uygulaması bağlamında uluslararası gözetim sözleşmesinin değerlendirmesi gerekir<sup>28</sup>. Türk hukuku bakımından konuya bakıldığında gözetim sözleşmesine ilişkin pek çok hususun Tebliğ’de düzenlendiği; Tebliğ içerisinde uluslararası düzenlemelere<sup>29</sup> yollama yapıldığı görülmektedir. Uluslararası gözetim sözleşmesi ile ilgili olabilecek hükümler Tebliğ seviyesindeki mevzuatta yer almaktadır. Konuyu düzenleyen uluslararası anlaşmaya (*Agreement on Preshipment Inspection 1994*) Türkiye Cumhuriyeti taraf değildir. Anayasa’nın 48/1’inci fıkrasında yer alan düzenleme dolayısıyla (*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*) sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin yine Anayasa’nın 13’üncü maddesine uygun olarak kanun düzeyinde hukuki çerçeveye kavuşturulmasının yerinde olacağı belirtilmelidir. Türk hukukunda başka örneklerin de bulunması sebebiyle Borçlar Hukukunda yer alan sözleşmelerin kanun tarafından düzenlenmesi uygulamasının Tebliğlerle düzenlenen sözleşmeler bakımından zedelenip zedelenmediği tartışması da ortaya çıkmaktadır. Günümüzde ticari hayatın düzenlenmesi maksadıyla çeşitli düzenleyici/denetleyici kurum ve kuruluşlara yetki verilmiştir. Ticari hayat bu kuruluşların çıkardıkları idari düzenlemeler ile düzenlenmektedir. Bu şekilde ticari hayatın gerektirdiği hızlilik ve pratikliğin sağlanmasının amaçlandığı düşünülmektedir. Gözetim sözleşmesi bakımından tarafların bu gibi idari düzenlemelere uymaları zorunludur. Aksine tutum, Tebliğde yaptırıma bağlanmıştır.

<sup>25</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 22; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA s. 10; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2008, s. 5-6; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 23-24.

<sup>26</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 22; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 10-11; GÜMÜŞ, I, s. 6; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 24.

<sup>27</sup> Önceki Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemenin aksine TBK 502/2 hükmü ile isimsiz iş kurma sözleşmelerinin kurulabilmesinin yolu açılmıştır.

<sup>28</sup> Sözleşme tiplerinin kanun ile düzenlenmesi konusu ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 2 vd.

<sup>29</sup> *Agreement on Preshipment Inspection* [Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations 1986-1994 (WTO-GATT 1994)]; *On Pre-shipment Inspection for Exports from the Community* (Council Regulation No: 3287/94 of December 1994, OJ L 336 of 23/12/1994, p.1).

Bu açıklamalar çerçevesinde, uluslararası gözetim sözleşmesini, kendine özgü yapıya (*sui generis*) sahip bir isimsiz sözleşme olarak kabul etmek mümkündür. Bununla birlikte, gözetim sözleşmesi hükümlerinin Tebliğde yer alan emredici düzenlemelere uygun olması gerektiği de şüphesizdir.

## V. Hükümleri

### A. Gözetim Talep Edenlerin Borçları

#### 1. Bedel Ödeme Borcu

Uluslararası ticarete konu olan sözleşmelerde dikkati çeken bir husus da bu sözleşmelerin çoğunlukla hazır olmayanlar arasında kurulup, hüküm ve sonuçlarını doğuran sözleşmeler olmasıdır. Bu sebeple, gözetim uygulamasının daha ziyade, sevkiyat konusu mallara nezaret edemeyen tarafın menfaatlerini korumaya yönelmiş olduğu kabul edilmelidir.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasının sonucu olarak, gözetim sözleşmesinde uluslararası gözetim kuruluşları, vermiş oldukları gözetim işlemleri karşılığında ücrete hak kazanırlar. Gözetim kuruluşlarının tacir sıfatı dolayısıyla, tacir olan veya olmayan bir kimseye ticari işletmesi ile bir iş veya hizmet gördükleri takdirde uygun ücret isteme hakları bulunmaktadır (TTK 20/1). Bedel/ücret ödeme taahhüdü, gözetim sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından biridir. Ödenen bedel kural olarak para ile tespit edilir. Ancak para dışında bir şeyin de bedel olarak belirlenmesi mümkündür.

Ücretin, uluslararası mal sevkiyatını konu edinen sözleşmede gösterilmesi mümkündür. Bu sözleşmenin tarafları gözetim ücretinin kime ait olacağını veya nasıl paylaşılacağını kararlaştırabilirler. Bu noktada önem arz eden husus, alınan kararın sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereği, sadece bu kararı alan taraflar arasındaki iç ilişkide geçerli olacağı; gözetim kuruluşu ile gözetim sözleşmesi imzalayan tarafın ücretin ödenmesinden sorumlu olması gerektiğidir.

Gözetim sözleşmesinde ücretin, bu sözleşmeye taraf olmayan alıcı tarafından ödeneceğinin kararlaştırılması, borçlar hukukuna hâkim olan “üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması ilkesine” aykırılık teşkil eder. Bu ilke aynı zamanda sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin de özel bir görünüm şeklidir<sup>30</sup>. Bununla beraber, üçüncü kişinin belirli bir edimde bulunacağı hususunda garanti verilmesi suretiyle, sözleşmede ücreti gözetim sözleşmesine taraf olmayan üçüncü bir kişinin ödeyeceği kararlaştırılabilir (TBK 128). Burada da gerçekte gözetim kuruluşu ile sözleşme yapan taraf, kuruluşu

<sup>30</sup> EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17'inci Bası, Ankara 2014, s. 19; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, İstanbul 2012, s. 424.

üçüncü kişinin gözetim masraflarını ödeyeceği hususunda bir garanti vermekte ve bu suretle kendisi borç altına girmektedir<sup>31</sup>.

Uluslararası ticarete mal teslimlerinde cari olan INCOTERMS<sup>32</sup> broşüründe yer alan düzenlemelerde gözetim masraflarının kime ait olacağına da bu noktada dikkate alınması gerekir. Bilindiği üzere, INCOTERMS derlemelerinin amacı, uluslararası ticarete mal sevkiyatını konu edinen sözleşmelerde mal teslimine ilişkin kuralları yeknesaklaştırmaktır<sup>33</sup>. Hâlihazırda en son metni 2010 tarihli olan INCOTERMS'de<sup>34</sup> yurt dışı sevke tabi malların muayenesi B9 maddelerinde düzenlemeye tabi tutulmuştur. INCOTERMS açısından önem arz eden bir husus, bazı ülkeler bakımından sevk öncesi gözetimin yasal zorunluluk arz etmesidir, resmi zorunluluklar da dâhil olmak üzere sevk öncesi gözetim masrafları şu şekilde dağıtımına tabi tutulmuştur: EXV kuralında alıcı, ihraç ülkesi yetkililerinin zorunlu tuttuğu sevk öncesi gözetim masrafları da dâhil olmak üzere bütün zorunlu sevk öncesi kontrol masraflarını ödeme yükümlülüğü altındadır. FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, FAS, FOB, CFR, CIF Kurallarında alıcı, ihraç ülkesinin zorunlu tuttuğu sevk öncesi gözetim masrafları hariç olmak üzere, bütün zorunlu sevk öncesi kontrol masraflarını ödeme yükümlülüğü altındadır. DDP Kuralında ise alıcının, satıcıya karşı ihraç veya ithal ülkesinin yetkililerinin zorunlu tuttuğu sevk öncesi gözetim masraflarını ödeme yükümlülüğü mevcut değildir. B9 Maddelerindeki düzenlemeye paralel şekilde A9 maddeleri incelendiğinde FCA, CPT, CIP, DAT, DAP, FAS, FOB, CFR, CIF Kurallarında satıcının ihraç ülkesi yetkililerinin zorunlu tuttuğu sevk öncesi gözetim masraflarını karşılaması gerektiği; DDP Kuralında ise ihraç veya ithal ülkesinin zorunlu tuttuğu sevk öncesi gözetim masraflarını karşılaması belirtilmiştir.

Konu ile olan bağlantısı ve uluslararası alanda gördüğü genel kabul dolayısıyla Uluslararası Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda (CISG) kabul edilen rejimin de bu başlık altında değerlendirilmesi gerekir. CISG'in<sup>35</sup> hazırlanış sürecinde yurt dışına sevke tabi malların muayenesi hususu dikkate alınmıştır<sup>36</sup>. Antlaşmanın birinci maddesinde "Bu anlaşmanın işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerinde<sup>37</sup> uygulanacağı" esası kabul edilmiştir. Antlaşmanın 38'inci maddesine göre "Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa

<sup>31</sup> EREN s. 1153.

<sup>32</sup> *ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms*.

<sup>33</sup> CANER Oğuz, *INCOTERMS 2010 (ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms)*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2011 Yıl 11, Sayı 18, Güz 2010/2 s. 231.

<sup>34</sup> Incoterms'in ihtiyari yapısı ve *soft law* (esnek hukuk) özelliği ile ilgili olarak bkz. CANER s. 225.

<sup>35</sup> CISG ve INCOTERMS ilişkisi için bkz. CANER s. 235 vd.

<sup>36</sup> BISHOP Bernard, *European Union Law for International Business An introduction*, 2009, s. 30.

<sup>37</sup> Bu kuralın istisnaları için bkz. CISG m. 3.



*bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır*". Niteliği itibariyle 38'inci madde tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olduğu için tarafların muayene süresi ve yöntemi konusunda anlaşma yapmaları mümkündür<sup>38</sup>. Bu bağlamda tarafların, malların muayenesini bir sevk öncesi denetim kuruluşuna bırakmaları mümkündür<sup>39</sup>. Taraflar arasında başkaca bir sözleşmenin bulunmaması halinde, ticari teamüller ve taraflar arasındaki alışkanlıklardan aksi anlaşılmadıkça sevk öncesi gözetim masraflarına alıcı katlanmalıdır<sup>40</sup>.

Sonuç olarak, gözetim masraflarının genel olarak alıcı tarafından karşılandığı görülmektedir. Bununla beraber, gözetim kuruluşu olağan gözetim hizmetini aşan hallerin varlığı halinde satıcıdan bu bedel talep edilebilir<sup>41</sup>.

## 2. Bilgi-Belge Temin Etme

Uluslararası gözetim kuruluşuna, mallar ve özellikle fiyata ilişkin talep edilen bütün belgeler temin edilmelidir. Gözetim kuruluşunun edimini ifa edebilmesi, sevk öncesi gözetim talep edenlerin bilgi ve belge temin etme ediminin öncelikle ifasına bağlıdır. Gözetim hizmetinin mevzuattaki standartlara uygun olarak yapılabilmesi, gözetim talep edenlerin işbirliği içerisinde olmasına ve gözetim için gerekli bilgi ve belgeleri tevdi edebilmesine bağlıdır. Gözetim talep edenlerin gerekli bilgi ve belgeleri temin etmeleri aynı zamanda gözetim borcunun ifasına katılmaları anlamına da gelir. Gerekli bilgi ve belgelerin verilmemesi gözetim sözleşmesini sona erdiren bir haklı sebep olarak kabul edilmelidir. Buna ek olarak, gerekli belgelerin ve bilgilerin kusurlu olarak gözetim kuruluşuna verilmemesi hukuki sorumluluğu doğurur.

## B. Gözetim Kuruluşunun Borçları

### 1. Asli Edimler

#### a) Gözetim Faaliyetinin Yürütülmesi

Uluslararası gözetim kuruluşları, gözetim faaliyetinin usulüne uygun yapılmasından dolayı sorumludur. Türk hukukunda dış ticarete konu olan mallarla ilgili olarak, bu malların kalitesinin ve miktarının kontrolü, depolama, yükleme, boşaltma ve nakil esnasındaki durumunun tespiti ile döviz kuru ve mali şartlar da dâhil olmak üzere fiyatının ve gümrük sınıflandırmasının doğruluğunun saptanmasına ilişkin gözetim faaliyetleri, imtiyaz suretiyle verilen ve kamu makamlarının sıkı denetimine tabi işlerdendir.

<sup>38</sup> BISHOP, s. 30; ZEYTİN Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Ankara 2011, s. 139.

<sup>39</sup> BISHOP, s. 31.

<sup>40</sup> ZEYTİN, s. 142.

<sup>41</sup> [http://www.export.gov/logistics/eg\\_main\\_018120.asp](http://www.export.gov/logistics/eg_main_018120.asp) (25.08.2015).

Gözetim faaliyetinin yürütülmesi, gözetim sözleşmesinde kararlaştırılmış olan esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmelidir<sup>42</sup>. Kararlaştırılan ücret karşılığında gözetim faaliyetinde bulunmak, gözetim kuruluşunun sözleşmeden doğan temel edimidir. Taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine dâhil edildiği ölçüde, bu malların kalitesinin ve miktarının kontrolü, depolama, yükleme, boşaltma ve nakil esnasındaki durumunun tespiti ile döviz kuru ve mali şartlar da dâhil olmak üzere fiyatının ve gümrük sınıflandırmasının doğruluğu hususlarını kapsar. Gözetim kuruluşu, gözetim faaliyetinin içeriğini oluşturan bu edimleri mevzuatın kendisine yüklediği özen yükümüne uygun şekilde ifa etmelidir.

Gözetim kuruluşları, gözetim faaliyeti gerçekleştirirken öncelikle, Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik hükümleri; Dünya Ticaret Örgütü'nün Sevk Öncesi İnceleme Anlaşması (*Agreement on Pre-shipment Inspection*) hükümleri ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan usul ve esaslara uygun olarak dürüst, bağımsız, tarafsız, ayırım yapmayacak şekilde ticari sırların korunması hususuna dikkat ederek gözetim faaliyetinin yürütülmesidir. Bunlara ek olarak, gözetim faaliyeti ile ilgili olarak özel düzenlemelerin de (radyasyon ölçümü gibi) dikkate alınması gerekir.

Gözetim faaliyetlerinin yürütülmesi bakımından önem arz eden hususları aşağıdaki şekilde ayrıma tabi tutarak incelemek mümkündür:

#### (1) Gözetim Faaliyetinin Bizzat Yapılması

Gözetim kuruluşu, gözetim faaliyeti için organizasyon kurarak, uzman personel temin etmekte, laboratuvar, test ortamı kurmakta, resmi imtiyaz ve izinleri alarak ticari hayata dâhil olmaktadır. Gözetim kuruluşu statüsünün imtiyaz suretiyle verilen bir iş olması, bu statüyü elde etmenin sıkı şartlara tabi olmasının bir sonucu da gözetim faaliyetinin bizzat gözetim sözleşmesinin tarafı olan gözetim kuruluşu tarafından bizzat yapılmasıdır. Gözetim kuruluşları kural olarak kendi bünyelerindeki personel ve laboratuvar imkânlarından yararlanarak, mevzuat gereği sağlanması gereken standartlarda gözetim faaliyeti vermeliyizdir.

Türk hukukunda uluslararası gözetim sözleşmesinin mutlaka bir gözetim kuruluşu ile yapılması gerekir. Gözetim raporu almak isteyenler Türkiye'de faaliyet gösteren uluslararası gözetim kuruluşlarından biri ile sözleşme yapma yoluna gitmek zorundadırlar. Gözetim kuruluşu seçiminde kurumsal kimlik, daha önceki referanslar<sup>43</sup>, ticari hayattaki itibar gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle seçim yapılmaktadır. Gözetim kuruluşlarının bağımsız güven kuruluşu niteliğinde olmaları aksi kararlaştırılmadıkça yüklenmiş oldukları edimleri bizzat kendi kurumsal yapıları içerisinde ifa etmelerini gerektirir.

<sup>42</sup> BITON s. 43.

<sup>43</sup> BITON s. 43.

Gözetim kuruluşunun kendi personeli ve alt yapısı ile gözetim sözleşmesi tah-tunda gözetim faaliyetini icra etmesinin ilk istisnası Tebliğ'in 11'inci maddesinde yer alan taşeron uygulamasıdır. Gözetim sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamış ise başka bir gözetim kuruluşundan veya tebliğdeki yeterliliklere sahip kişilerden uzman personel olarak yararlanabilirler<sup>44</sup>. Ancak yapılan işin niteliği gereği Tebliğ'de sağlanan bu imkânın istisnai olduğu, genel uygulama haline gelmemesi gerektiği beyan edil-melidir.

Bu husustaki ikinci istisnai durum, gözetim sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamış ise Tebliğdeki standartlara uygun olması kaydıyla başka laboratuvarlardan yarar-lanma imkânının bulunmasıdır. Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ile Onaylan-mış Kuruluşlar Yönetmeliği'nin 4/7'inci fıkrasına göre akreditasyon belgesine sahip olan üçüncü kişilere ait laboratuvarlardan yararlanma imkânı bulunmaktadır.

Son olarak, alt yükleniciden, kurum dışı laboratuvarlardan veya yardımcı ki-şiden yararlanmanın sözleşmeden doğan sorumluluğun devri anlamına gelmediği, sözleşmeye taraf olan uluslararası gözetim kuruluşunun sözleşmeden ve diğer hukuki sebeplerden doğan sorumluluklarının devam ettiği belirtilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında personel yeterliliği ve teknik altyapı yeterliliğinin sağ-lanmış olmasının uluslararası gözetim kuruluşları bakımından gerekliliğinin önemli olmakla birlikte zorunluluk teşkil etmediği, gözetim kuruluşunun kendisine imtiyaz suretiyle verilen iştiğal alanına ilişkin standartları korumak kaydıyla üçüncü kişiler-den ve teknik altyapıdan yararlanabileceği söylenmelidir.

#### b) Gözetim Raporunun Düzenlenmesi

Uluslararası sözleşmelerde tarafların birbirlerinin edimlerinin gereği gibi ifasın-dan emin olmalarını sağlamak amacıyla geliştirilen yollardan biri de gözetim ra-poru uygulamasıdır. Yurtdışına mal sevkinin konu edinen sözleşmenin tarafı olmayan, üçüncü kişi niteliğindeki uluslararası gözetim kuruluşlarının sözleşme konusunu teş-kil eden malların miktar, kalite, cins ve özellik itibarıyla evsafa uygunluğunun tespiti amacıyla düzenlenen belgeye Gözetim Belgesi (*Certificate of Inspection*) adı veril-mektedir. Gözetim raporu, tarafların ihtiyacına dönük olabileceği gibi kimi devletler-de kamu makamlarının resmi talepleri dolayısıyla da düzenlenebilmektedir. Gözetim raporunun akreditif işlemlerinde veya sözleşmede mal bedelinin tahsil edilebilmesi amacıyla ödeme bankasına ibrazı gereken belgeler arasında talep edilebildiği de görülebilmektedir<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Bu hususta Tebliğ'deki taşeron tabirinin hukuki bir tabir olmadığı, bunun yerine alt yüklenici tabirinin kullanılması gerektiği belirtilmelidir.

<sup>45</sup> ŞANLI s. 29-30.

Yapılan gözetim işlemleri sonucunda gözetim raporu tanzimi zorunlu değildir; yapılan gözetim sonucunda asgari koşulların sağlanmış olması ihtimalinde gözetim raporu tanzim edilecektir. Dolayısıyla bu hususta gözetim sözleşmesi sonucunda sonuç garantisinden bahsetmek mümkün değildir.

Gözetim faaliyetinin, inceleme konusu mallara ilişkin piyasa şartları değişmeden, inceleme sebebiyle taşıma ve depolama şartları değişmeden mümkün olduğu kadar süratli şekilde tamamlanması gerekir<sup>46</sup>.

Gözetim raporunda özellik arz eden dört hususa dikkat çekmek gerekir. İlk olarak, gözetim raporunda beyan edilen hususların doğruluğu garanti edilmektedir. İkinci olarak, objektif ve tarafsız olarak delil niteliğinde bir belge ortaya konmaktadır. Üçüncü olarak, olarak bu belgenin kıymetli evrak niteliği mevcut değildir. Dördüncü olarak bazı hallerde dolaylı temsil ihtimalinin tartışılması gereklidir.

### (1) Garanti Niteliği

Hukuki niteliği itibarıyla gözetim raporunun garanti belgesi niteliğinde olduğu doktrinde savunulmaktadır<sup>47</sup>. Bu belgenin tanzimi ile sözleşme konusu malların sözleşmede gösterilen evsafa uygun olduğuna dair bir karine oluşmaktadır. Gözetim belgesi sayesinde üçüncü kişiler, sözleşmeye konu malların sözleşmedeki koşulları sağlayıp sağlamadığını, siparişe uygun olup olmadığını denetlemektedirler. Gözetim raporunun bu niteliği ile sevkiyata tabi malların sözleşmeye uygunluğu hususunda garanti görevi gördüğü kabul edilmelidir.

### (2) Delil Niteliği

Türkiye uygulamasında gözetim raporu kural olarak tarafların talepleri halinde tanzim edilmektedir. Kimi hallerde de sözleşmede hüküm olmayıp da resmi zorunluluklar sebebiyle uluslararası gözetim raporu talep edilmiş olabilir. Uluslararası sevkiyatı konu edinen sözleşmede uluslararası gözetim klozu mevcut ise bunun usul hukuku açısından anlamının münhasır olmayan delil sözleşmesi olduğudur. Ancak taraflar, aralarındaki ihtilafta sadece gözetim raporunun delil teşkil edeceğini karara bağlamış iseler, bu takdirde münhasır delil sözleşmesinden bahsetmek gerekir<sup>48</sup>.

### (3) Kıymetli Evrak Niteliğinin Bulunup Bulunmadığı

Tanzim edilen gözetim raporu ile gözetim kuruluşunun belgede yer alan bilgilerin gerçeğe uygunluğunu temin edildiği, bu raporun uluslararası sözleşmenin icrası esnasında talep edilen makamlara ibraz edilebilen bir belge niteliği kazandığını söyle-

<sup>46</sup> *Agreement on Preshipment Inspection*, m. 2.15; *On Pre-shipment Inspection for Exports from the Community*, m. 4/a.

<sup>47</sup> ŞANLI s. 29.

<sup>48</sup> KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 25'inci Baskı, Ankara 2014, s. 442-443.

mek mümkündür. Tanzim edilen bu raporun kıymetli evrak vasfı bulunmamaktadır. Buna mukabil ibraz senedi niteliğinde olup olmadığına bakmak gerekir. Kanaatimce, gözetim raporunun, ilgisine ibrazının gerekmesine rağmen, sadece sözleşme konusu malların durumunu tespit amacıyla ilgili bilgi verme amacıyla tanzim edilmiş olması, maddi hukuk bakımından yetkili olan kişiye ibraz karşılığı<sup>49</sup> ifa talebi maksadının bulunmaması sebepleriyle ibraz senedi sayılması mümkün değildir. Gözetim raporunda raporun ibrazı ile senet içeriğinde yer alan mallarla ilgili herhangi bir temerrüt hali söz konusu olmaz<sup>50</sup>.

#### (4) Dolaylı Temsil Niteliği

Ayrıca gözetim raporunun sözleşme veya akreditif işlemine dâhil olmasının, genellikle ihracatçı tarafından kendi adına, ithalatçı hesabına yapılması sebebiyle alıcı ve satıcı arasında dolaylı temsil ilişkisine sebep olduğu savunulmaktadır<sup>51</sup>. Uygulamada gözetim raporu genellikle alıcının talebi üzerine, bazen de akreditif işlemleri dolayısıyla talep edilmektedir. Bu açıdan gözetim raporu temininin, ihracatçının (satıcı), kendi namına, ithalatçı (alıcı) hesabına yapıldığının kabulü gerekir<sup>52</sup>.

## 2. Yan Edimler

### a) Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Uluslararası gözetim kuruluşları, yaptıkları işin mahiyeti gereği gözetim faaliyetinde bulunurken tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını korumak zorundadırlar. Uluslararası gözetim kuruluşu gözetim faaliyetini, sözleşmenin diğer tarafından herhangi bir emir ya da talimat almaksızın, tarafsız ve bağımsız şekilde sonuca bağlamak zorundadır.

Gözetim raporunda amaç, mal sevkiyatının kontrole tabi tutularak elde edilen verilerin dürüst ve objektif olarak rapora aktarılmasıdır. Bu açıklamalar dolayısıyla gözetim kuruluşunun, kendisi ile sözleşme yapan tarafın menfaatleri doğrultusunda hareket etmesi, tarafsızlığın ihlali anlamına gelir. Ulaşılan sonuçlar, kendisinden gözetim talebinde bulunan tarafın aleyhinde bile olsa uluslararası gözetim kuruluşları objektif ve tarafsız şekilde görüşünü açıklamak zorundadır.

Tebliğ'in 13'üncü maddesinde bağımsızlık unsuru uluslararası düzenlemeler<sup>53</sup>

<sup>49</sup> ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA s. 45; PULAŞLI *Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu ile*, 3. bası, Ankara 2013, s. 21.

<sup>50</sup> ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA s. 46; PULAŞLI, s. 22.

<sup>51</sup> ŞANLI s. 30.

<sup>52</sup> ŞANLI s. 30.

<sup>53</sup> *Agreement on Preshipment Inspection* [Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations 1986-1994 (WTO-GATT 1994)]; *On Pre-shipment Inspection for Exports from the Community* (Council Regulation No: 3287/94 of December 1994, OJ L 336 of 23/12/1994, p.1).

ve Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik ile ilişkilendirilmek suretiyle kurala bağlanmıştır. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında uluslararası gözetim kuruluşlarının kendileri tarafından gerçekleştirilen ithalat/ihracat işlerinde gözetim faaliyetinde bulunamayacakları bağımsızlık ve tarafsızlık ile çelişmesi gerekçesi ile yasaklanmıştır.

Yukarıda benzer iş görme sözleşmelerinden farkları ortaya konmaya çalışılırken hizmet sözleşmesinden farkının sözleşmenin karşı tarafına karşı “bağımsızlığı” olduğu vurgulanmıştır; aynı şekilde eser sözleşmesi ile olan farklılıklar değerlendirilirken “emir talimat almama” hususunun uluslararası gözetim kuruluşlarının yaptıkları gözetim sözleşmesinin temel mantığı ile uzlaşmadığı belirtilmelidir.

#### b) Sır Saklama Yükümlülüğü

Gözetim sözleşmesi tarafların birbirlerine güven duymalarını gerektirir. Uluslararası gözetim kuruluşlarına duyulan güven bunların kuruluş ve denetimlerindeki özel düzenlemeler sebebiyle resmi makamların (imtiyaz ve akreditasyon) teminatı altındadır. Uluslararası gözetim kuruluşlarının tabi oldukları güven esasının bir sonucu da sır saklama yükümlülüğüdür.

Gözetim sözleşmesi dolayısıyla öğrenilen sırların korunması uluslararası gözetim kuruluşları ve çalıştırılan personelin sorumluluğundadır.

Tebliğ’in 13’üncü maddesinde ticari sırların korunması konusu uluslararası düzenlemeler ve Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik ile ilişkilendirilmek suretiyle ifade edilmiştir. Gözetim faaliyetinde bulunulurken tarafların ticari sırlarına ulaşılması mümkündür. Uluslararası gözetim kuruluşları gözetim faaliyetinde bulunurken taraflara ait yatırım bilgileri, ücretler, ürün özellikleri, araştırma ve geliştirme bilgileri, üretim teknikleri, piyasa bilgileri, müşteri bilgileri gibi bilgilere ulaşabilirler. Bu bilgilerin ticari sır<sup>54</sup> olması halinde, aleni hale getirilmeleri nedeniyle meydana gelen zarardan gözetim kuruluşu sorumludur. Öte yandan, açıklanmamakla birlikte ticari sırların kendi veya üçüncü kişiler yararına kullanılması da ticari sırların ihlali anlamına gelir<sup>55</sup>.

Sır saklama yükümlülüğü, uluslararası gözetim kuruluşlarının tüzel kişiliğinin yanı sıra çalıştırılan personeli de kapsar. Gözetim raporuna sağlanması amaçlanan güvenin geliştirilmesi amacıyla gözetimi yapan uzman personelin ıslak imzası aranmıştır. Islak imza aranmasının sebebi, personelin kimliğini tespit etmenin yanı sıra, gözetim faaliyeti sebebiyle öğrenilmesi muhtemel ticari sırların korunması düşün-

<sup>54</sup> Ticari sır kavramı için bkz. TURANBOY Asuman, *Ticari Sır*, Prof Dr. Tuğrul ANSAY’a Armağan, Ankara 2006, s. 368; BİLGE, Mehmet Emin, *Ticari Sırların Korunması*, Ankara 2005, s. 5-6.

<sup>55</sup> TURANBOY Asuman, *Insider Muameleleri*, Ankara 1990, s. 58.

cesidir. Bu sayede ticari sırların ifşası sebebiyle ortaya çıkabilecek zararın tazmini bakımından uluslararası gözetim kuruluşlarına ek olarak sorumlu olabilecek uzman personelin tespitinin de kolaylaştırılması amaçlanmıştır.

*c) Analiz Sonuçları, Belgeler ve Numunelerin Saklanması*

Bazı hallerde uluslararası gözetim kuruluşlarına saklama yükümlülüğü getirilmiştir. İlk olarak, uluslararası gözetim kuruluşları, gözetim raporlarının kendilerinde kalan suretini beş yıl süre ile saklamak zorundadırlar (Tebliğ 9/4). İkinci olarak, normal şartlar altında gözetim kuruluşunun kendi bünyesindeki laboratuvarlarda yapması gereken analizlerin istisnaen yeterliliği haiz üçüncü laboratuvarlarda yaptırılması halinde bu analizlere ilişkin olarak, müşteriden alınan izin yazısının beş yıl süre ile saklanması gereklidir (Tebliğ 10/2). Üçüncü olarak, gözetim faaliyetinde alt yükleniciden yararlanılması halinde alt yüklenici olarak yararlanılan kişi ve uluslararası gözetim kuruluşlarının Türk Gümrük Tarife Cetveli Fasıllarına göre yetkili oldukları alanları gösteren belgelerin beş yıl süre ile saklanması zorunluluğu bulunmaktadır (Tebliğ 11/2)<sup>56</sup>. Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmeliğin her türlü belge ve kaydı, ilgili teknik düzenlemede belirtilen süre içinde, süre belirtilmeyen hallerde ise tanzim tarihinden itibaren on yıl süreyle muhafazasının öngörülmesi ve borçlar hukukunda sözleşmelere ilişkin genel zamanaşımı süresinin on yıl olması sebebiyle Tebliğ'deki sürenin de on yıl olarak kabulü yerinde olurdu. Ayrıca, gözetim kuruluşu tarafından saklanması gerekenler içerisine, kimin tarafından yapıldığına bakılmaksızın gözetim faaliyeti için alınan, mahiyetleri izin verdiği ölçüde numunelerin ve bunlara ilişkin raporların da dâhil edilmesi gerektiği beyan edilmelidir.

*d) Şeffaflık*

Gözetim kuruluşları, tabi oldukları mevzuattaki usul ve esaslara uygun olarak gerekli şeffaflığı sağlamalıdır. Denetim kuruluşu olmaları hasebi ile öncelikle hizmet verilen sözleşmenin tarafları olmak üzere uluslararası gözetim kuruluşları ticari sırlar ve mevzuattaki kısıtlamalara riayet ederek yaptıkları faaliyetlerin şeffaflığını sağlamalıdır.

<sup>56</sup> Uluslararası gözetim kuruluşunun belge saklama yükümlülüğüne uymaması halinde Tebliğ'in 15'inci maddesindeki yaptırımlar uygulanır. 15/2(c) bendine göre, belge saklama yükümlülüğünün ihlali halinde öncelikle en fazla iki defa uyarı cezası; tekrarı halinde bir ay süreyle faaliyetten men müeyyidesi [15/2(f)], yine tekrarı halinde üç ay süreyle faaliyetten men müeyyidesi uygulanır. Üç ay süre ile faaliyetten men müeyyidesi uygulanan uluslararası gözetim şirketinin aynı konuda aynı maddelere aykırı hareket etmesi halinde altı ay süre ile faaliyetten men veya uluslararası gözetim şirketi statüsünün geri alınması müeyyidelerinden birinin uygulanmasına, aykırılığın derecesini göz önüne alarak Genel Müdürlük karar verir[15/2(g)].

Tebliğde şeffaflık ile ilgili düzenleme olmamasına rağmen Uygunluk Değerlendirme Kuruluşları ve Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelik'te şeffaf olmak bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir [bkz. m 4/3(a) ve 7/2(d)].

## SONUÇ

Uluslararası ticarete mal sevkiyatını konu edinen sözleşmeler bakımından gözetim uygulaması ülkeden ülkeye değişen oranlarda uygulama alanı bulmaktadır. Gözetim uygulamasının kabul sebepleri arasında uluslararası ticarete konu olan sözleşmelerin yüksek meblağlı olması, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler olması, tarafların birbirleri hakkında yeterli bilgilerinin olmaması, diğer ülke piyasalarının yapısı ile ilgili bilgi eksikliği gibi sebepleri zikretmek mümkündür.

Bu makalede uluslararası gözetim kuruluşları ile yapılan gözetim sözleşmesi incelenmeye çalışılmıştır. Bu sözleşmede dikkati çeken hususların başında gözetim kuruluşu kavramı yer almaktadır; bu noktada Türkiye'de kendine özgü bir gözetim kuruluşu uygulamasının geliştiğini söylemek mümkündür. Türkiye'de faaliyet gösteren gözetim kuruluşlarının bir kısmının bu alanda ihtisas ve tecrübe kazanmış yabancı kuruluşların iştirakleri olduğu belirtilmelidir.

Uluslararası gözetim kuruluşlarına ilişkin olarak çıkartılan Tebliğ, esas itibariyle idari yapılanmaya ve imtiyaz verme esaslarına ilişkin olmakla birlikte, uluslararası gözetim sözleşmesinin unsurlarını ilgilendiren hükümleri detaylı şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

Uluslararası gözetim sözleşmesi, iş görme sözleşmeleri içerisinde yer almaktadır. Ancak, hakkında kanuni düzenleme olmaması sebebiyle isimsiz sözleşmeler içerisinde yer almaktadır.

Bağımsızlık ve tarafsız davranma yükümlülüğü gözetim kuruluşlarının belirgin özelliklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası gözetim kuruluşları, yaptıkları işin mahiyeti gereği gözetim faaliyetinde bulunurken tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını korumak zorundadırlar. Gözetim faaliyetinin, kimseden herhangi bir emir ya da talimat almaksızın, tarafsız ve bağımsız şekilde sonuca bağlaması gereklidir. Buna bağlı olarak gözetim sözleşmesinin normal sona erme şekli olarak, gözetim raporu tanzim edilerek talep eden tarafa teslim edilmesine ek olarak; gözetim raporu tanzim edilemediği hallerde, gözetim sözleşmesinde sonuç garantisinin bulunmaması sebebiyle detaylı menfi raporun teslimi ile de sözleşmenin sona ermesinin mümkün olmasıdır.



**KAYNAKÇA**

- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10'uncu Bası, Ankara 2012.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2'inci Bası, Ankara 2014.
- BISHOP, Bernard, *European Union Law for International Business, An Introduction*, 2009.
- BİLGE, Mehmet Emin, *Ticari Sırların Korunması*, Ankara 2005.
- BİTON, Erika, *Uluslararası Gözetim Şirketleri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2000.
- CANER, Oğuz, *INCOTERMS 2010 (ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms)*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2011 Yıl 11 Sayı 18 Güz 2010/2, ss. 197-236.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17'inci Bası, Ankara 2014.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, 3'üncü Bası, İstanbul 2014.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I*, İstanbul 2008.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 25'inci Bası, Ankara 2014.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2*, İstanbul 2012.
- PULAŞLI Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu ile*, 3. bası, Ankara 2013.
- ŞANLI, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5'inci Bası, İstanbul 2013.
- TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri - Cilt: II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri*, 5'inci Bası, İstanbul 2010.
- TURANBOY, Asuman, *Insider Muameleleri*, Ankara 1990.
- TURANBOY, Asuman, *Ticari Sır*, Prof Dr. Tuğrul ANSAY'a Armağan, Ankara 2006, ss. 347 - 369.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9'uncu Bası, İstanbul 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13'üncü Bası, Ankara 2013.
- ZEYTİN, Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Ankara 2011.



# TAŞINMAZ SATIŞINDA SATICININ ZAPTTAN SORUMLULUĞU

(Liability of The Seller From Superior Right of a Third Person)

Doç. Dr. Sezer ÇABRİ\*

## ÖZET

Zapttan sorumluluk, satıcının alıcıya teslim edilen malda, üçüncü kişinin üstün bir hak ileri sürerek malı alıcının elinden alması veya kullanımını engellemesinden dolayı sorumlu olmasıdır. Taşınmaz satışında satıcının zapttan sorumluluğu özel olarak düzenlenmemiş, taşınır satışına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla taşınmaz satışına da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada taşınır satışında zapttan sorumluluğun koşullarını taşınmaz satışına uygulanarak, taşınmaz satışında zapttan sorumluluğun koşulları ile alıcının sahip olduğu haklar incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Taşınmaz satışı sözleşmesi, satıcının zapttan sorumluluğu, üçüncü kişinin üstün hakkı, taşınmaz, sorumluluk

## *Abstract*

The covenant of quiet enjoyment is a formal agreement in which a seller promises to protect a buyer in the event of a disturbance of his or her right to quiet enjoyment of the property he or she is buying. No specific rules exist pertaining to quiet enjoyment in respect of real estate, hence it has been held that the rules concerning movable property can be applied by way of analogy. This article, by adopting such analogy, examines the requirements for quiet enjoyment and the rights of the buyer in sales of real estate.

**Keywords:** Real estate sales contract, superior right of a third person, quiet enjoyment, liability, real estate

## GİRİŞ

Satış sözleşmesinde satıcının en önemli borçlarından biri de zapttan dolayı sorumluluktur. Zapttan dolayı sorumluluk, satıcının alıcıya teslim edilen malda, üçüncü kişinin üstün bir hak ileri sürerek malı alıcının elinden alması veya kullanımını

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

engellemesinden dolayı sorumlu olmasını ifade etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda taşınmaz satışının düzenlendiği bölümde satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Ancak TBK m. 246'daki "*Taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır*" şeklindeki hüküm uyarınca, taşınır satışı kısmında düzenlenmiş olan satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, taşınmaz satışında da kıyasen uygulamasına olanak tanınmıştır. Ancak taşınmaz hukukunun kendine has özellikleri satıcının zapttan sorumluluğunda taşınır satışına göre farklılıklar göstermektedir. Bu çalışmada, taşınmaz satışında satıcının zapttan dolayı sorumluluğunu tanımlayarak, satıcının sorumluluğunun gerçekleşmesinin koşulları ile alıcının sahip olduğu haklar açıklanacaktır.

## I. Tanımı

Zapttan sorumluluk, satış sözleşmesinde alıcıya devredilen taşınmazda, üçüncü kişinin üstün hak ileri sürerek taşınmazın alıcının elinden alması veya kullanımını engellemesine karşı satıcının sorumlu olmasını ifade etmektedir<sup>1</sup>. Satıcı, satılanın mülkiyetini üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerden arınmış bir şekilde alıcıya devretmekle yükümlüdür<sup>2</sup>. Alıcının satılana tam ve sınırsız bir şekilde malik olması gerçekleşmez, üçüncü bir kişi satılana üstün hak iddia ederse satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olur. Zapttan sorumluluk TBK m. 214'de, "*Satış sözleşmesinin*

<sup>1</sup> Öğretideki tanımlar ve açıklamalar için bkz. **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008, s. 148; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, Üzerinde Çalışılmış Üçüncü Bası, İstanbul 1977, s. 208; **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 1980, s. 248 vd.; **BİLGE**, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s. 64; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2014, s. 109; **SCHÖNLE**, Herbert/**HIGI**, Peter/**GUT**, Beat, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Dritte, wöllig neu bearbeitete Auflage, Zürich 2005, Art. 192, N. 4; **ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri 14. Bası, Ankara 2014, s. 141; **HONSELL**, Heinrich/**VOGT**, Nedim Peter/**WIEGEND**, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, Vor Art. 192-210, N. 4; **HATEMI/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 79-80; **BUHCER**, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3., erweitere Auflage, Zürich 1988, s. 88; **von BÜREN**, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, s. 15-16; **ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, 2012, s. 95; **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 131; **GÜMÜŞ**, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, İstanbul 2012, s. 63; **NOMER**, Haluk Nami/**ENGİN**, Baki İlkay, Türk Borçlar Kanunu, 2. Kısım, I. Fasikül, Özel Borç İlişkileri, 2013, s. 25; **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, 2006, s. 120.

<sup>2</sup> **BUHCER**, s. 88; **TANDOĞAN**, s. 148; **von BÜREN**, s. 15-16; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 109; **ARAL/AYRANCI**, s. 95; **SCHMID**, Jörg/**STÖCKLI**, Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich-Basel-Genf 2010, s. 40.

*kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Satıcının zapttan sorumluluğu mülkiyeti geçirme borcunun sonucu ve yaptırımıdır<sup>3</sup>. Satış sözleşmesi uyarınca taşınmazın mülkiyeti tapuda yapılan tescille bir kişiye devredilmiş olsa bile üçüncü kişinin taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı iddia ederek taşınmazın adına tescilini sağlaması veya alıcının mülkiyet hakkını ihlâl edecek bir hak ileri sürmesi mümkündür. Bu durum ise satıcının mülkiyeti devir borcunun tamamen veya kısmen yerine getirmesini engeller. Satıcının kısmen veya tamamen mülkiyeti devir borcunu yerine getirememesi TBK m. 112 anlamında borca aykırılık oluşturur ve alıcı, borcu aykırılık hükümlerine başvurabilir<sup>4</sup>. Ancak Kanun Koyucu satış sözleşmesinde, üçüncü kişinin satılan üzerinde üstün hak iddia etmesi ihtimaline karşı özel hükümlerle, alıcıya ek bir koruma sağlanmıştır. Satış sözleşmesi uyarınca taşınmaz bir kişiye devredildikten sonra üçüncü bir kişi taşınmaz üzerinde üstün bir hak ileri sürerse uyuşmazlığa zapttan dolayı sorumluluğun düzenlendiği TBK m. 214-218 hükümleri uygulanır.

Zapt, tam veya kısmi olabilir. Tam zapt, üçüncü kişinin satılan üzerinde tamamen hak sahibi olmasını ifade eder<sup>5</sup>. Bu durum TBK m. 217/I’de, “*Satılanın tamamı alıcının elinden alınmışsa...*” şeklinde ifade edilmiştir. Taşınmazlar bakımından tamamen zapt, üçüncü bir kişinin taşınmaza malik olmasını ve mülkiyet hakkına dayalı olarak üstün hakkını ileri sürerek taşınmazın kendisine devrini istemesini ifade eder. Bu istem de üstün hak sahibinin açacağı yolsuz tescilin düzeltilmesi (TMK m. 1025) veya alacak hakkına dayalı olarak açılan tescile zorlama davasıyla olur (TMK m. 716). Örneğin, bir kimse başkasına ait bir taşınmazı sahte nüfus cüzdanıyla satar, alıcı satıcının tasarruf yetkisinin bulunmamasından dolayı mülkiyeti kazanamaz. Gerçek hak sahibinin yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açması halinde zapta girişmiş olur ve satıcının zapttan sorumluluğu gerçekleşir. Uygulamada sıklıkla karşılaştığı üzere bir kimsenin satın aldığı taşınmazın orman sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle açılan davalar da tam zapt olarak kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Ormanlar özel mülkiyete konu olmadıgından orman sınırları içinde kalan taşınmazın özel mülkiyete konu

<sup>3</sup> TANDOĞAN, s. 148; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 110; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 132; YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (15.03.2015).

<sup>4</sup> TANDOĞAN, I/1, s. 148.

<sup>5</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 192, N. 36; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 114; TANDOĞAN, s. 158; SCHMID/STÖCKLI, s. 42; GÜMÜŞ, s. 67; Yargıtay tam zaptı, şeyin tamamı üzerinde üçüncü kişinin mülkiyet hakkına sahip olması şeklinde tanımlamıştır. Bkz. YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (15.03.2015).

<sup>6</sup> YHGK, E. 2010/ 13- 618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.kararara.com (29.03.2015); Yargıtay 13 HD, E. 1998/10164, K. 1999/1545, T. 04.03.1999, www.legalbank.net (29.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/2156, K. 2011/10211, T. 27.06.2011, www.legalbank.net (29.03.2015).

olacak şekilde tapuya kaydedilmesi, bu taşınmazları özel mülkiyete elverişli hale getirmez. Bundan dolayı orman sınırları içinde kalan taşınmazların tapularının iptal edilmesi tam zapt niteliğinde değildir.

Kısmi zapt ise, üçüncü bir kişinin alıcının mülkiyet hakkını sınırlayan bir hak ileri sürmesini ifade eder<sup>7</sup>. Bu durum TBK m. 218'de "*Satılanın bir kısmı elinden alınmış veya satılan sınırlı aynı bir hakla yüklenmişse...*" şeklinde ifade edilmiştir. Taşınmaz satışında kısmen zaptta, taşınmazın bir kısmının başkasına ait veya taşınmaz üzerinde üçüncü bir kişinin sınırlı aynı hak sahibi olmasını örnek verebiliriz<sup>8</sup>. Ancak taşınmaz üzerinde üçüncü bir kişinin üstün bir hak ileri sürerek alıcının mülkiyet hakkının verdiği yetkileri sınırlaması oldukça zordur. TMK m. 1020 gereği tapu sicili aleni olup, hiç kimse tapu kütüğündeki kaydı bilmediğini ileri süremediğinden, tapu kütüğünde yer alan sınırlı aynı haklar ile şerh edilmiş kişisel haklara dayalı olarak ileri sürülen haklardan dolayı, ayrıca bir taahhüdü yoksa satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz. Kısmi zapta İmar Kanunu m. 18/8'i örnek verebiliriz. Bir yerde arazi ve arsa düzenlemesi yapılırsa, idare, düzenleme alanındaki taşınmazları birleştirerek paylı mülkiyet oluşturabilir. İşte düzenleme öncesi bir kişiye ait olan yapı, düzenleme sonucu paylı mülkiyete konu bir parsel üzerinde kalsa bile, yapı paylı mülkiyete konu olmaz<sup>9</sup>. Böyle bir taşınmazdaki payı satın alan kişi, yapının başkasına ait olduğunu öğrenirse ve yapının maliki alıcının yapıdan yararlanmasını engellerse kısmi zapt söz konusu olur.

## II. Hukukî Niteliği

Satıcının zapttan sorumluluğu kanundan doğan bir borçtur<sup>10</sup>. Satıcı, satılan üzerinde üçüncü kişinin üstün hakkı olmadığını taahhüt etmese bile bu borç kanunen mevcuttur; bunun için ayrıca sözleşmede herhangi bir hükme yer verilmesine gerek yoktur.

<sup>7</sup> TANDOĞAN, s. 161; SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 192, N. 37; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 114; GÜMÜŞ, s. 67; von BÜREN, s. 17; SCHMID/STÖCKL, s. 42.

<sup>8</sup> Öğretide, kısmi zapta, satılan üzerinde ortak mülkiyet payı veya sınırlı bir aynı hak ya da şerh verilmiş bir hakkın ileri sürülmesi veya satılanın eklentisi üzerinde mülkiyet hakkı iddia edilmesi örnek verilmektedir. Bkz. TANDOĞAN, s. 161.

<sup>9</sup> İmar Kanunu m. 18/8'de yapılar arazinin bütünüyle parçasıdır kuralına bir istisna getirilmektedir.

<sup>10</sup> TANDOĞAN, s. 148; BİLGE, s. 64; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 110; ZEVKLİLER/GÖK-YAYLA, s. 141; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 79; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 132; Yargıtay 13. HD, T. 18.03.1985, E. 1985/ 451, K. 1985/1794, www.hukukturk.com (10.12.2014); Yargıtay 13. HD, T. 20.12.2011, E. 2011/13524, K. 2011/19637, www.hukukturk.com (10.12.2014); Yargıtay 13. HD, E. 2010/14192, K. 2011/3550, T. 09.03.2011, www.kararara.com (29.03.2015).

Zapttan sorumluluk satıcının kusuruna dayanmayan bir sorumluluktur<sup>11</sup>. Diğer bir ifadeyle satıcı, satılan üzerinde üçüncü kişinin üstün hak sahibi olmasında kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Ancak TBK m. 214/II'de, alıcının, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyorsa, satıcı ayrıca üstlenmiş olmadıkça zapttan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere alıcının zapt tehlikesini bilmesi halinde satıcının zapttan sorumlu olması, ayrıca taahhütte bulunmasına bağlıdır.

Zapttan sorumluluğun düzenlendiği hükümler emredici nitelikte değildir<sup>12</sup>. Taraflar anlaşarak satıcının zapttan sorumluluğunu kısmen veya tamamen kaldırebilirler. Ancak satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 214/III)<sup>13</sup>. Tarafların anlaşarak satıcının zapttan dolayı sorumluluğunun kapsamını genişletmesine bir engel bulunmamaktadır<sup>14</sup>. Örneğin taraflar anlaşarak satıcının kusuru olmasa bile zapttan dolayı alıcının uğramış olduğu müspet zararların da tazmin edilmesi kararlaştırılabilir. Ancak tüketicinin taraf olduğu konut veya tatil amaçlı konut satışına ilişkin sözleşmelerde satıcının zapttan dolayı sorumluluğunun kaldırılması mümkün değildir. TKHK'da her ne kadar zapttan sorumluluğa ilişkin hüküm bulunmasa da tüketici işlemlerinin nispi emredici nitelikte olması, satıcının sorumluluğunun kısmen veya tamamen kaldırılmasına engel olmaktadır.

Satıcının zapttan sorumluluğu tali nitelikte bir borçtur<sup>15</sup>. Bu sorumluluk mülkiyeti devir borcunun tamamlayıcısı niteliğindedir<sup>16</sup>. Bundan dolayı tapuda tescil yapılmadığı veya tescilsiz mülkiyet kazanılmadığı sürece satıcının zapttan sorumluluğu doğmayacağı gibi, satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olması veya herhangi bir sebeple ortadan kalkması da sorumluluğu sona erdirir<sup>17</sup>. Örneğin, irade bozukluğuna dayanarak sözleşmenin iptal edilmesi veya borçlunun temerrüdüne dayanılarak sözleşmeden dönülmesi halinde satıcının zapttan sorumluluğundan söz edilemez<sup>18</sup>.

Satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümler, TBK m. 112 karşısında özel hüküm niteliğindedir<sup>19</sup>. Öğretide tartışmalı olan hususlardan biri satıcının zapttan sorumluluğu koşullarının gerçekleştiği hallerde alıcının TBK m. 112 vd. hükümleri-

<sup>11</sup> TANDOĞAN, s. 148; HATEMİ/ARPAÇI/SEROZAN, s. 80; SCHMID/STÖCKLI, s. 41; Yargıtay 13. HD, E. 2010/10519, K. 2011/897, T. 26.01.2011, www.hukukturk.com (15.03.2015).

<sup>12</sup> TANDOĞAN, s. 149; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 110.

<sup>13</sup> TANDOĞAN, s. 149; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 110.

<sup>14</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 110.

<sup>15</sup> TANDOĞAN, s. 149; NOMER/ENGİN, s. 26; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 134.

<sup>16</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 59.

<sup>17</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 111; TANDOĞAN, s. 149; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 134.

<sup>18</sup> TANDOĞAN, s. 149; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 134; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 111.

<sup>19</sup> GÜMÜŞ, s. 64.

ne başvurma imkânının bulunup bulunmadığıdır. Öğretide bir görüş, satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin TBK m. 214-218'in özel hükümler niteliğinde olduğunu, bu hükümlerin varlığının TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanmasını engellediğini kabul etmektedir<sup>20</sup>. Bu görüşe göre, zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler özel hüküm niteliğinde, kusura dayanmayan bir sorumluluktur. Oysa TBK m. 112 vd. hükümlerine dayanan sorumlulukta satıcının kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür. Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise satıcının zapttan sorumluluğunun koşulları bulunsa bile alıcının TBK m. 112'ye göre tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir<sup>21</sup>.

Zapttan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş olsa bile alıcının zapt hükümlerine başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır; alıcı TBK m. 112 vd. hükümlerince satıcının sorumluluğuna başvurabilir. Ancak burada bir hususu vurgulamak gerekir. Alıcının genel hükümlere göre tazminat istemesi halinde satıcının ayrıca kusurlu olması aranır. Satıcı aleyhine kusur karinesi getirilmiş olmakla birlikte kusursuzluğunu ispat etmesi, satıcının genel hükümlere göre sorumluluğunu ortadan kaldırır. Oysa alıcının TBK m. 124 vd. hükümlerine başvurması daha lehinedir. Satıcının sorumluluğuna başvurmak için dolaylı zararlar dışında kusurlu olması aranmamaktadır. Diğer bir ifadeyle satıcının kusursuzluğunu ispat etmesi, sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yargıtay da zapttan sorumluluk koşulları bulunsa bile alıcının zapttan sorumluluk hükümleri yerine TBK m. 112 vd. tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmektedir<sup>22</sup>. Zapttan dolayı sorumluluk ile saikte yanılma veya aldatma hükümlerinin de yarışabileceği kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Örneğin, bir kimsenin satın aldığı eşyanın çalıntı olması halinde alıcı, zapttan dolayı sorumluluk hükümlerine başvurmaksızın sözleşmeyi iptal edebilir.

<sup>20</sup> **BUCHER**, s. 90; **HONSELL**, Vor Art. 192-210, N. 6; *Tandoğan*, satıcını nakil borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde TBK m. 112 vd. hükümlerine dayanmanın mümkün olduğunu, ancak pratik düşüncelerle zapttan dolayı sorumluluğu ilişkin özel hükümler konulduğunu ve alıcıya ek bir koruma sağlandığını belirtmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 148; *Tunçomağ*, zapttan sorumluluğun koşullarının gerçekleştiği hallerde ifa etmemeye ilişkin hükümlere gidilemeyeceğini, ancak zapttan sorumluluğun koşullarının bulunmadığı hallerde ifa etmemeye ilişkin genel hükümlere gidilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 209; Aynı yönde bkz. **ARSLANLI**, Halil, Ticari Bey, 4. Bası, İstanbul, 1955, s. 256;

<sup>21</sup> **FEYZİOĞLU**, s. 251; **BİLGE**, s. 65; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 110; **HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI**, s. 80; **GÜMÜŞ**, s. 64.

<sup>22</sup> YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>23</sup> **TANDOĞAN**, s. 148; **HONSELL**, Vor Art. 192-210, N. 7, 8; **GÜMÜŞ**, s. 64; Aksi görüş için bkz. **BUCHER**, s. 90.



### III. Sorumluluk Şartları

#### A. Maddi Şartlar

##### 1. Geçerli Bir Satış Sözleşmesinin Varlığı

Taşınmaz satışında satıcının zapttan dolayı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için öncelikle geçerli bir satış sözleşmesinin bulunması gerekir<sup>24</sup>. Taşınmaz satışı sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı olup (TBK m. 237, TMK m. 706), resmiyeti verecek makam tapu memurudur (Tapu K. m. 26). Sözleşmenin herhangi bir sebeple kesin hükümsüz olduğu veya herhangi bir sebeple iptal edildiği ya da borçlu temerrüdü hükümlerince sözleşmeden dönüldüğü hallerde zapttan sorumluluk söz konusu olmaz. Örneğin taşınmaz satışı sözleşmesi ehliyetsizlik, şekle aykırılık, muvazaa, imkânsızlık sebebiyle kesin hükümsüzse, sözleşme irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilirse ya da borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönülürse satıcının zapttan sorumluluğuna gidilemez. Zapttan sorumluluğun söz konusu olabilmesi taşınmaz satışı sözleşmesinin geçerli olarak varlığına sürdürmesine bağlıdır.

Taşınmazın mülkiyetinin devrine yönelik taahhütte bulunulması, sorumluluğun gerçekleşmesi için de yeterli değildir. Zapttan sorumluluğun doğması geçerli bir borçlandırıcı işlemle birlikte mülkiyetin devrine yönelik tasarruf işleminin yapılmasına (tescile veya mülkiyetin tescilsiz geçmesine) bağlıdır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı hallerde üçüncü kişi taşınmaz üzerinde üstün hak iddiasında bulunsa bile alıcı, satıcının sorumluluğuna başvuramaz; bu halde henüz geçerli bir satış sözleşmesi kurulmamıştır.

Yargıtay'ın bu konuyla ilgili çelişkili kararları bulunmaktadır. Bir uyuşmazlıkta Yargıtay, vakıf tarafından davacıya satılan kamu malı niteliğindeki taşınmaza ilişkin satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğuna karar vermiştir<sup>25</sup>. Mahkeme kararında, kamu mallarının özel mülkiyete elverişli olmadığını, kanuna aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan sözleşmeye konu taşınmazın hukuka uygun yolla zapt edilmesi

<sup>24</sup> TANDOĞAN, s. 149; SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 192, N. 30; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 111; GÜMÜŞ, s. 65; AYDOĞDU/KAHCEVİ, s. 134.

<sup>25</sup> YHGK, E. 2003/13-414, K. 2003/410, T. 11.06.2003, www.kararara.com (29.03.2015). Öğretide, özel mülkiyete konu olmayan kamu mallarının satışına ilişkin sözleşmenin imkânsızlıktan dolayı kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 89; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 128. Ormanlar kamu malı niteliğindedir. Anayasa'nın 169. maddesinde devlet ormanlarını mülkiyetinin devredilemeyeceği, zamanlaşımıyla mülkiyetinin kazanılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca devlet ormanlarının özel mülkiyete konu olamayacağı açıktır. Bundan dolayı devlet ormanlarını konu alan satış sözleşmeleri başlangıçtaki imkânsızlıktan dolayı kesin olarak hükümsüzdür.

halinde zapt hükümlerinin uygulanmayacağını, davacı geçersiz sözleşmeye dayanarak sadece ödediği satış bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerince isteyebileceğini belirtmiştir. Başka bir uyuşmazlıkta, davacı, evveliyatı orman olan bir taşınmaz satın almış, söz konusu taşınmazın orman arazisi olduğu gerekçesiyle dava açılarak tapusu iptal edilmiştir. Davacı, tam zapt hükümlerince taşınmazın rayiç değerini ödenmesi talebiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğuna hükmederek davacının menfi zararlarının tazminine karar vermiştir. Yargıtay ise yapılan satış sözleşmesinin geçerli olduğunu kabul etmiş ve davacının müspet zararlarının karşılanması gerektiğine karar vermiştir<sup>26</sup>. Yargıtay'ın ağırlıklı görüşü, sözleşmeye konu olan taşınmaz orman sınırları içinde kalsa bile sözleşme geçerli olup, satıcının zapttan sorumluluğuna başvurulabileceği yönündedir.

Yargıtay'ın kamu mallarının satışına ilişkin sözleşmelerin başlangıçtaki imkânsızlıktan dolayı kesin hükümsüz olduğu yönündeki kararı yerindedir. Orman arazilerinin yanlışlıkla tapuya kaydedilmesi bu taşınmazları özel mülkiyete elverişli hale getirmez. Tapuya kaydedildikten sonra da bu taşınmazların satışına ilişkin sözleşmeler başlangıçtaki imkânsızlıktan dolayı kesin hükümsüzdür (TBK m. 27/I). Satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu hallerde satıcının zapttan dolayı sorumluluğu söz konusu değildir. Bundan dolayı Yargıtay'ın tapuya kaydedilmiş orman arazilerinin satışında satıcının zapttan sorumlu olduğuna karar vermesi yerinde değildir.

## 2. Alıcı Adına Tapuda Tescilin Yapılması veya Mülkiyetin Tescilsiz Kazanılması

Taşınır satışı sözleşmesinde satıcının zapttan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için mülkiyetin alıcıya devredilmiş olması gerekir<sup>27</sup>. Zapttan sorumluluk mülkiyeti devir borcunun tamamlayıcısı niteliğinde olduğundan mülkiyetin geçmediği hallerde zapttan sorumluluk da söz konusu olmaz. Eğer üçüncü kişi teslimin-

<sup>26</sup> Yargıtay 13. HD, E. 2010/10479, K. 2011/12688, T. 15.09.2011, www.legalbank.net (29.03.2015). Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 13 HD, E. 1998/10164, K. 1999/1545, T. 04.03.1999, www.legalbank.net (29.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/2156, K. 2011/10211, T. 27.06.2011, www.legalbank.net (29.03.2015); YHGK, E. 2010/ 13- 618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.kararara.com (29.03.2015).

<sup>27</sup> TANDOĞAN, s. 151; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 112; BUCHER, s. 89; FEYZİOĞLU, s. 251; TUNÇOMAĞ, s. 211; GÜMÜŞ, s. 65; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 142; SCHMID/STÖCKLI, s. 42; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 83; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 134; Yargıtay, taşınmaz satışına ilişkin uyuşmazlıkta zapttan sorumluluğun koşullarını açıklarken malın teslim edilmesi gerektiğini, teslimin hiç gerçekleşmemesi halinde satıcının TBK m. 112 vd. hükümlerince sorumluluğuna başvurulabileceğine karar vermiştir. Bkz. YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (15.03.2015). Oysa bu açıklama taşınmaz satışı sözleşmesi bakımından yerinde değildir. Taşınmaz satışında malın teslimi olmaz, alıcı adına tescil söz konusu olur. Bundan dolayı taşınmazlarda satıcının zapttan sorumluluğunu açıklarken taşınmazlardaki malın teslimi koşulu, taşınmaz satışlarında taşınmazın alıcı adına tescili şeklinde ifade edilmelidir.

de önce taşınırı zapt ederse, bu halde zapttan sorumluluk hükümlerine gidilemez<sup>28</sup>; satıcı TBK m. 112'ye göre borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı sorumlu olur<sup>29</sup>.

Taşınmaz satışında ise mülkiyetin devri kural olarak tapuda yapılan tescille geçtiğinden (TBK m. 705/I), satıcının zapttan sorumlu olması için öncelikle alıcı adına tapuda tescilin yapılmış olması gerekir<sup>30</sup>. Alıcı adına tescil yapılmadığı sürece kural olarak satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak şunu belirtelim; zapttan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için tescilin geçerli olması şart değildir. Zaten üçüncü kişinin taşınmaz üzerinde üstün hak ileri sürmesi ya tescilin geçerli olmamasından kaynaklanmakta ya da alıcı mülkiyet hakkını kazanmakla birlikte üçüncü kişinin taşınmaz üzerindeki bir hakkına katlanmak zorunda kalmaktadır.

Tapu uygulamasında satış sözleşmesi ile tescil işlemi arasına zaman girmemekte, borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi tapuda aynı anda yapılmaktadır. Bundan dolayı taşınır satışında olduğu gibi borçlandırıcı işlemde sonra fakat tescilden önce bir kimsenin taşınmaz üzerinde üstün hak iddia etmesi fiilen mümkün değildir.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı hallerde de satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olur. Kural satıcının sorumluluğunun tapuda alıcı adına tescilin yapılmasıyla başlaması olsa da, alıcının taşınmazın mülkiyetini tescilsiz kazandığı hallerde mülkiyetin geçiş anı, zapttan dolayı sorumluluğun başladığı andır. Diğer bir ifadeyle taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı hallerde alıcı adına açıklayıcı tescilin yapılması zorunlu olmayıp mülkiyetin geçmesiyle birlikte zapttan sorumluluk başlamaktadır. Örneğin, alıcı ile satıcı, yapmış olduğu taşınmaz satış vaadi sözleşmesine rağmen satıcı, tapuda satış sözleşmesini yapmaktan kaçınırsa ve alıcı mülkiyetin hükmen geçişi için dava açarsa (TMK m. 716), mahkemenin kararının kesinleşmesiyle alıcı tescilsiz olarak (TMK m. 705/II) hükmen mülkiyeti kazanmakta, sonradan yapılacak tescil açıklayıcı nitelikte olmaktadır. İşte bu halde alıcı, mahkeme kararının kesinleşmesiyle mülkiyet hakkını kazandığından satıcının zapttan sorumluluğu da kararın kesinleştiği andan itibaren başlamaktadır.

### 3. Üçüncü Kişinin Zaptı Sağlayan Üstün Bir Hakkının Bulunması

Zapttan dolayı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için sözleşmenin kuruldu-

<sup>28</sup> TANDOĞAN, s. 151; GÜMÜŞ, s. 66; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 112.

<sup>29</sup> TANDOĞAN, s. 151; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 112; GÜMÜŞ, s. 65.

<sup>30</sup> Taşınır satışında zapttan sorumluluğun gerçekleşmesi için gereken satılanın teslim edilmiş olması koşulunu, taşınmazlar bakımından taşınmazın alıcı adına tescil edilmiş olması şeklinde uyguluyoruz. Zapttan sorumluluğun gerçekleşmesi için satılanın teslim edilmesi gerektiği hakkında bkz. TANDOĞAN, s. 151; TUNÇOMAĞ, s. 211; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 112; BUCHER, s. 89; FEYZİOĞLU, s. 251; GÜMÜŞ, s. 65; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 142; SCHMID/STÖCKLI, s. 42; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 83.

ğu sırada üçüncü kişinin satılan taşınmaz üzerinde alıcıya nazaran üstün bir hakkının bulunması gerekir<sup>31</sup>. Üstün hak, üçüncü kişinin taşınmaz üzerinde mülkiyet, sınırlı aynı hak veya şerh edilmiş kişisel bir hakka sahip olmasını ifade eder. Ancak taşınmazlar bakımından satıcının zapttan sorumluluğunun söz konusu olması oldukça sınırlıdır. Örnek vererek açıklamak gerekirse, satıcının satılan üzerinde tasarruf yetkisi olmasa bile alıcı, tapu kütüğüne güven ilkesi gereği iyiniyetle taşınmazın mülkiyetini kazanabilmekte (TMK m. 1023), üçüncü kişi, alıcıdan herhangi bir talepte bulunmamaktadır.

Sınırlı aynı haklar bakımından da aynı şey söz konusudur. Aynı hak henüz tapuya tescil edilmemişse ve iyiniyetliyse, alıcı mülkiyeti bu haklar olmaksızın kazanır ve sınırlı aynı hak sahibi bu hakları alıcıya karşı ileri süremez. Alıcı, tescil anında bu hakların varlığını biliyorsa, zaten zapttan dolayı sorumluluk söz konusu olmaz. Çünkü zapttan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için alıcının üçüncü kişinin üstün hakkını bilmemesi gerekir. Bunun tek istisnası satıcının açık taahhüdünün bulunmasıdır. Satıcının taahhüdü varsa, alıcı üçüncü kişinin üstün hakkını bilse bile, zapttan sorumluluğu devam eder. Örneğin taşınmazda bir geçit irtifakı varsa, satıcı, hak sahibinin hakkını kullanmayacağını taahhüt edebilir. İşte bu gibi hallerde alıcı, zapt tehlikesini bilse bile üçüncü kişinin hakkını alıcıya karşı ileri sürmesi halinde taahhüdünden dolayı satıcıya başvurabilir (TBK m. 214/II).

Zapttan dolayı sorumluluğun söz konusu olabileceği hollere satıcının taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin olmadığı halleri örnek verebiliriz. Örneğin, satıcının sah-te belgelerle taşınmazı malikiymiş gibi satması halinde alıcı, iyiniyetli olsa bile mülkiyeti kazanamaz. İşte bu halde gerçek hak sahibinin yolsuz tescilin düzeltilmesi davası

<sup>31</sup> **TANDOĞAN**, s. 151-152; **GIGER**, Hans, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band IV, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch, 3. Abschnitt, Der Grundstückskauf, Bern 1997, Art. 221, N. 41; **SCHÖNLE/HIGI/GUT**, Art. 192, N. 44; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 112; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 142; **GÜMÜŞ**, s. 66; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 82-83; YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay, 13. HD, E. 2001/12009, K. 2001/785, T. 29.01.2001, www.kazanci.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2000/12009, K. 2001/785, T. 29.1.2001, www.kazanci.com (05.03.2015). Bir uyuşmazlıkta Yargıtay satılanın yargılama sırasında ihtiyari tedbir olarak alıcının elinden alınıp, yediemine bırakılmasının zapttan dolayı sorumluluğa yol açmayacağına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 13. HD; 2002/17878, K. 2002/6171, T. 27.05.2002, www.hukukturk.com (05.03.2015). Başka bir uyuşmazlıkta bir kimse yurt dışından ithal edilen bir aracı satın almış, ancak araca ithali sırasındaki usulsüzlükten dolayı Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğü tarafından el koyulmuştur. Araç daha sonra ceza mahkemesi kararı ile alıcıya teslim edilmiş ancak trafik siciline “devredilemez ve satılamaz” kaydı koyulmuştur. Yargıtay bu uyuşmazlıkta, zapttan değil, ayıptan dolayı sorumluluğun söz konusu olduğuna karar vermiştir. Bkz. YHGK, E. 2011/597, K. 2012/80, T. 15.02.2012, www.hukukturk.com (05.03.2015). Kanaatimizce Yargıtay’ın kararı yerindedir. İdare, satım konusu araca el koymamış, kamu hukukuna dayanan bir yetkiye dayanarak mülkiyet hakkının kullanılmasını kısıtlamıştır. Aracın mülkiyeti hala alıcıda olduğundan, aracını devrinin yasaklanması hukuki ayıp niteliğindedir. Bu halde satıcı, ayıptan dolayı alıcıya karşı sorumludur.

açması halinde zapt gerçekleşecek ve alıcı satıcının sorumluluğuna başvurabilecektir. Ancak satıcının sorumluluğunun gerçekleşmesi için sözleşmenin kurulduğu sırada alıcının zapt tehlikesini bilmemesi gerekir. Alıcı zapt tehlikesini biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, satıcının sorumluluğuna başvuramaz.

Şerh edilmiş kişisel hakların satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna yol açıp açmayacağı tartışmalıdır. Öğretideki ağırlıklı görüş, üçüncü kişiye ait tapu kütüğüne şerh edilmiş kişisel hakların satıcının zapttan sorumluluğuna yol açacağını kabul etmektedir<sup>32</sup>. Aksi görüş ise satılan üzerinde mülkiyetten başka sınırlı bir aynı hakkı veya tapuya şerh verilmiş kişisel haklarda alıcının zapt tehlikesini bilmediğini ileri süremeyeceğini ve zapttan sorumluluk hükümlerine başvuramayacağını savunmaktadır<sup>33</sup>. Kanaatimizce, şerh edilmiş kişisel haklar bakımından satıcının kural olarak zapttan dolayı sorumluluğu söz konusu olmaz. TMK m. 1020'ye göre, tapu kütüğü aleni olup, hiç kimse tapu kütüğündeki kaydı bilmediğini ileri süremez<sup>34</sup>. Zapttan sorumluluğun koşullarından biri alıcının zapt tehlikesinin bilmemesi olduğuna göre, alıcının, tapu kütüğünde yer alan şerhi bilmediğini ileri sürmesi mümkün değildir. Kanun Koyucu tapu kütüğünde yer alan yazımlar bakımından, bu yazımları herkesin bildiğine ilişkin bir faraziye getirmiştir<sup>35</sup>. Bir kimse herhangi bir sebeple tapu kütüğünü incelememiş olsa bile kanun gereği bunları bildiği farz edilir; aksinin iddia ve ispatı mümkün değildir<sup>36</sup>. Bundan dolayı şerh edilmiş kişisel haklar bakımından alıcının, satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurması kural olarak mümkün değildir. Örneğin, taşınmazda şerh edilmiş alım, önalım, geri alım hakkı varsa ve

<sup>32</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 192, N. 37; TANDOĞAN, s. 152; HONSELL, Art. 192, N. 2; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 142; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 135; Yargıtay, bu konuya ilişkin kararlarında sözleşmenin kurulması sırasında tapu siciline şerh edilmiş kişisel hakların satıcının zapttan sorumluluğuna yol açacağını belirtmiştir. Ancak mahkeme somut olay üzerinden değerlendirme yapmamış, zapttan sorumluluğun koşullarını açıklarken genel olarak şerh edilmiş hakların satıcının zapttan sorumluluğuna yol açacağını belirtmiştir. Bkz. YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (15.03.2015). Ancak mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken tapu sicilinin aleniyeti, hiç kimsenin tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceği ilkesini göz önünde bulundurmamıştır.

<sup>33</sup> FEYZİOĞLU, s. 267; BUHCER, s. 86; Yargıtay, satış konusunu taşınmazların orman sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle açılan davalarda, alıcının zapt tehlikesinin bilip bilmemede, tapuda taşınmazın orman sınırları içinde kaldığına ilişkin bir şerh veya bilginin bulunup bulunmamasına bakmış, tapuda herhangi bir şerh bulunmaması halinde alıcının zapt tehlikesini bilmediğini ve satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurabileceğine karar vermiştir. Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2010/10479, K. 2011/12688, T. 15.09.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/2156, K. 2011/10211, T. 27.06.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>34</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası'dan 16. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013, s.158-160; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 11. Baskı, Konya 2014, s. 207 vd.; ŞENGÜL, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, Ankara 2013, s. 108 vd.

<sup>35</sup> AYAN, s. 209-210; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 160; ŞENGÜL, s. 467 vd.

<sup>36</sup> AYAN, s. 2010.

hak sahibi alıcı adına tescilden sonra bu haklarını kullanırsa, alıcı, satıcını zapttan sorumluluğuna başvuramaz. Ancak şunu belirtelim; alıcı zapt tehlikesini bilse bile satıcı, üçüncü kişinin hakkını ileri sürmeyeceği konusunda alıcıya taahhütte bulunmuş olabilir. Böyle bir taahhüdün varlığı halinde, satıcı zapttan sorumlu olur (TBK m. 214/II).

Yine aynı hak iddialarına ilişkin geçici tescil şerhleri (TMK m. 1011/b. 1) üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldıran hallerdendir. Üzerinde geçici tescil şerhi olan bir taşınmazı alan kişi zapt tehlikesini bilmediğini ileri süremez.

Üçüncü bir kişinin hiçbir hakka dayanmayarak satılanı zorla el atması halinde satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurulamayacağı kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Taşınmaza haksız el atılması veya zilyetliğine saldırılması tapuda tescilin başka bir kimse adına yapılması sonucunu doğurmaz. Alıcı, zilyetliğin veya mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanarak saldırıya son verilmesini (TMK m. 983) ya da haksız el atmanın önlenmesini (TMK m. 683/II) isteyebilir. Bundan dolayı taşınmaza üçüncü bir kişinin zorla el atması, zilyetliğe saldırılması zapttan sorumluluğa yol açmaz.

#### 4. Üçüncü Kişinin Üstün Hakkının Sözleşmenin Kurulduğu Sırada Bulunması

Satıcının zapttan dolayı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için sözleşmenin kurulduğu sırada üçüncü bir kişinin satılan üzerinde üstün hakka sahip olması gerekir<sup>38</sup>. Sözleşmenin kurulmasından sonra ancak teslimden önce üçüncü kişi satılan üzerinde üstün hakka sahip olursa bu halde satıcı TBK m. 112 vd. hükümlerince alıcıya karşı sorumlu olur<sup>39</sup>. Taşınmaz satışında borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi aynı anda yapıldığından, bu iki işlemin arasına zaman girmesi söz konusu değildir. Satıcının zapttan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için üçüncü kişinin üstün hakkının satış sözleşmesinin kurulduğu anda mevcut olması gerekir. TBK m. 214'de bu durum açıkça belirtilmiştir. Bundan dolayı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut olan üçüncü kişinin üstün hakkından dolayı satıcının zapttan sorumluluğu yoktur. Bu halde alıcı, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesine bağlı olarak satıcının sorumluluğuna başvurabilir.

Sözleşmenin kurulması ve ifasından sonra meydana gelen sebeplerden dolayı satıcının alıcıya karşı herhangi bir sorumluluğu yoktur<sup>40</sup>. Örneğin, taşınmaz sonra-

<sup>37</sup> TANDOĞAN, s. 152.

<sup>38</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 192, N. 45; GIGER, Art. 221, N. 41; TANDOĞAN, s. 153; FEYZİOĞLU, s. 252; TUNÇOMAĞ, s. 214; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 142; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 82; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 135.

<sup>39</sup> FEYZİOĞLU, s. 252.

<sup>40</sup> FEYZİOĞLU, s. 252-253.

dan kamulaştırılırsa veya komşulardan biri komşuluk hukukuna dayanan bir hakkını kullanırsa (zorunlu geçit, mecra yükümlülüğü veya tarım arazilerinde komşu malikin yasal ön alım hakkı gibi) satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna gidilemez.

### 5. Sözleşmenin Kurulduğu Sırada Alıcının Zapt Tehlikesini Bilmemesi

Üçüncü kişinin ileri sürdüğü üstün haktan dolayı satıcının sorumluluğunun sözü konusu olabilmesi için alıcının satış sözleşmesinin kurulduğu anda zapt tehlikesini bilmemesi gerekir<sup>41</sup>. Alıcı satış sözleşmesinin yapıldığı sırada zapt tehlikesini biliyorsa sonradan satıcının sorumluluğuna başvuramaz<sup>42</sup>. Bu ihtimale rağmen alıcı taşınmazı satın alıyorsa, zaptın gerçekleşmesi halinde doğacak sonuçlara razı olmuş<sup>43</sup>, zapttan doğan haklarından feragat etmiş sayılır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan satış konusunu taşınmazların orman sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle açılan davalarda Yargıtay, alıcının zapt tehlikesinin bilip bilmemede, tapuda taşınmazın orman sınırları içinde kaldığına ilişkin bir şerh veya bilginin bulunup bulunmamasına bakmış, tapuda herhangi bir şerh bulunmaması halinde alıcının zapt tehlikesini bilmediğini ve satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurabileceğine karar vermiştir<sup>44</sup>.

Ancak TBK m. 214/II'de, "*Alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiye satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz.*" şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Buna göre alıcı, zapt tehlikesini bilse bile, satıcı üçüncü kişinin zapta girişmeyeceğine ilişkin bir taahhütte bulunmuşsa, bu halde zapttan dolayı sorumluluk devam eder<sup>45</sup>.

Satıcının sorumluluğunun ortadan kalkması sadece alıcının zapt tehlikesini bildiği hallerde mi geçerlidir? Bunun yanında alıcının zapt tehlikesini bilmesi gereken hallerde de sorumluluk ortadan kalkar mı? Öğretide alıcının sadece bildiği hallerde değil, zapt tehlikesini bilmesi gerektiği hallerde de satıcının sorumluluğunun ortadan kalkacağı kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Biz de öğretideki bu görüşe katılıyor, alıcının zapt

<sup>41</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 117; TANDOĞAN, s. 155, BUHCER, s. 86; TUNÇOMAĞ, s. 223; FEYZİOĞLU, s. 253; GÜMÜŞ, s. 66; SCHMID/STÖCKLI, s. 42; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 142; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 134; Yargıtay, 13. HD, T. E. 2005/1885, K. 2005/11377, T. 04.07.2005, www.legalbank.net (29.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2004/4841, K. 2004/14134, T. 11.10.2004, www.legalbank.net (29.03.2015); YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (15.03.2015).

<sup>42</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 192, N. 51.

<sup>43</sup> FEYZİOĞLU, s. 253.

<sup>44</sup> BUHCER, s. 86; Yargıtay 13. HD, E. 2010/10479, K. 2011/12688, T. 15.09.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/2156, K. 2011/10211, T. 27.06.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>45</sup> TANDOĞAN, s. 155; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 117; SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 192, N. 36b, 47.

<sup>46</sup> HONSELL, Art. 192, N. 5; Aksi görüşü savunan yazarlar alıcının zapt tehlikesini bilmesi ge-

tehlikesini bilmesi gerektiği hallerde de satıcının sorumluluğunun ortadan kalkacağını kabul ediyoruz. Özellikle bu görüşün savunulması, TMK m. 1020 uyarınca, tapu kütüğünün aleniliği ilkesiyle uyumludur. Yargıtay'ın kararları da bu görüşü desteklemektedir<sup>47</sup>. Mahkeme, satıcının sorumluluğu bakımında sadece şerhin bulunup bulunmadığına bakmış, şerhin varlığının gerçekte alıcı tarafından bilinip bilinmemesiyle ilgilenmemiştir.

## 6. Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Sözleşmeyle Kaldırılmamış Olması

Daha önce de belirttiğimiz gibi satıcının zapttan dolayı sorumluluğu emredici nitelikte değildir. Tarafların anlaşarak satıcının sorumluluğunu kaldırması veya sınırlandırması mümkündür<sup>48</sup>. Ancak bir halde sorumsuzluk anlaşması geçersizdir. Satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırır veya sınırlandıran anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 214/III)<sup>49</sup>. Hükümde üçüncü kişinin üstün hakkının gizlenmesinden söz ettiğine göre, sorumluluğu kaldırır anlaşmanın geçersiz olabilmesi için satıcının kastının olması gerekir<sup>50</sup>. Diğer bir ifadeyle satıcı bilerek ve isteyerek üçüncü kişinin üstün hakkını gizlemesi gerekir. Bu düzenlemenin zıt anlamından satıcının zaptın varlığını bilmediği hallerde sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır. Bilmemede satıcı ağır kusurlu olsa bile sonuç değişmez<sup>51</sup>. Tüketicinin taraf olduğu işlemlerde satıcının zapttan sorumluluğu kaldırır veya sınırlandıran anlaşmalar kesin hükümsüzdür.

## 7. Üçüncü Kişinin Zapta Girişmiş Olması

Satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna gidebilmek için üçüncü kişinin taşınmaz üzerinde üstün bir hak sahibi olması yeterli olmayıp, ayrıca zapta girişmesi gerekir<sup>52</sup>. Üçüncü kişi zapta girişmediği sürece satıcının zapttan sorumluluğu söz

---

rektliğini ileri sürerek satıcının sorumluluktan kurtulamayacağını kabul etmektedir. Bkz. **FEYZİ-OĞLU**, s. 253-254; **TUNÇOMAĞ**, s. 224; **SCHÖNLE/HIGI/GUT**, Art. 192, N. 52.

<sup>47</sup> Yargıtay 13. HD, E. 2010/10479, K. 2011/12688, T. 15.09.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/2156, K. 2011/10211, T. 27.06.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>48</sup> **TUNÇOMAĞ**, s. 224-225; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 110; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 84; **SCHMID/STÖCKLI**, s. 42; **GÜMÜŞ**, s. 68.

<sup>49</sup> **SCHÖNLE/HIGI/GUT**, Art. 192, N. 65; **TUNÇOMAĞ**, s. 225; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s. 84; **GÜMÜŞ**, s. 68.

<sup>50</sup> *Tunçomağ*, bilerek gizlemenin, satıcının üçüncü kişinin üstün hakkını (alıcının bundan haberdar olmadığını bildiği halde) alıcının gizlemesini ifade ettiğini, satıcının bir takım sözler veya hareketlerle üçüncü kişinin üstün hakkını gizlemiş olması yanında, satılanın zapt edilebileceği tehlikesini bilmesine rağmen susması halini de kapsadığını belirtmektedir. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 225.

<sup>51</sup> **GÜMÜŞ**, s. 68.

<sup>52</sup> **TANDOĞAN**, s. 153; **GÜMÜŞ**, s. 67; **FEYZİOĞLU**, s. 252; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 113-



konusu olmaz. Taşınırlarda üçüncü kişinin zapt iradesini alıcıya karşı ileri sürmesi sadece dava açmasına bağlı olmayıp, dava dışında, üstün hakkın alıcıya karşı ileri sürülmesi de satıcının sorumluluğuna başvurabilmek için yeterlidir (TBK m. 216)<sup>53</sup>. Örneğin, alıcının satın aldığı bir aracın çalıntı olması, gerçek hak sahibinin aracın çalıntı olduğunu belge ve polis tarafından düzenlenmiş belgelerle ispatlaması halinde alıcı, aracı gerçek hak sahibine teslim ettiğinde de satıcının zapttan sorumluluğu devam eder. Satılanın dava dışı gerçek hak sahibine teslim edilmesi satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Acaba taşınmazlar bakımından da satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurabilmek için dava açılmasının zorunlu olmadığı sonucuna varabilir miyiz? Örneğin, bir kimse taşınmaz üzerinde üstün hakka sahip olduğunu iddia edip, mülkiyetin devrini veya üstün hakkının tanınmasını isterse üçüncü kişi zapta girişmiş olur mu?<sup>54</sup> Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir sorun olarak, bir kimsenin taşınmazı malikin rızası olmaksızın üçüncü kişilere devredilebilmektedir. Gerçek hak sahibi, durumu ispatlayıp taşınmazın devrini talep ederse, bu talebe dayalı olarak tapuda gerekli işlemlerin yapılması satıcının sorumluluğuna başvurmak için yeterli midir? Taşınmazlarda hak sahibinin belirlenmesinde tapu kütüğü en önemli unsur olsa da kanaatimizce, bir kimsenin dava dışı üstün hak iddialarına itibar ederek satıcının sorumluluğu başvurulması mümkündür. Ancak taşınmazın dava dışı üçüncü kişiye devredilmesi halinde zaptın koşullarının gerçekleştiğini ispat yükü alıcıdadır.

## B. Şekli Şartlar

### 1. Genel Olarak

Satıcının zapttan sorumluluğuna başvurulabilmesi için maddi şartlar yanında şekli bazı şartların da gerçekleşmesi gerekir. Öğretide bu şartlar açılan davanın sa-

114; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 143; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 83; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 135.

<sup>53</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 114; GÜMÜŞ, s. 67; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, öğretilde zapttan dolayı sorumluluğun gerçekleşmesi için dava açılmasının zorunlu olmadığı, üst hak sahibinin dava dışı yolla satılanı ele geçirdiği hallerde de ayıptan sorumluluğun gerçekleşebileceğini kabul edenler bulunmaktaydı. Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 212; Yargıtay da bir uyumsuzlukta, satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurabilmek için satılanın dava açılmaksızın teslim edilmesinin yeterli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, alıcının eşyayı geri vermek zorunda olduğunu ispat etmesi halinde satıcıya karşı sahip olduğu hakları kullanabileceğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 1982/8041, K. 1983/1510, T. 04.03.1983, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>54</sup> Feyzioğlu, zapttan dolayı sorumluluğun koşullarının açıklarken alıcıya karşı zaptın gerçekleşmiş bulunması gerektiğini belirtmekte, bu hallere ise satılanın malik sıfatı ile alıcının eline geçmesinden sonra mülkiyet, rehin, intifa, geçit hakkı gibi aynı veya aktı ön alım, alım, kira gibi tapuya şerh edilmiş haklardan birine dayanan üçüncü kişiye karşı satılanın kısmen veya tamamen terkine hüküm verilmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. FEYZİOĞLU, s. 252.

tıcıya bildirilmesi ile ispat külfeti olarak belirtilmektedir<sup>55</sup>. Alıcının bildirim ve ispat şartlarını yerine getirmesi yükümlülük değil külfettir. Bundan dolayı bildirim ve ispat külfetini yerine getirmeyen alıcı, zapttan sorumluluk hükümlerinden yararlanamaz. Daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla şekli şartlar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

## 2. Alıcının Bildirim Külfeti

Üçüncü bir kişinin zapta girişmesi halinde alıcının nasıl hareket edeceği TBK m. 215'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *“Satılanın elinden alınması tehlikesi ile karşılaşan alıcı, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirdiği zaman satıcı, durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca ya alıcının yanında davaya katılmak ya da alıcı yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır.”*<sup>56</sup>. Alıcının bildirim külfeti taşınmaz üzerinde üstün hak iddiasına dayanarak kendisine karşı dava açılması halinde ortaya çıkar<sup>57</sup>. Dava açılmadığı sürece bu konuda alıcının herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Örneğin, bir kimsenin taşınmazın mülkiyetinin kendisine ait olduğu veya taşınmaz üzerinde sınırlı bir ayni hakka sahip olduğu gerekçesiyle alıcıya başvurması halinde alıcının bu durumu satıcıya bildirmesi gerekmemektedir. Dava dışı talepler zapta girişildiği anlamına gelmez.

Bildirim yapılması şekle bağlı değildir. Bildirim mahkeme veya noter aracılığıyla yapılabileceği gibi başka bir yolla da yapılabilir<sup>58</sup>. Örneğin, bildirim sözlü olarak da yapılması mümkündür. Ancak uyumsuzluk halinde ispat güçlüğü olmaması için bildirim ispatlanabilecek bir yolla (mail, iade taahhütlü mektup, noter yoluyla) yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Bildirim, davaya katılmaya ve savunmaya elverişli bir zamanda yapılmışsa, alıcının aleyhine verilen hüküm, onun ağır kusuru (kast veya ağır ihmali) yüzünden verildiği ispat edilmedikçe, satıcı için de sonuç doğurur (TBK m. 215/II)<sup>59</sup>. Bu halde alıcının başka bir hususu ispatlamaya gerek kalmaksızın satıcının sorumluluğuna başvurması mümkündür.

Alıcı davayı her zaman satıcıya bildirebilir. Ancak alıcının bu bildirim uygun bir zamanda yapması gerekir. Alıcının bildirim zamanında yapmaması, satıcının zapt-

<sup>55</sup> TANDOĞAN, s. 155-156; GÜMÜŞ, s. 69; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 145.

<sup>56</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 115; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 136; GÜMÜŞ, s. 69.

<sup>57</sup> TANDOĞAN, s. 155-156; HONSELL, Art. 193, N. 3; GÜMÜŞ, s. 69; Tandoğan, üçüncü kişinin üstün hak iddiası üzerine alıcının tespit davası açması halinde bu davanın satıcıya bildirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yazar, üçüncü kişi dava açmaksızın hakkını ileri sürerse ve alıcı da bir tespit davası açmamışsa alıcının bildirim yükümlülüğü bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. TANDOĞAN, s. 156.

<sup>58</sup> TANDOĞAN, s. 156.

<sup>59</sup> FEYZİOĞLU, s. 255; GÜMÜŞ, s. 69.

tan sorumluluğunu sınırlandırabilir veya ortadan kaldırabilir<sup>60</sup>. TBK m. 215/III'e göre, "Dava, kendisine yüklenilemeyen sebeplerden dolayı satıcıya bildirilmemişse satıcı, zamanında bildirilmiş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulur.". Görüldüğü üzere bildirim yapılmaması halinde alıcının haklarının tamamen ortadan kalkması söz konusu olmamakta, satıcı daha elverişli bir sonuç alınabileceğini ispat ettiği ölçüde alıcı haklarını kaybetmemektedir.

Satıcının, alıcı yanında davaya katılabilmesi için alıcının bildirimde bulunması zorunluluğu yoktur<sup>61</sup>. Satıcı, bildirim olmasa bile alıcı yanında davaya katılabilir (HKM m. 66).

### 3. İspat Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

Zapttan sorumluluğun koşullarının gerçekleştiğini ispat yükü alıcıya aittir<sup>62</sup>. Alıcının ispat yükünün kapsamı, üçüncü kişinin hakkını mahkemece hüküm altına alınmasına veya üçüncü kişinin hakkının mahkeme kararı olmaksızın tanınmasına göre değişiklik göstermektedir.

TBK m. 215/II'ye göre, alıcı, üstün hak sahibi tarafından açılan davayı satıcıya bildirilmişse ve bu bildirim davaya katılmaya veya savunmaya elverişli bir zamanda yapılmışsa, alıcının aleyhine verilen hüküm, onun ağır kusuru (kast veya ağır ihmali) yüzünden verildiği ispat edilmedikçe, satıcı için de sonuç doğurur. Bu halde alıcının, üçüncü kişinin hakkını kanıtlamasına gerek olmaksızın doğrudan satıcıya başvurması ve zapttan dolayı sahip olduğu hakları kullanması mümkündür<sup>63</sup>. Ancak alıcının kastı veya ağır ihmali yüzünden üçüncü kişinin açmış olduğu davayı kaybetmesi halinde satıcının zapttan sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak alıcının hafif ihmaliyle üçüncü kişinin açmış olduğu davayı kaybetmesi satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu halde alıcı, satıcının zapttan sorumluluğuna başvurabilir.

Mahkeme kararı olmaksızın satılanın üstün hak iddia eden üçüncü kişiye verilmesi halinde ise alıcının ispat yükümlülüğü TBK m. 216'da düzenlenmiştir. Alıcı, satılanı hiç dava açılmadan veya mahkeme hükmü beklemeden üçüncü kişiye teslim etmiş olabilir. Bu hallerde satıcının zapttan sorumluluğunun devam etmesi alıcının iki husustan birini ispat etmesine bağlıdır. Bunlardan ilki, alıcının, bir mahkeme kararı beklemezsizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanınması ve satılanı ona vermesidir (TBK m. 216/I, b. 1)<sup>64</sup>. Bu hükmün taşınmazlar

<sup>60</sup> TANDOĞAN, s. 156; GÜMÜŞ, s. 70.

<sup>61</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 116.

<sup>62</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 192, N. 46.

<sup>63</sup> TANDOĞAN, s. 156; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 145.

<sup>64</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 145; HONSELL, Art. 194, N. 1; YILDIRIM, M. Fadıl, "Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216.

bakımından uygulanması teorik olarak mümkündür. Örneğin bir kimsenin taşınmazı sahte nüfus cüzdanıyla satılırsa, gerçek hak sahibi durumu ispatlayıp tapuda adına tekrar tescilin yapılmasını isteyebilir. İşte bu haller alıcı dava açılmaksızın taşınmazı hak sahibine devredip, satıcının zapttan sorumluluğuna başvurabilir. Ancak bu hallerde alıcı, zaptın maddi koşullarının gerçekleştiğini ispat etmekle yükümlüdür.

İkincisi ise, alıcının üçüncü kişinin kendisine karşı dava açmasını beklemeden, satıcıyı satılan üzerindeki hak iddiasına ilişkin uyuşmazlığı dava yoluyla çözümlemesi, aksi takdirde tahkim yoluna başvuracağı konusunda gecikmeksizin uyarması ve bundan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurmasıdır (TBK m. 216/I, b. 2)<sup>65</sup>. Örneğin, bir kimse taşınmazın kendisine ait olduğu gerekçesiyle taşınmazı devretmesi gerektiğine ilişkin ihtar çekerse alıcı, kendisine karşı dava açılmasını beklemeden satıcıya satılan üzerindeki uyuşmazlığı dava yoluyla çözülmesi, aksi halde tahkim yoluna başvuracağı konusunda uyarırsa ve bu uyardıktan sonuç alamadığı için tahkim yoluna başvurursa bu halde de satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna gidebilir.

TBK m. 216/II'de satıcının sorumluluğunun alıcının satılanı üçüncü kişiye devretmekle yükümlü olduğunu ispat etmesi durumunda da devam edeceği düzenlenmiştir. Aslında bu hüküm TBK m. 216/I, b. 1 ile aynı niteliktedir. TBK m. 216/I, b. 1'e göre satılanın üçüncü kişiye devretmesi halinde de alıcının zaptın koşullarının gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir. Bu halde de ispat yükü alıcının üzerindedir.

#### IV. Alıcının Hakları

##### A. Tam Zapt Halinde

##### 1. Tam Zaptın Sözleşmeye Etkisi

Tam zapt halinde taşınmaz satış sözleşmesi kendiliğinden (ipso uire) sona ermiş (münfesi) sayılır (TBK m. 217/I)<sup>66</sup>. Sözleşmenin sona ermesi için alıcının herhangi bir bildirimde bulunmasına veya mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır<sup>67</sup>. Sözleşmenin kendiliğinden sona ermiş sayılmasında alıcının iradesinin herhangi bir rolü yoktur. Diğer bir ifadeyle alıcı, sözleşmenin sona ermesini istemese dahi, sözleşme

Maddesi Nasıl Okunmalıdır?”, GÜHFD, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 1057.

<sup>65</sup> YILDIRIM, s. 1057-1058.

<sup>66</sup> HONSELL, Art. 195, N. 2; TANDOĞAN, s. 158; SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 195, N. 5; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 119; FEYZİOĞLU, s. 259; GÜMÜŞ, s. 72; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 145; BİLGE, s. 70.

<sup>67</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 195, N. 5; FEYZİOĞLU, s. 259; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 119; GÜMÜŞ, s. 72; TUNÇOMAĞ, s. 218; *Hatemi/Serozan/Arpacı*, zapttan sorumlulukta alıcıya dönme hakkının tanındığını kabul etmenin amaca daha uygun olduğunu, böylece alıcıya belirli bir yaptırımın dayatılması yerine, değişik haklar arasında dilediğini seçme şansının tanınmış olacağını belirtmektedir. Bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, S. 84.

kendiliğinden hükümsüz hale gelir. Burada aksi iddia ve ispat olunamayan bir faraziye söz konusudur<sup>68</sup>.

Tam zapt halinde satış sözleşmesi geçerli olmasına rağmen tescilin yolsuz olması veya satış sözleşmesi ve tescil geçerli olmasına rağmen alıcının üstün hakkına dayanarak taşınmazın mülkiyeti elde etmesi söz konusudur. Üçüncü kişinin zapta girişmesi halinde geçerli olan satış sözleşmesi kendiliğinden hükümsüz hale gelmektedir. Tescil bakımından ise şöyle bir ayırım yapmak gerekir. Tescil ya baştan yolsuzdur veya tescil geçerli olsa bile üçüncü kişi üstün hakkına dayanarak taşınmazın devrini sağlamaktadır.

Kanunen sona ermiş sayılan satış sözleşmesi TBK m. 217 gereği yasal tasfiye ilişkisine girer<sup>69</sup>. Alıcının, sözleşmeyi ayakta tutup, satılanın benzerini veya ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini isteme gibi bir hakkı bulunmamaktadır<sup>70</sup>. Yine sözleşmenin fer'ileri niteliğinde olan rehin ve kefalet de satış sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden sona erer<sup>71</sup>. Alıcı adına tescil yapıldıktan sonra taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine ipotek kurulmuşsa bu halde de durum değişir. Alıcı adına olan tescil yolsuz olsa da ipoteği kazanan kişi iyiniyetliyse TMK m. 1023 gereği aynı hakkı kazanır. Ancak taşınmaz orman arazisi niteliğindeyse alıcıdan sınırlı aynı hak kazanan kişileri kazanımı iyiniyetli olsalar bile korunmaz; tapunun iptaliyle birlikte şeklen var olan mülkiyet ile diğer yazımlar (sınırlı aynı haklar, şerhler, beyanlar) da sona erer.

Sözleşmenin sona erdiği an TBK m. 217'de belirtildiği üzere, satılanın tamamen alıcının elinden alındığı andır<sup>72</sup>. Bu da ya taşınmazın alıcı tarafından üstün hak iddia eden kişiye rızayla devredildiği ya da açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi veya tescile zorlama davasında taşınmazın üstün hak sahibi adına tesciline karar verilmesine ilişkin kararın kesinleştiği andır. Taşınmaz satışı sözleşmesinin kurulması anında alıcı mülkiyeti kazanamasa bile, üstün hak sahibi üçüncü kişi zapta girişmediği sürece satıcının zapttan sorumluluğuna başvurulamaz. Bundan dolayı alıcıya karşı dava açılıp, taşınmazın üstün hak sahibi adına hükmen tesciline ilişkin kararın kesinleştiği anda taşınmaz satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır. Tapuya kaydedilmiş orman arazilerinin satışına ilişkin sözleşmeler başlangıçtaki imkânsızlıktan dolayı yapıldık-

<sup>68</sup> PEKMEZ, Cüneyt, "Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları", TAAD, Y. 6, S. 20 (Ocak 2015) s. 527.

<sup>69</sup> Öğretide, satış sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesinin radikal bir çözüm olduğu, olması gereken hukuk bakımından, alıcıya durum ve koşulların elverdiği ölçüde satılanın benzeri ile değiştirilmesi hakkının tanınmasının yerinde olacağı kabul edilmektedir. Bkz. PEKMEZ, s. 529.

<sup>70</sup> PEKMEZ, s. 530.

<sup>71</sup> Öğretide bazı yazarlar, borç ilişkisinin fer'ileri niteliğinde olan rehin ve kefaletin tasfiye ilişkisi sona erinceye kadar devam edeceğini kabul etmektedir. Bkz. PEKMEZ, s. 530.

<sup>72</sup> TUNÇOMAĞ, s. 219; PEKMEZ, s. 531.

ları andan itibaren kesin olarak hükümsüzdür; bundan dolayı bu sözleşmeler orman idaresinin zaptta girişmesiyle hükümsüz hale gelmez.

## 2. Alıcının Hakları

Tamamen zapt halinde alıcının hakları TBK m. 217'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre alıcı, satıcıdan satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değerini indirilerek<sup>73</sup>, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini isteyebilir (TBK m. 217/I, b. 1). İade edilecek satış bedeli, alıcının ödemiş olduğu bedel olmayıp, taşınmazın rayiç değeridir. Örneğin, taşınmazın devri gerçekleşikten üç yıl sonra üçüncü kişi zaptta girişirse, alıcı, ilk başta ödemiş olduğu bedeli değil, zaptın gerçekleştiği andaki bedeli isteyebilir. Yargıtay uygulamasına bakıldığında alıcının ödemiş olduğu bedelin faiziyle iadesi yerine taşınmazın zaptın gerçekleştiği andaki değerinin tazminine karar verildiği görülmektedir<sup>74</sup>. Kanaatimizce Yargıtay uygulaması yerindedir. Satıcının zapttan sorumluluğu taşınmazın alıcı adına tescil edilmesinden çok daha sonra gerçekleşebilmektedir. Bu süre zarfında alıcının ödemiş olduğu bedel ile taşınmazın ulaştığı değer arasında çok ciddi farklar olabilmekte, alıcının ödemiş olduğu bedelin faiziyle iadesine karar verilse bile, alıcının malvarlığında meydana gelen azalma çoğu zaman karşılamamaktadır. Bundan dolayı iade edilecek bedelin belirlenmesinde alıcının ödemiş olduğu bedelin değil, zapttan gerçekleştiği andaki taşınmazın rayiç değerinin esas alınması yerinde bir uygulamadır.

<sup>73</sup> TANDOĞAN, s. 160; Yargıtay, TBK m. 217/I, b. 1'e uygun olarak, alıcının satılanın satış tarihinden zapt edildiği tarihe kadar elde ettiği yararlanmanın satış bedelinin indirilmesi gerektiğini karar vermiştir. Karara göre, "Somut olayda, davacının 30.03.1998 tarihinde davalıdan noter satış sözleşmesi ile satın alıp, adına tescil ettirdiği aracın, gümrük işlemlerine tabi tutulmadan kaçak yollarla ülkeye getirilmiş olması nedeniyle, 11.01.2008 tarihinde mahkeme kararı ile zapt edildiği uyuşmazlık konusu değildir. Mahkemece, aracın el konulma tarihindeki rayiç bedeli belirlenerek taleple bağlı kalınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Ne var ki aracın, satış tarihinden (30.03.1998) zapt edildiği tarihe (11.01.2008) kadar, davacının zilyetliğinde kalmış olması nedeniyle, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin 1. bendi gereğince, "alıcının istihsal ettiği yararlanmanın" da satış bedelinden tenzil edilmesi gerekirken, bu husus gözardı edilmiştir. Oysa ki, satılanın zaptı ile birlikte, alıcının satılardan elde ettiği faydaların da, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre hükmedilen alacaktan mahsubu gereklidir ( Bkz. Dairemize ait 2001/12719 Esas, 2002/3023 Karar sayılı, 22.03.2002 tarihli; 1983/6286 Esas, 1983/7556 Karar sayılı, 03.11.1983 tarihli kararlar da aynı doğrultudadır.) O halde mahkemece, satım konusu aracın, davacının elinde kaldığı süre içinde, araçtan elde edilen yararlanma miktarı belirlenip, belirlenecek bu miktarın, davacı alacağından mahsubundan sonra kalan bakiye miktarın davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesi gözardı edilerek, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Yargıtay 13. HD, E. 2010/14192, K. 2011/3550, T. 09.03.2011, www.hukukturk.com (15.03.2015). Bu kararı taşınmaz satışına uygularsak, taşınmazın alıcıya devrinden zapt edildiği tarihe kadar alıcının taşınmazdan elde ettiği gelirlerin, taşınmazın bedelinden indirilmesi istenebilecektir.

<sup>74</sup> YHGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010; Yargıtay 13. HD, E. 2010/10479, K. 2011/12688, T. 15.09.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/2156, K. 2011/10211, T. 27.06.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/10479, K. 2011/12688, T. 15.09.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015).

İade talebinin niteliği tartışmalı<sup>75</sup> olsa da sözleşme kendiliğinden hükümsüz hale geleceğinden iade talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanır<sup>76</sup>. Alıcıya, faiz isteme hakkı da tanınmıştır. Burada anapara faizi söz konusu olup<sup>77</sup>, faiz kanundan doğmaktadır<sup>78</sup>. Faiz oranı 3095 sayılı Kanun'a göre belirlenecektir. Hükümde her ne kadar faizin ne zaman başlayacağına ilişkin hüküm olmasa da satış bedelinin ödendiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>79</sup>. Ancak satış bedeline faiz yürütülmesi konusunda dikkatli olunmalıdır. Yargıtay'ın iade edilecek bedelin belirlenmesinde zapttan gerçekleştiği andaki taşınmazın değerinin esas alınacağı yönündeki kararları uyarınca satış bedeline ayrıca alıcının ödediği andan itibaren faiz yürütülmesinin söz konusu olmaması gerekir. Bu halde zaten alıcının, paranın değer kaybından dolayı uğradığı kayıplar telafi edilmekte, hatta alıcı, çoğu durumda elde edeceği faizden daha yüksek bir bedel elde etmektedir.

Alıcının, satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler ve diğer yararlar, satış bedeli ve faizden indirilir<sup>80</sup>. Alıcının elde ettiği ürünlerin satış bedelinden

<sup>75</sup> Görüş ve tartışmalar için bkz. **FEYZİOĞLU**, s. 260-261; **BİLGE**, s.70; **TANDOĞAN**, s.159 dn.38a; **PEKMEZ**, s. 533; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 143; Yargıtay, bir kararında satış bedelinin iadesinin sebepsiz zenginleşmeye dayandığını kabul etmektedir. 13 HD, 26/01/2011 10519/897, YKD, 2011/6, s.1139 (**PEKMEZ**, s. 532, dn. 30): Ancak ağırlıklı kararları aksi yöndedir. Bkz. YHGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 1. HD, E. 2011/6761, K. 2011/9035, T. 21.09.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>76</sup> **BİLGE**, s. 70; *Tandoğan*, tam zapt halinde satış bedelinin iadesi talebi sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iki yıllık süre mi zapttan dolayı sorumluluktan doğan tazminat talepleri gibi on yıllık süreye mi tabi olması gerektiğinin tartışılacağı, diğer zararların tazminiyle uyumluluk sağlamak için satış bedelinin geri verilmesinde zapt halinde sözleşmeye bağlanan yasal bir sonuç sayılarak on yıllık zaman aşımına tabi tutulmasının savunulabileceğini belirtmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 163.

<sup>77</sup> **FEYZİOĞLU**, s. 260; **GÜMÜŞ**, s.73; **PEKMEZ**, s. 534.

<sup>78</sup> **SCHÖNLE/HIGI/GUT**, Art. 195, N. 42; **FEYZİOĞLU**, s. 260; **PEKMEZ**, s. 534.

<sup>79</sup> **BİLGE**, s. 70.

<sup>80</sup> Alıcı, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünleri satıcıya geri vermekle yükümlü olsa da bunlar aynen veya nakden satıcıya iade edilmeyecek, ürünler satış bedelinden indirilecektir. Öğretide belirtildiği gibi burada fiili bir takas-mahsup işlemi söz konusudur. Bkz. **FEYZİOĞLU**, s. 260; **SCHÖNLE/HIGI/GUT**, Art. 195, N. 51; Yargıtay da bir uyuşmazlıkta alıcının elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin satış bedelinden indirileceğine karar vermiştir. Karara göre, "Somut olayda, davacının 30.03.1998 tarihinde davalıdan noter satış sözleşmesi ile satın alıp, adına tescil ettirdiği aracın, gümrük işlemlerine tabi tutulmadan kaçak yollarla ülkeye getirilmiş olması nedeniyle, 11.01.2008 tarihinde mahkeme karar ile zapt edildiği uyuşmazlık konusu değildir. Mahkemece, aracın el konulma tarihindeki rayiç bedeli belirlenerek taleple bağlı kalınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Ne var ki aracın, satış tarihinden (30.03.1998) zapt edildiği tarihe (11.01.2008) kadar, davacının zilyetliğinde kalmış olması nedeniyle, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesinin 1. bendi gereğince, "alıcının istisnal ettiği yararlanmanın" da satış bedelinden tenzil edilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilmiştir. Oysa ki, satılanın zaptı ile birlikte, alıcının satılardan elde ettiği faydaların da, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre hükmedilen alacaktan mahsubu gereklidir (Bkz. Dairemize ait 2001/12719 Esas, 2002/3023 Karar sayılı, 22.03.2002 tarihli;

indirilmesine ilişkin düzenleme yerindedir. Ancak alıcının elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin mutlak olarak satış bedelinden indirileceğini sonucuna varılamaz. Burada alıcının iyiniyetli olup olmaması bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Alıcı iyiniyetliyse (zapt tehlikesini bilmiyorsa veya bilmesi gerekmiyorsa), elde etmeyi ihmal ettiği ürünler satış bedelinden indirilmez<sup>81</sup>. Ancak alıcı kötüniyetliyse (zapt tehlikesini biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa) bu halde elde etmeyi ihmal ettiği ürünler satış bedeli ve faizden indirilir<sup>82</sup>. Taşınmazlar bakımından elde edilmesi ihmal edilen ürünlere kira bedeli, taşınmazın boş bırakılması veya meyvelerin toplanıp satılmamasını örnek verebiliriz. Satış bedeli henüz alıcı tarafından ifa edilmemişse bu halde elde edilen veya edilmesi ihmal edilen ürünlerin bedeli istenebilecek midir? Öğretide bu konuyla ilgili farklı görüşler ileri sürülse de ağırlıklı görüş, elde edilen ürünlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edilebileceğini kabul etmektedir<sup>83</sup>. Ancak elde edilmeyen ürünlerin iadesi, malvarlığında bir artış meydana gelmediği için istenemez<sup>84</sup>.

Alıcı, satıcıdan satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri de talep edebilir (TBK m. 217/I, b. 2). Bunlara taşınmaza yapılan zorunlu, faydalı ve lüks giderleri örnek verebiliriz. Alıcı, iyiniyetli olup olmamasına göre taşınmaza yapmış olduğu bazı masrafları üstün hak sahibinden isteme hakkına sahiptir. Örneğin, iyiniyetli alıcı, taşınmaza yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları üstün hak sahibinden isteyebilirken, lüks masrafları isteyemez<sup>85</sup>. Alıcı, üstün hak sahibinden elde edemediği faydalı ve zorunlu masraflarla, taşınmaza yapmış olduğu lüks masrafları satıcıdan talep edebilir<sup>86</sup>. Ancak giderler bakımından şu ayırımı yapmak gerekir. Alıcı, zaptı öğrendikten sonra yaptığı faydalı ve lüks masrafları satıcıdan isteyemez. Ancak bu masraflar taşınmaza hasar vermeden söküp alınabiliyorsa, alıcı bunları söküp alabilir.

Alıcının başka bir talebi ise davayı satıcıya bildirmekle kaçınabilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderlerdir (TBK m. 217/I, b. 3). Üstün hakkına dayanarak üçüncü kişinin alıcıya karşı açtığı davaya ilişkin yargılama giderleri satıcıdan talep edilebilecektir. Bu masraflara yargılama gider-

---

*1983/6286 Esas, 1983/7556 Karar sayılı, 03.11.1983 tarihli kararlar da aynı doğrultudadır.) O halde mahkemece, söz konusu aracın, davacının elinde kaldığı süre içinde, araçtan elde edilen yararlanma miktarı belirlenip, belirlenecek bu miktarın, davacı alacağından mahsubundan sonra kalan bakiye miktarın davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken, Borçlar Kanunu'nun 192. maddesi göz ardı edilerek, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Yargıtay 13. HD, E. 2010/ 14192, K. 2011/3550, T. 09.03.2011, www.kararara.com (01.04.2015).*

81 SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 195, N. 51; PEKMEZ, s. 539.

82 SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 195, N. 5; PEKMEZ, s. 539.

83 FEYZİOĞLU, s. 261.

84 FEYZİOĞLU, s. 261.

85 FEYZİOĞLU, s. 262; BİLGE, s. 64.

86 BİLGE, s. 71; TANDOĞAN, s. 160; FEYZİOĞLU, s. 262.



leri (harçlar, bilirkişi ücretleri), vekâlet ücreti gibi ücretler girmektedir<sup>87</sup>. Yargılama dışı giderlere noterden yapılan bildirim masraflarını örnek verebiliriz<sup>88</sup>. Bu giderlerin de satıcıdan istenmesi mümkündür. Alıcının satıcıya bildirmekle kaçınabileceği, ancak bildirim zamanında veya hiç yapılmamasından dolayı yapılan giderler satıcıdan istenemez.

Alıcı, satılanın tamamen elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer zararları da talep edebilir (TBK m. 217/I, b. 4). Bu zararların tazmini satıcının kusurlu olmasına bağlı değildir. Alıcının uğramış olduğu doğrudan zararların kapsamına nelerin girdiği öğretide tartışmalıdır<sup>89</sup>. Yargıtay, doğrudan zararların olumsuz (menfi) zararları, dolaylı zararları ise olumlu (müspet) zararları karşıladığını kabul etmektedir<sup>90</sup>. Kanaatimizce, doğrudan zararlardan kasıt, araya ek bir sebep girmek-

<sup>87</sup> TANDOĞAN, s. 160; PEKMEZ, s. 546.

<sup>88</sup> FEYZİOĞLU, s. 263; PEKMEZ, s. 546.

<sup>89</sup> Görüş ve tartışmalar için bkz. TANDOĞAN, s. 161-162; GÜMÜŞ, s. 73-74; PEKMEZ, s. 547-548; FEYZİOĞLU, s. 264; TUNÇOMAĞ, s. 220; BİLGE, s.71; GIGER, Art. 195, N. 34, 36, 37.

<sup>90</sup> Yargıtay bir uyuşmazlıkta doğrudan zararların menfi zararlara denk geldiğini şu şekilde ifade etmiştir: “*Borçlar Kanunu’nun 192. maddesinde, satılanın tamamen zaptı halinde, satımın münfesih addolunacağı ve alıcının, satıcıdan aynı maddenin 1, 2, 3 ve 4. bentlerinde yazılı zararları isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Bu hükümlere göre, satılanın tamamen zaptı halinde alıcı, satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereler düşülmek suretiyle, ödemiş olduğu semenin faizi ile birlikte iadesini isteyebilir. Satım bozulduğuna göre, satıcının mal varlığında satım bedeli neden-siz kalır. Bu itibarla satış bedelinin alıcıya her halde geri verilmesi gerekecektir. Alıcının, satıcıdan isteyebileceği zarar ise, menfi zarardır ( Örneğin, alıcının, satım sözleşmesinin kuruluşu ve ifası için yaptığı ve artık kendisi için tamamen boşa gitmiş sayılan giderler. Borçlar Kanunu madde 192/4 ). Hemen belirtilmelidir ki, alıcının, satılanın tamamen zaptı halinde satıcıya karşı ileri sürebileceği bu istemlerin kabul edilebilmesi için, satıcının kusurlu olup olmaması, sonuca etkili değildir. Zira satıcının bu konudaki sorumluluğu, kusursuz sorumluluktur. Bununla beraber satıcı, menfi zarar dışında, hiçbir kusurun kendisine yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alıcının, satılanın zaptı yüzünden uğradığı diğer her türlü zararlarını da ödemekle yükümlüdür ( Borçlar Kanunu madde 192/son fıkra ).” Yargıtay 13. HD, E. 2010/14192, K. 2011/3550, T. 09.03.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015): Yargıtay başka bir uyuşmazlıkta ise TBK m. 217 kapsamında menfi-müspet zarar ayırımı şu şekilde yapmıştır: “*Bu haklar BK.nun 192/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, alıcı ödediği semeninin faiziyle birlikte geri verilmesini, satılan üzerinde yaptığı ve üçüncü kişiden alamadığı masrafları, satılanın zaptından doğrudan doğruya doğan diğer zararları ( noter, pul, tanık masrafları gibi ), davayı satıcıya ihbar etmekle, kaçınılması mümkün olanlar müstesna olmak üzere muhakeme masrafları ve avukatlık ücreti ile muhakeme dışındaki masrafları isteyebilir. Burada sözü edilen durumlarda satıcının kusuru aranmamaktadır. Ancak, BK.nun 190/2. maddesinde düzenlenen satıcının müspet ( olumlu ) zarar nedeniyle sorumluluğunda satıcı kusursuzluğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Bu nedenlerle burada davacının talep edebileceği zarar menfi zararı olacaktır. Menfi zarar, akit yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarar olduğuna göre, davacı davalının gerçek zararını karşılamalıdır. Bu ilkeyi Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında “davacının taşınmaz elinden alınması dolayısıyla mal varlığındaki eksilme, taşınmazın zapt yoluyla 3. kişiye geçtiği tarihteki rayiç değerinden oluştuğunu” (Y. 13. HD., 02.03.1987 T., 2352 E., 2639 K.) belirterek rayiç değerini karşılanması gerektiğini belirtmiştir.” Bkz. YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (05.03.2015); Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2011/13524, K. 2011/19637, T. 20.12.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); YHGK, E. 2000/13-924, K. 2000/946, T. 07.06.2000, www.hukukturk.com (05.03.2015).**

sizin uğranılan menfi zararlarıdır<sup>91</sup>. Örneğin, satış sözleşmesi uyarınca yapılan devir masrafları bu kapsamdadır<sup>92</sup>.

Alicının TBK m. 217/I'de sayılan talepleri, satıcının kusurlu olmasına bağlı olmayıp, satıcının kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün değildir<sup>93</sup>. Satıcı her durumda alıcının bu talepleriyle bağlıdır.

Alicı ayrıca, satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararların da tazminini isteyebilir. TBK m. 217/II'ye göre, "*Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararları da gidermekle yükümlüdür*"<sup>94</sup>. Bu hüküm uyarınca satıcının sorumluluğu kusurlu olmasına bağlıdır<sup>95</sup>. Ancak hükümde satıcı aleyhine kusur karnesi getirildiğinden, kusursuzluğu ispat yükü satıcıya aittir<sup>96</sup>. Satıcı, kusursuzluğu nu

<sup>91</sup> TANDOĞAN, s. 160; BİLGE, s. 71; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 85.

<sup>92</sup> Öğretide de alışveriş giderleri, harçlar, vergiler gibi giderler bu zararlar örnek gösterilmektedir. Bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 85.

<sup>93</sup> FEYZİOĞLU, s. 264; TANDOĞAN, s. 160; SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 195, N. 64; TUNÇOMAĞ, s. 219; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 143; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 146; BİLGE, s. 71; YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2010/10519, K. 2011/897, T. 26.01.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 1982/8041, K. 1983/1510, T. 04.03.1983, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>94</sup> Satıcının zapttan sorumluluğu konusunda verilmiş kararlarına baktığımızda TBK m. 217/son kapsamında alıcının satılanın elinden alınması sonucunda uğramış olduğu zararların kapsamına nelerin dahil olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamakta, ilgili kararlarda doğrudan zarar, dolaylı zarar ayrımı yapılmamaktadır. Yargıtay, zapttan dolayı sorumlulukta alıcının uğramış olduğu bütün zararların tazmin edilmesi gerektiğine karar vermektedir. Örneğin Yargıtay bir uyuşmazlıkta şu şekilde karar vermiştir: "*Buradaki ilke; zarar doğurucu eylem, zarar görenin malvarlığında ne miktarda bir azalmaya neden olmuş ise, zarar verenin tazminat borcu da, o miktarda olmalıdır. Öyle ise, oluşan gerçek zarar ne kadarsa, tazminat da o kadar olacaktır. Bir başka deyişle, ödenecek tazminat o miktarda olmalıdır ki, eğer zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin malvarlığı ne durumda olacak idiyse, ödenecek tazminatla, aynı durum tesis edilebilirdi (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2003 gün ve 2003/19-152 esas, 2003/125 karar; 29.09.2010 gün ve 2010/14-386 esas, 2010/427 sayılı ilamları). Hal böyle olunca, davacının ödediği satış bedelinin Özel Dairece başlangıçtan itibaren geçersiz satışlarda uygulanması gereken denkleştirici adalet ilkesine göre; enflasyon, tüketici eşya fiyat endeksi, altın ve döviz kurlarındaki artış, maaş artışları gibi ekonomik etkenlerin ortalamaları esas alınarak bulunacak bedelin davacının gerçek zararını karşılamadığı ortadadır. Somut olayda, davacı alıcı ile davalı satıcı arasında tapuda yapılan gayrimenkul satım sözleşmesinin başlangıçta geçerli olarak kurulmasına ve taşınmazın davacıya teslim edilmesine rağmen daha sonra üçüncü kişinin (Hazine) satım anında ve öncesinde mevcut olan, alıcı ve satıcının da bilmediği, bir aynı hakka dayanarak taşınmazın mahkeme kararı ile davacının elinden alınması söz konusudur. Bu durumda mahkemece, zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanarak davacının gerçek ve güncel müspet zararına hükmedilmesi yönündeki kararı sonucu itibarıyla usul ve yasa uygun olup, direnme kararı yerindedir.*" YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (15.03.2015); YHGK, E. 2000/13-924, K. 2000/946, T. 07.06.2000, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>95</sup> HONSELL, Art. 196, N. 7; FEYZİOĞLU, s. 264-265; TANDOĞAN, s. 161.

<sup>96</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 195, N. 95; TANDOĞAN, s. 161; FEYZİOĞLU, s. 265; TUNÇOMAĞ, s. 221; GÜMÜŞ, s. 73; BİLGE, s. 71; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 146; YHGK, E. 2000/13-924, K. 2000/946, T. 07.06.2000, www.hukukturk.com (05.03.2015).

ispatlayamazsa alıcının uğramış olduğu diğer zararları tazmin etmekten kurtulamaz. Diğer zararlar, doğrudan zararların kapsamına girmeyen olumlu (müspet) zararları ifade eder<sup>97</sup>. Diğer zararlara alıcının, taşınmazın zapt edilmesinden dolayı uğramış olduğu kazanç kayıplarını örnek verebiliriz. Yargıtay uygulamasına bakıldığında satıcının kusurlu olması halinde alıcının müspet zararlarını da tazmin etmek zorunda olduğunu belirtmekle birlikte somut olarak bu zarar kapsamına nelerin girdiğine ilişkin net bir kararı bulunmamakta, mahkeme taşınmazın zapt anındaki rayiç değerinin verilmesinin müspet zararın tazmini olarak değerlendirmektedir<sup>98</sup>.

## B. Kısmi Zapt Halinde

### 1. Kısmi Zaptın Sözleşmeye Etkisi

Kısmi zapt, satılanın bir kısmının alıcının elinden alınması veya satılanın sınırlı bir aynı hakla yüklenmesi halinde söz konusu olur<sup>99</sup>. Örneğin, taşınmazın bir kısmının mülkiyetinin başkasına ait olması veya taşınmaz üzerinde başka bir kimsenin sınırlı aynı hak sahibi olması bu niteliktedir. Kısmi zapt halinde satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermemekte, alıcıya kural olarak uğramış olduğu zararı isteme hakkı tanınmaktadır (TBK m. 218)<sup>100</sup>.

Kısmi zapt halinde kural sözleşmenin ayakta kalmasıdır. Bunun sebebi, kısmi zaptın sonuçlarının tam zapt kadar ağır olmamasıdır. Ancak Kanun Koyucu TBK m. 218/II'de belirli koşulların varlığı halinde alıcıya, hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar verilmesini isteme yetkisi tanımıştır. Tam zapt halinde sözleşme kendiliğinden sona ererken, TBK m. 218/II'de alıcının, hâkimden sözleşmenin sona ermesine karar verilmesini isteme yetkisi bulunmaktadır. Ancak burada zorunlu olarak dava yoluyla kullanılması gereken bir yenilik doğuran hak vardır<sup>101</sup>. Alıcının satış

<sup>97</sup> FEYZİOĞLU, s. 265; SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 195, N. 93; BİLGE, s. 71; HONSELL, Art. 196, N. 7; TUNÇOMAĞ, s. 221; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 85; YHGK, E. 2000/13-924, K. 2000/946, T. 07.06.2000, www.hukukturk.com (05.03.2015); Tandoğan, satılanın tamamen zaptı halinde satış sözleşmesi kendiliğinden sona erdiğinden uğranılan zararın menfi zarar olması gerektiğini, ancak mahkemelerin TBK m. 217/II kapsamına müspet zararları da sokmaya başladığını belirtmektedir. Bkz. TANDOĞAN, s. 161.

<sup>98</sup> YHGK, E. 2010/618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.hukukturk.com (15.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2010/10479, K. 2011/12688, T. 15.09.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/2156, K. 2011/10211, T. 27.06.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>99</sup> TANDOĞAN, s. 161; FEYZİOĞLU, s. 266; PEKMEZ, s. 550-551.

<sup>100</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 196, N. 6.

<sup>101</sup> HONSELL, Art. 196, N. 3; SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 196, N. 22; FEYZİOĞLU, s. 268; BİLGE, s. 73; TANODĞAN, s. 162; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 122; Tunçomağ aksi görüştedir. Yazara göre, sözleşmenin sona ermesi için alıcının dönme iradesini açıklaması yeterlidir, irade açıklamasının mutlaka dava yoluyla ileri sürülmesi gerekmez. Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 222.

sözleşmesine son verilmesini isteyebilmesi için zapt tehlikesini bilmemesi gerekir<sup>102</sup>. Alıcı, zapt tehlikesini biliyorsa sözleşmenin sona erdirilmesini isteyemez.

Alıcının hâkimden sözleşmeye son vermesini isteyebilmesi için durum ve koşullardan taşınmazı satın almayacağına anlaşılması gerekir<sup>103</sup>. Kısmi zapta konu olan husus alıcının sözleşmeyi yaparken göz önünde tuttuğu taşınmazı kullanma amacına aykırılık oluşturması, sözleşmenin hâkimden sona erdirilmesini istemek için yeterlidir. Hâkim, durum ve koşulları değerlendirirken alıcının sözleşmenin kurulması sırasındaki iradesini dikkate alacaktır<sup>104</sup>. Örneğin, bir kimsenin satın aldığı bir arsanın bir kısmının başkasına ait olması ve kalan kısmın yapı inşa etmeye veya yapılmak istenen projeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması halinde alıcı, hâkimden sözleşmenin sona erdirilmesini isteyebilecektir. Yine bir kimsenin satın aldığı taşınmaz üzerinde başka bir kimsenin üst hakkı varsa ve üst hakkı alıcının taşınmaz üzerinde yapı yapmasını, satın alma amacı doğrultusunda taşınmazı kullanmasını engelliyorsa, bu halde de sözleşmeye son verilmesi istenebilir. Hâkimin kararı yenilik doğurucu nitelikte olup<sup>105</sup>, kararın kesinleşmesiyle sözleşme sona ermiş olur.

Sözleşmenin sona erdirilmesine karar verilirse alıcı, satılanın elinde kalmış olan kısmını o zamana kadar elde etmiş olduğu yararlarla birlikte, satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Örneğin, taşınmazın bir kısmı zapt edilmişse alıcı, kalan kısmın alıcıya devretmekle yükümlüdür. Ancak uygulamaya bakıldığında satış sözleşmesinin son verilmesine ilişkin açılan davada hem satıcının iade etmesi gereken tutara hem de satılanın zaptedilmeyen kısmının satıcı adına tesciline karar verilmektedir. Sözleşmenin sona erdirilmesine karar verilirse alıcının haklarının kapsamı TBK m. 217'ye göre belirlenir<sup>106</sup>.

## 2. Kısmi Zapt Halinde Alıcının Hakları

Kısmi zapt halinde TBK m. 218/I'de alıcıya, bu yüzden uğradığı zararları isteme hakkı tanınmıştır. Hükümde, TBK m. 217'de olduğu gibi doğrudan zarar, diğer zarar gibi bir ayırım yapılmamış, bu da öğretide istenebilecek zararlar bakımından çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bir görüşe göre, kısmi zapt halinde, tam zapta olduğu gibi kusuru olmasa bile doğrudan zarardan sorumlu iken, dolaylı zarardan kusurlu olmasına (satıcı aleyhine kusur karinesi olduğundan kusursuzluğunu ispatlayamamasına) bağlıdır<sup>107</sup>. İkinci görüşe göre ise, kısmi zapta, alıcı, ancak

<sup>102</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 196, N. 33; PEKMEZ, s. 556.

<sup>103</sup> Burada ispat yükü alıcıya aittir. Bkz. SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 196, N. 34.

<sup>104</sup> TANDOĞAN, s. 162; FEYZİOĞLU, s. 268; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 122; BİLGE, s. 73; PEKMEZ, s. 556.

<sup>105</sup> HONSELL, Art. 196, N. 3; TANDOĞAN, s.162; PEKMEZ, s. 556.

<sup>106</sup> TANDOĞAN, s. 162; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 122; PEKMEZ, s. 556.

<sup>107</sup> HONSELL, Art. 196, N. 2; GÜMÜŞ, s. 74-75; PEKMEZ, s. 553.

uğramış olduğu olumlu (müspet) zararların tazminini isteyebilir<sup>108</sup>. Satıcının sorumluluğu için kusurlu olması gerekmiyor. Bu halde tazminat TBK m. 217'nin kıyasen uygulanmasıyla belirlenir<sup>109</sup>. Kanaatimizce TBK m. 217 hükmü zararın tazmininde kıyasen uygulama alanı bulanacağına ilişkin ilk görüş yerindedir. Satıcı, tam zaptta olduğu gibi kusuru olmasa bile doğrudan zararlardan sorumludur. Oysa dolaylı zararlardan sorumluluğu satıcının kusurlu olmasına bağlıdır. Ancak satıcı aleyhine kusur karinesi getirildiğinden kusursuzluğunu ispat etmedikçe alıcının dolaylı zararlarını da tazmin etmek zorundadır.

### V. Zamanaşımı

Satıcının zapttan sorumluluğuna tabi olduğu süre konusunda TBK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak öğretide ve yargı kararlarında zapttan doğan dava hakkının on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu kabul edilmektedir<sup>110</sup>. Zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı tartışmalıdır. Bir görüş<sup>111</sup>, zamanaşımının satış sözleşmesinin kurulmasıyla başlayacağını kabul ederken, başka bir görüş<sup>112</sup> zapt anından itibaren başlayacağını kabul etmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde zapttan dolayı sorumluluğu başvurulması üstün hak sahibi kişinin dava açmasına bağlı olduğu kabul edildiğinden, satıcının sorumluluğunun başlangıcında da davanın kesinleşmesi esas alınmıştır<sup>113</sup>. Oysa TBK'da üstün hak sahibinin dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanaatimizce on yıllık süre, üstün hak sahibinin dava açması halinde davacı adına tescile hükmedilmesini ilişkin kararın kesinleşmesinden, dava dışı üstün hakkın ileri sürülmesi halinde ise taşınmazın üçüncü kişiye devrinden veya üçüncü kişinin üstün hakkının tanınmasından itibaren başlar<sup>114</sup>.

<sup>108</sup> SCHÖNLE/HIGI/GUT, Art. 196, N. 7; FEYZİOĞLU, s. 267; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 122; TANDOĞAN, s. 162.

<sup>109</sup> TANDOĞAN, s. 162; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 122.

<sup>110</sup> GIGER, Art. 221, N. 43; TANDOĞAN, s. 162; HONSELL, Art. 192, N. 11; TUNÇOMAĞ, s. 226; FEYZİOĞLU, s. 269; BİLGE, s. 73; GÜMÜŞ, s. 68; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 85; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 145; SCHMID/STÖCKLI, s. 44; Yargıtay, 1. HD, E. 2011/6761, K. 2011/9035, T. 21.09.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 1. HD, E. 2009/11411, K. 2009/13279, T. 16.12.2009, www.ecalisanlar.net (05.04.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/10397, K. 2011/14600, T. 18.10.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015); Yargıtay 13. HD, E. 2011/10397, K. 2011/14600, T. 18.10.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>111</sup> GÜMÜŞ, s. 68.

<sup>112</sup> GIGER, Art. 221, N. 43; HONSELL, Art. 192, N. 11.

<sup>113</sup> Yargıtay, on yıllık sürenin, taşınmazın üstün hak sahibi adına tesciline ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacağına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2011/10397, K. 2011/14600, T. 18.10.2011, www.hukukturk.com (05.03.2015).

<sup>114</sup> Aynı yönde bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 145.

## SONUÇ

Taşınmaz satışı sözleşmesinde satıcının zapttan sorumluluğu taşınır satışına göre farklılık göstermektedir. Taşınmaz satışında zapttan sorumluluğun gerçekleşmesi hem geçerli bir satış sözleşmesinin bulunmasına hem de bu sözleşme uyarınca tasarruf işleminin yapılmasına (taşınmazın alıcı adına tescil edilmesine) bağlıdır. Ancak alıcının mülkiyeti tescilsiz kazandığı hallerde de satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olur.

Yargıtay, orman sınırları içinde kalan taşınmazların tapuya kaydedilerek satışa konu olması ve sonrasında tapusunun iptali halinde satıcının zapttan sorumluluğunun söz konusu olacağını kabul etmektedir. Ormanlar özel mülkiyete konu olamayacağından, orman arazilerinin satışına ilişkin sözleşmeler konunun imkânsızlığından dolayı kesin hükümsüzdür. Satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu hallerde satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olmaz. Bundan dolayı Yargıtay'ın orman arazilerinin satışında satıcının zapttan sorumlu olacağı yönündeki uygulaması kanaatimizce yerinde değildir.

Zapttan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için üçüncü kişinin taşınmaz üzerinde üstün hak iddia etmesi gerekir. Öğretide ağırlıklı olarak şerh edilmiş kişisel haklardan dolayı da satıcının zapttan sorumluluğu olacağı kabul edilmektedir. Tapu sicilinin açıklığı ilkesi uyarınca kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri sürmeyeceğinden şerh edilmiş kişisel haklardan dolayı, ayrıca taahhüt etmemişse, satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurulamaz.

Taşınır satışı sözleşmesinde satıcının zapttan dolayı sorumluluğunun söz konusu olması üçüncü kişinin alıcıya dava açmasına bağlı değildir. Alıcı, mahkeme kararı olmaksızın satılanı üçüncü kişiye teslim etse bile satıcının sorumluluğuna başvurabilir. Taşınmazlarda satıcının zapttan dolayı sorumluluğuna başvurulması kural olarak üçüncü kişinin alıcıya dava açmasına bağlı değildir. Ancak dava açılmadan taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesi halinde zaptın koşullarının gerçekleştiğini ispat yükü alıcıya aittir.

Satıcının zapttan sorumluluğu on yıllık zamanaşımını bağlı olup, süre zapttan gerçekleştiği andan itibaren başlar. Buna göre on yıllık süre, zapt mahkeme kararıyla gerçekleşmişse kararın kesinleşmesiyle; mahkeme kararı olmaksızın taşınmaz devredilmiş veya üçüncü kişinin üstün hakkı tanınmışsa devir veya tanımadan itibaren işlemeye başlar.

## KAYNAKÇA

**ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, 2012.

**AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 11. Baskı, Konya 2014.

- AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.
- BİLGE**, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- BUHCER**, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3., erweiterte Auflage, Zürich 1988.
- von BÜREN**, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul 1980.
- GIGER**, Hans, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band IV, 2. Abte-  
ilung, Die einzehen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch, 3. Abschnitt,  
Der Grundstückkauf, Bern 1997.
- GÜMÜŞ**, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt-I, İstanbul 2012.
- HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- HONSELL**, Heinrich/**VOGT**, Nedim Peter/**WIEGEND**, Wolfgang, Basler Kommentar,  
Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007.
- NOMER**, Haluk Nami/**ENGİN**, Baki İlkyay, Türk Borçlar Kanunu, 2. Kısım, I. Fasikül,  
Özel Borç İlişkileri, 2013.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, Yeni-  
lenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası'dan 16. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt 1, Göz-  
den Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.
- PEKMEZ**, Cüneyt, "Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları", TAAD, Y. 6, S. 20  
(Ocak 2015) s. 523-565.
- SCHMID**, Jörg/**STÖCKLI**, Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil,  
Zürich-Basel-Genf 2010.
- SCHÖNLE**, Herbert/**HIGI**, Peter/**GUT**, Beat, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht,  
Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Dritte,  
wöllig neu bearbeitete Auflage, Zürich 2005.
- ŞENGÜL**, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, Ankara 2013.
- TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku, Cilt. 2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul,  
1977.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,  
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İs-  
tanbul 2014.
- YILDIRIM**, M. Fadıl, "Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098  
Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?", GÜHFD, C.  
XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 1049-1059.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara  
2014.





# AKREDİTİFTE TEMEL İLİŞKİDEN DOĞAN BORCUN HIÇ VEYA GEREĞİ GİBİ İFA EDİLMEMESİNİN AKREDİTİF İLİŞKİSİNE ETKİSİ

(The Impact of The Non-Performance of an Obligation  
Inflicted From The Ground Relationship to The Contract  
Letter of Credit)

Doç. Dr. Sezer ÇABRİ\*

## ÖZET

Akreditif uluslararası ticarete sıklıkla başvuru olan bir ödeme yöntemidir. Akreditifin en önemli özelliklerinden biri, akreditif temel ilişkiden bağımsız olmasıdır. Temel ilişkiden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi kural olarak akreditif bedelinin ödenmesini etkilemez. Ancak gerek öğreti gerekse uygulamada akreditifin ödenmesi talebinin dürüstlük kuralına aykırı olması halinde (akreditifte hile kuralı), alıcının bu durumu ileri sürerek ihtiyati tedbir yoluyla akreditif bedelinin ödenmesinin durdurulmasını isteyebileceği kabul edilmektedir. Bu çalışmada hangi hallerde temel ilişkiden doğan itiraz ve def'ilere dayanarak akreditif bedelinin ödenmesinin durdurulabileceği incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Akreditif sözleşmesi, akreditifin bağımsızlığı, temel ilişkiden doğan savunmalar, ihtiyati tedbir, akreditif

## *Abstract*

Letters of Credit (L/C) is a form of payment widely used in international trade. One of the distinctive aspect of the L/C is that it has separate status from that of the agreement for which the L/C is issued. The late or defective performance of obligation by parties to the agreement has no impact on payment under the L/C. Yet, -as being argued in both practice and literature- the buyer can request an interim measure to avoid payment under the L/C when such the request for such payment conflicts with the principle of good faith. This article explores when and under the right to objection stemming from the agreement in question can stop the payment under the L/C.

**Keywords:** Letter of credit, interim measures, objections, credit, payment conflicts

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Akreditif, milletlerarası ticari ilişkilerde ve özellikle mal satışına konu olan sözleşmelerde, alıcı ile satıcının borcunu gereği gibi ifa etmesine, her iki tarafın da alacağını güvence altına almasına hizmet eden bir hukukî ilişkidir<sup>1</sup>. Akreditif ilişkisi milli hukuklarda düzenlenmemiş, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından ortaya çıkması muhtemel farklılıkların ortadan kaldırılması için Birörnek Kuralları (UCP 600) oluşturularak, uygulamada birlik sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak Birörnek Kuralları bağlayıcılığı olmayan kurallar niteliğinde olup, sözleşmeye uygulanması, tarafların bunları uygulanacak hukuk olarak seçmesine bağlıdır<sup>2</sup>. Uygulamada genellikle akreditif sözleşmelerine bir hüküm koyularak, akreditif sözleşmesine Milletlerarası Ticaret Odası'nın hazırlanmış olduğu UCP 600'ün uygulanacağı kararlaştırılmaktadır.

<sup>1</sup> Akreditifin çeşitli işlevleri bulunmaktadır. Bunlardan biri teminat işlevidir. *Teminat işlevi*, alıcı ve satıcının edimlerini yerine getirecekleri bizzat bankalar tarafından taahhüt edilmektedir. Uluslararası ticarete alıcı ve satıcının farklı ülkelerde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tarafların birbirini iyi tanımaması, edimlerin zamanında ve gereği gibi yerine getirileceğinden emin olamaması her iki tarafın da alacağını güvence altına alan bir sistemin kurulmasını gerekli kılmaktadır. Akreditif ilişkisiyle bankalar devreye girerek her iki tarafın da alacağını belli koşullarla güvence altına almaktadır. Örneğin akreditifte öngörülen belgeleri ibraz edilmesi halinde banka satıcıya ödeme yapmakla yükümlüdür. Bu halde banka, alıcının ülkesindeki ekonomik ve politik sebeplerle ödemenin yapılmasını engelleyecek tedbirler, alıcının iflası veya borçlarını ödemedede aceze düşmesi, borcunu ifa etmekte vazgeçmesi ihtimallerine karşı korunmaktadır. Hatta borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine yönelik taraflar arasındaki uyumsuzluklar bile bu anlamda bankanın ödeme yükümlülüğünü kural olarak ortadan kaldırmamaktadır. Alıcı ise akreditifte öngörülen belgeler bankaya ibraz edilmeden banka tarafından ödeme yapılamayacağını teminat altına almaktadır. İbraz edilecek belgeler alıcı bakımından borcun gereği gibi ifa edildiği gösteren belgelerdir. Diğer bir ifadeyle satıcı bedeli borcunu ifa ettikten sonra alabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KAYA**, Arslan, *Belgeli Akreditifte Lehların Hukukî Durumu*, İstanbul 1995, s. 30-31; **SCHÄRRER**, Heiner, *Die Rechtsstellung des Begünstigten im Dokumenten-Akkreditiv*, Bern 1980, s. 23 vd.; **DOĞAN**, Vahit, *Uluslar arası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, Ankara 2003, s. 39 vd.; **ÇİRAY**, Fatma Ceyda, *Akreditifte Bankaların Hukukî Bakımdan Sorumlulukları*, MÜBSE, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 59 vd.; Reisoglu, *Uluslar arası Ticaret Odası'nın getirmiş olduğu bir örnek kuralları, gerek satıcı (lehtar) ve gerekse alıcı (amir) açısından belirli güvenceler getirmekte ise de esas itibariyle satıcının korunulduğuna belirtmektedir*. Bkz. **REİSOĞLU**, Seza, *Hukukî Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları*, *Bankacılar Dergisi*, S. 52, 2005, s. 39; **BOZKURT**, Sevgi, *Akreditifin Uygulanması*, Ankara 2006, s. 18 vd.

<sup>2</sup> Milletlerarası Ticaret Odası'nın düzenlemiş olduğu Birörnek Kuralları 600, bağlayıcı olmayan, tarafların sözleşmede yer vermesi halinde uygulanacak hükümler niteliğindedir. Bu yer verme satış sözleşmesine hüküm koyma şeklinde olabileceği gibi tarafların yapacağı ayrı bir sözleşmeyle de olabilir. Bilgi için bkz. **TEKİNALP**, Ünal, *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Yinden Yazılmış 2. Bası*, İstanbul 2009, s. 577-578; **KAYA**, s. 24; **ÖZEL**, Sibel, "Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi", *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi*, 12-14 Haziran 2012, Ankara 2013, s. 348 vd. (347-354); **GÖĞER**, Erdoğan, *Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti*, 2. Bası, Ankara 1980, s. 63; **KRING**, Banu, "Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditifle İlgili Son Düzenlemesi Yeknesak Kuralları 600 (UCP 600) ve Uygulamaya Getirdiği Bazı Yenilikler", *DEÜHFD*, C. 11, Özel S. 2009, s. 1227; **BOZKURT**, s. 13. Öğretide UCP 600 hükümlerinin niteliği tartışmalı olup, bazı yazarlar bu kuralların ticari örf ve adet hukuku niteliğinde olduğunu, Türk Ticaret Kanunu m.1/II gereği, taraflar atf yapmasa dahi iç hukukta düzenleyici hüküm bulunmadığı hallerde UCP 600'ün uygulanacağını kabul etmektedir. Bkz. **ÖZEL**, UTO Kuralları, s. 350-351.

Akreditifte bir temel ilişki (satış sözleşmesi), bir de bu ilişkiden doğan borcu ifa etmeyi amaçlayan akreditif ilişkisi bulunmaktadır. Bu iki ilişki aralarındaki ekonomik bağlılığa rağmen hukuken birbirinden bağımsızdır. Bundan dolayı temel ilişkinin veya akreditif ilişkisinin geçersiz olması diğerinin geçerliliğini etkilemediği gibi, temel ilişkiden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi de kural olarak bankanın ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bir bankanın akreditif bedelini ödeme yükümlülüğü, alıcının (amirin) akreditif banka-sıyla veya satıcıyla (lehtarla) olan ilişkilerinden kaynaklanan hak taleplerine veya sa-vunmalarına tâbi değildir.

Ancak akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olmasına rağmen uygulamada en çok karşılaşılan sorunlardan biri temel ilişkiden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine (özellikle aliud ve ayıplı ifa) bağlı olarak akreditifin ödemesinin durdurulmasının talep edilmesi ve bu konuda ihtiyati tedbir kararı alınmasıdır. Gerek yargı uygulaması gerekse öğretide her ne kadar temel ilişki ile akreditif ilişkisi birbirinden bağımsız olsa da temel ilişkiden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde akreditif ödemesinin durdurulabileceği kabul edilmektedir. Bu çalışmada, akreditif ilişkisinde temel ilişkiden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinin (aliud ve ayıplı ifa) akreditif ilişkisine etkisi ortaya konul-maya çalışılacaktır. Konun daha iyi ortaya konulabilmesi için temel ilişki ile akreditif sözleşmesi arasındaki ilişkiye, bankaların ibraz edilen belgeleri inceleme yükümlülü-ğüne de değinilecektir.

## I. Temel İlişki İle Akreditif Sözleşmesi Arasındaki İlişki

### A. Akreditifin Temel İlişkiden Bağımsızlığı

Akreditif ilişkisi birden fazla hukukî ilişkiyi bünyesinde barındıran çeşitli ilişki-lerden oluşmaktadır. Akreditif ilişkisinden söz edebilmek için öncelikle alıcı (amir) ile satıcı (lehtar) arasında bir satış sözleşmesinin olması<sup>3</sup> ve ödememin akreditif yoluyla yapılmasına kararlaştırılması gerekir<sup>4</sup>. Taraflar satış sözleşmesine ödememin akreditif

<sup>3</sup> Akreditif ilişkisinde amir (alıcı) ile lehtar (satıcı) arasındaki hukuki ilişki çoğunlukla satış sözleşmesidir. Ancak nadiren de olsa taraflar arasındaki temel ilişkinin bir malın teslimi yerine hizmetin de görülmesinin olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **TEKİNALP**, s. 603; **KAYA**, s. 32; **ÇIRAY**, s. 49; **GÖĞER**, s. 20; **KOSTAKOĞLU**, Cengiz, Banka Kredileri, Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 2013, s. 1090; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1353.

<sup>4</sup> **SCHÄRRER**, s. 59; **BORGGREFE**, Siegfried, Akkreditiv und Grundverhältnis, Berlin 1971, s. 16; **ÖZEL**, Sibel, Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1991, s. 15-16; **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2015, s. 340; **KAYA**, s. 24; **DOĞAN**, s. 76; **GÖĞER**, s. 63; **ÇIRAY**, s.

yoluyla yapılmasına ilişkin hüküm koyabileceği gibi bu konuda ayrı bir sözleşme de yapabilirler<sup>5</sup>. Uygulamada genellikle satış sözleşmesine hüküm koyularak ödemenin akreditif yoluyla yapılması kararlaştırılmaktadır.

Ödemenin akreditif yoluyla yapılmasının kararlaştırılması, doğrudan akreditif ilişkisinin kurulmasına yol açmaz; bu durum alıcıya akreditifi açma borcu yükler<sup>6</sup>. Buna göre alıcı, bir bankaya başvurarak akreditif açtırmakla yükümlüdür. Alıcı, akreditifi açtırmazsa, sözleşmeye aykırı davranmış olur ve satıcı, borcun ifa edilmemesi hükümlerine dayanarak (borçlu temerrüdü) sahip olduğu hakları kullanabilir<sup>7</sup>.

Alıcının akreditifi açtırmamasından sonra akreditifi açan banka, satıcının ülkesinde bulunan şubesi, şubesi yoksa başka bir banka aracılığıyla durumu satıcıya bildirir. Satıcı, sözleşme uyarınca kararlaştırılan belgeleri hazırlayarak bankaya ibraz eder; banka belgelerin akreditif şartlarına uygun olduğuna karar verirse ödemeyi yapar. Görüldüğü üzere akreditif ilişkisinin temelini, sebebini taraflar arasındaki temel ilişki oluşturmaktadır. Temel ilişkinin kurulmasına bağlı olarak alıcının akreditif açtırma yükümlülüğü doğmaktadır.

Ancak her ne kadar akreditifi açtırma borcu temel ilişkiden doğan bir yükümlülük olsa da akreditif ilişkisinin en önemli özelliklerinden biri temel ilişkiden bağımsız olmasıdır<sup>8</sup>. Akreditif, temel ilişkiden doğan borcun ifası amacıyla yapılmış olsa bile

49-50; **TEKİNALP**, s. 578; **KRING**, s. 1227; Temel ilişkinin kurulmuş olması ve sözleşmede ödemenin akreditif yoluyla yapılacağına kararlaştırılması akreditif ilişkisinin kurulmasına yol açmaz. Alıcının bu amaçla akreditif bankasıyla akreditif sözleşmesini yapması gerekir. Ancak bu sözleşmenin yapılmasıyla akreditif ilişkisi kurulmuş olur. Bkz. **GÖĞER**, s. 73.

5 **DOĞAN**, s. 76; **ÇIRAY**, s. 49-50; **BORGGREFE**, s. 16.

6 **SCHÄRRER**, s. 61. Akreditif ilişkisi, temelindeki satış sözleşmesine bağlı olarak yapılan bir işlemdir. Taraflar, aralarındaki temel ilişki uyarınca ödemenin akreditif yoluyla yapılmasını kararlaştırdığı hallerde, alıcı, sözleşme uyarınca akreditif açma borcu altına girmektedir. Buna göre alıcı, sözleşmede kararlaştırılan sürede, süre yoksa TBK m. 90 gereği temel ilişkinin kurulmasıyla akreditifi açtırmakla yükümlüdür. Alıcı bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, süre kararlaştırılan hallerde ihtara gerek olmaksızın, süre kararlaştırılmayan hallerde ise ihtar ile temerrüde düşer. Bu halde satıcı bu halde TBK m. 117 vd. hükümlerine başvurarak sahip olduğu hakları kullanabilir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **DOĞAN**, s. 79-80; **ÖZEL**, s. 29 vd.; **KAYA**, s. 42 vd.; **SCHÄRRER**, s. 62. Öğretide, belgeleri ibraz borcunun niteliği tartışmalıdır. Bir görüş, ibrazı asli borç olarak kabul ederken, başka bir görüş yan borç olduğunu kabul etmektedir. Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. **KAYA**, s. 52 vd.

7 **KAYA**, s. 48-49; **TEKİNALP**, s. 579; **DOĞAN**, s. 80.

8 **SCHÄRRER**, s. 27; **EISEMANN**, Frédéric/**SCHÜTZE**, Rolf A., Frederic Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr, 3.,völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1989, s. 65; **TEKİNALP**, s. 620; **BORGGREFE**, s. 16, 33; **GAO**, Xiang, "The Identity Of The Fraudulent Party Under The Fraud Rule In The Law Of Letter Of Credit", University of New South Wales Law Journal, 2001, 14, prag. 9, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/14.html#Heading19> (15.08.2015); **ÜLGEN/HELVACI/KENDİĞELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 341; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1353; **REİSOĞLU**, s. 41; **KAYA**, s. 107; **EKİCİ**, Akin, "Akreditifte Lehhtarın Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak (Fraud)

hukuken bu iki sözleşme arasında bir bağıllık bulunmamaktadır<sup>9</sup>. Akreditif ilişkisinde alıcı, satıcı ile yaptığı sözleşme uyarınca herhangi bir banka ile akreditif açılmasına ilişkin bir sözleşme yapmaktadır. Ancak akreditif sözleşmesinde temel ilişkiye değinilmiş olup olmaması akreditif sözleşmesini etkilememekte, akreditif sözleşmesinin tarafı olan bankalar sadece akreditif sözleşmesiyle bağlı olarak hareket etmektedir<sup>10</sup>. Diğer bir ifadeyle banka akreditiften doğan borcunu ifa ederken temel ilişkiyi değil, akreditif koşullarını esas almakla yükümlüdür<sup>11</sup>. Bu durum Milletlerarası Ticaret Odası'nın Birörnek Kuralları'nın "Sözleşmeler Karşısında Akreditifler" başlığı altındaki 4/a maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Doğası itibariyle bir akreditif, dayandırlabileceği satış sözleşmesinden veya diğer bir sözleşmeden ayrı bir işlemdir. Akreditifte her ne şekilde olursa olsun bir sözleşmeye değinilmiş olsa bile bankalar böyle bir sözleşmeyle ilgilenmezler ve onunla bağlı değildir. Bu nedenle bir bankanın akreditif altındaki ibrazı karşılama, iştirat etme veya diğer herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin taahhüdü, amirin amir bankayla veya lehtarla olan ilişkilerinden kaynaklanan hak taleplerine veya savunmalarına tabi değildir."<sup>12</sup>.

Buna göre, ibrazı karşılamakla yükümlü olan akreditif bankası, akreditif bankası ile akreditifi açtıran arasındaki karşılık ilişkisinden, akreditif amiri ile akreditif lehtarı arasındaki temel ilişkiden ve bankaların kendi aralarındaki ilişkilerden doğan savunmaları (itiraz ve def'iler), akreditif lehtarına karşı ileri süremez<sup>13</sup>. Bunun tek istisnası akreditif lehtarının ödeme talebini kötüye kullanmasının veya hilesinin açıkça varlığıdır<sup>14</sup>.

Akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olmasının uluslararası ticaretin işleyişi bakımından önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Taraflar temel ilişkiden doğan savunmalarını ileri sürebilselerdi, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmesine bağlı olarak çoğu durumda bankanın ödeme yapması engellenerek akreditif ilişkisi uygulanamaz hale gelirdi ve kurum, tarafların alacağını ödeme ve güvenceye alma fonksiyonunu kaybederdi<sup>15</sup>.

---

Bedeli Talep Etmesi ve Bu Durumda Akreditif Bedelini İştirat (İskonto) Eden Bankanın Hukuki Durumu", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul 2001, s. 164 vd.; **BOZKURT**, s. 5.

<sup>9</sup> **SCHÄRRER**, s. 27; **ÖZEL**, s. 16; **KOSTAKOĞLU**, s. 1100-1101; **GAO**, prag. 9.

<sup>10</sup> **ÖZEL**, s. 16; **SCHÄRRER**, s. 27; **REİSOĞLU**, s. 41.

<sup>11</sup> **SCHÄRRER**, s. 27; **GAO**, prag. 9; **DOĞAN**, s. 40; **ÖZEL**, s. 16.

<sup>12</sup> Akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması işlemlerin hızlı bir şekilde yapılmasını sağlayan temel bir ilkedir. Bu ilkenin uygulamadaki en önemli sonucu, amir bankanın sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık sebebiyle ibrazı karşılamaktan kaçınmamasıdır. Bkz. **BORGGREFE**, s. 34; **EKİCİ**, s. 165.

<sup>13</sup> **SCHÄRRER**, s. 28; **BORGGREFE**, s. 33; **TEKİNALP**, s. 621; **REİSOĞLU**, s. 41; **KAYA**, s. 103.

<sup>14</sup> **TEKİNALP**, s. 621; **EISEMANN/SCHÜTZE**, s. 66; **SCHÄRRER**, s. 134-135.

<sup>15</sup> Milletlerarası ticarete tarafların farklı ülkelerde yer alması, tarafların alacağını elde etme konusunda birbirlerine karşı güvensizlik duymasına sebep olmaktadır. İşte akreditif uygulamasının bu

Öğretide, akreditif ilişkisinin bağımsızlığı ilkesinin yetersiz de olsa genel olarak TBK m. 557/I'de düzenlendiği belirtilmektedir<sup>16</sup>. TBK m. 557/I'de havale ödeyicisinin borcu şu şekilde düzenlenmiştir: “*Havale ödeyicisi, çekince belirtmeksizin havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirirse, ifa ile yükümlü olur ve ona karşı, ancak aralarındaki ilişkiden veya havalenin içeriğinden doğan savunmaları ileri sürebilir; havale eden ile kendi arasındaki ilişkiden doğan savunmaları ileri süremez.*”. Akreditifte havalede olduğu gibi banka, temel ilişkiden bağımsız olarak belli bir miktarı lehtar ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Temel ilişki veya amir ile banka arasındaki ilişki kural olarak bankanın ödeme yükümlülüğünü etkilememektedir<sup>17</sup>.

Temel ilişkiden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeme ihtimaline karşı taraflar, akreditif şartlarında, varma veya gönderme yerinde bilirkişi tarafından malın kalitesi hakkında hazırlanmış bir belgenin gösterilmesini veya malın kontrolünden ya da alıcı tarafından kabulünden sonra bedelin ödenmesini kararlaştırabilir<sup>18</sup>. Bu halde alıcı, akreditif ilişkinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesine karşı kendisini koruyarak, likit kanıt veya ihtiyati tedbir kararına gerek kalmaksızın lehtarın akreditif bedelini talep etmesini engelleyebilir.

## B. Temel İlişkinin Geçersizliği

Temel ilişkinin geçersizliğinin akreditif ilişkisini nasıl etkileyeceği akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesi uyarınca değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Temel ilişki kesin hükümsüzse, bu sözleşmeye dayanarak akreditif açılması istenemez. Geçersiz olan bir sözleşmeden borç doğmayacağı için satıcı bu sözleşmeye dayanarak akreditifin açılmamasından dolayı alıcının sorumluluğuna başvuramaz. Hatta akreditif açma yükümlülüğü asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmeyle üstlenilmiş olsa bile durum değişmez.

Temel ilişki kesin hükümsüz olmasına rağmen alıcı akreditifi açarsa, temel iliş-

---

güvensizliği ortadan kaldırma, alacağın ödenmesini, taraflar arasındaki ilişkilerin güven içinde yürütülüp sonuçlandırılmasını sağlama gibi işlevleri bulunmaktadır. Ödeme işlevi, özellikle belgeli akreditifte söz konusu olur. Alıcı ithalatçı, temel ilişkiden doğan ödeme borcunu, karşı tarafa belgeli akreditif yolu ile ödemeyi taahhüt etmektedir. Teminat işlevi ise temel ilişkiye katılan her iki taraf için de geçerlidir. Temel ilişkide satıcı konumunda olan lehtar, lehine akreditif açılmasıyla alacağını elde etme riski önemli ölçüde azalmaktadır. Akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesi gereği, temel ilişki herhangi bir sebeple geçersiz olsa veya temel ilişkiden doğan borç hiç ya da gereği gibi ifa edilmese bile bankanın ödeme yükümlülüğü devam etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞAN**, s. 39 vd.; Yargıtay da kararlarında akreditifin (özellikle belgeli akreditifin) ithalat, ihracat konularında farklı rejimlere tâbi olan ihracatçı ve ithalatçı arasındaki ilişkilerin güven içinde yürütülüp sonuçlanmasını sağladığını açıkça belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 10.02.1977, 5881/558, YKD, 1978, s. 1319.

<sup>16</sup> **TEKİNALP**, s. 620-621.

<sup>17</sup> **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1336; **ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, İstanbul 2014, s. 657-658.

<sup>18</sup> **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1348.

kinin geçersizliğinin akreditif ilişkisinin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği açıklığa kavuşturulması gereken önemli konulardan biridir. Akreditifte temel ilişkinin geçersiz olması (şekle aykırılık, ehliyetsizlik, irade bozukluğu halleri gibi), kurulmuş olan akreditif sözleşmesi uyarınca ödeme yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>19</sup>. Akreditif sözleşmesi geçerli olarak kurulduğu hallerde amir banka, lehtara (satıcıya) akreditifte öngörülen koşullarla ödeme yapmakla yükümlüdür<sup>20</sup>. Çünkü akreditifin açılmasıyla lehtara akreditiften yararlanma hakkı verilmektedir. Bu durumda akreditifi açan banka, temel ilişkinin kesin hükümsüz olmasından bağımsız olarak ödeme yapmakla yükümlüdür. Bunun sebebi yukarıda da bahsetmiş olduğumuz, temel ilişkinin akreditif ilişkisinden bağımsız ve soyut olması, bankanın lehtara öngörülen belgeleri ibraz etmesi halinde ödeme yapmayı vaat etmesidir<sup>21</sup>. Ancak alıcı (amir), lehtara ödeme yapılmasından dolayı akreditif bankasına ödeme yapmak zorunda kalırsa, yapmış olduğu ödemeye sebepsiz zenginleşme hükümlerince lehtardan isteme hakkına sahiptir<sup>22</sup>. Alıcı, temel ilişkinin geçersiz olduğunu bilerek akreditifi açtırmışsa ve akreditif bankası ödemeyi yapmışsa, kanaatimizce bu halde alıcı ödemiş olduğu bedelin sebepsiz zenginleşme hükümlerince iadesini isteyememelidir (TBK m. 78/I).

Ancak bazı hallerde temel ilişkinin kesin hükümsüz olması sebebiyle lehtarın ödeme talebinde bulunması dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, temel ilişkinin kanuna ve ahlâka aykırı veya suç oluşturan bir nitelik taşımada hem alıcının hem de satıcının bilgisinin bulunması ve söz konusu sebeplerle sözleşmenin geçersiz olması hallerinde lehtarın ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir<sup>23</sup>. Özellikle uyuşturucu satışı, insan kaçakçılığı, taklit mal satış, kanuna aykırı silah ticareti, kara para aklanması gibi haller bu duruma örnek gösterilmektedir<sup>24</sup>. Böyle hallerde temel ilişki kesin hükümsüz olup, bu ilişki uyarınca açılan akreditiflere dayanarak ödeme yapılması istenemez<sup>25</sup>.

Temel ilişkinin geçersiz olması halinde alıcının (amir) sahip olduğu başka bir imkân ise lehtar aleyhine ihtiyati tedbir kararı alarak banka tarafından ödemenin engellenmesidir<sup>26</sup>. Her ne kadar buna ilişkin açık bir düzenleme olmasa da alıcıların bu yola sıklıkla başvurduğu görülmektedir.

<sup>19</sup> **TEKİNALP**, s. 622-623.

<sup>20</sup> **DOĞAN**, s. 386-387; **GÜNAY**, Gözde Engin, Türk Hukuku'nda Akreditif, İTÜSBE, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 26.

<sup>21</sup> **DOĞAN**, s. 387.

<sup>22</sup> **DOĞAN**, s. 387.

<sup>23</sup> **EISEMANN/SCHÜTZE**, s. 200; **SCHÄRRER**, s. 133; **KAYA**, s.177 vd.

<sup>24</sup> **EISEMANN/SCHÜTZE**, s. 200; **KAYA**, s. 177.

<sup>25</sup> Silah satışı ile uyuşturucu satışına bağlı olarak akreditif açılması halinde temel ilişkinin geçersiz olması gerekir. Silah ve uyuşturucu satışının her durumda hukuka aykırı olduğu söylenemez. Banka, ancak yasa dışı yapılan silah ve uyuşturucu kaçakçılığına dayanarak ibrazı karşılamaktan kaçınabilir. Bkz. **EISEMANN/SCHÜTZE**, s. 200-201.

<sup>26</sup> **DOĞAN**, s. 387.

### C. Alıcı İle Banka (Amir Banka) Arasındaki Akreditif Açılmasına İlişkin Sözleşmenin Geçersizliği

Alıcı ile satıcı arasında temel ilişkinin (satış sözleşmesinin) kurulması sonrasında alıcı ile banka (amir banka) arasında akreditif açılmasına ilişkin akreditif sözleşmesi yapılmaktadır<sup>27</sup>. Alıcı bankaya başvurarak, satıcı ile aralarında bir satış sözleşmesinin imzalandığını, bu sözleşme ile satıcı lehine akreditifin açılması talimatını verir. Bu sözleşme ile banka, alıcının talimatı üzerine satıcıya karşı, koşula bağlı nitelikte belli bir miktar parayı ödeme taahhüdü altına girmektedir<sup>28</sup>. Akreditif sözleşmesinin kurulması üzerine banka (amir banka) akreditifin lehtarına (satıcıya), lehine bir akreditif açıldığını ve malları yükleyip öngörülen belgeleri ibraz etmesi halinde kendisine ödeme yapacağını bildirir. Satıcı, istenilen belgeleri bankaya ibraz ettiğinde akreditif konu miktarı kendisine ödenmesini isteme hakkını elde eder.

Alıcı ile banka arasındaki akreditif sözleşmesinin geçersiz olması halinde bankanın satıcıya karşı akreditifin açıldığını bildirme ve ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu halde bankanın herhangi bir işlem yapmaması, alıcıya karşı sorumluluğuna yol açmaz. Ancak banka, geçersiz sözleşmeye rağmen akreditifi lehtara bildirirse, bu halde lehtarın gerekli belgeleri ibrazı halinde, ödeme yapma yükümlülüğü doğar. İbrazı karşılamakla yükümlü olan banka, lehtara karşı amir banka ile akreditif açtıran arasındaki ilişkiden doğan savunmaları ileri süremez. Örneğin, bu ilişkinin şekle aykırılık, ehliyetsizlik veya irade bozukluğu sebebiyle geçersiz olmasına dayanmaz<sup>29</sup>. Bunun sebebi, akreditif bankasının, geri dönülemez nitelikte belli bir miktar bedeli ödemeyi taahhüt etmesidir.

### D. Akreditifi Açan Banka İle Akreditif Lehtarı Arasındaki İlişki

Akreditifi açan banka ile akreditif lehtarı arasındaki ilişki, doğrudan, muhabir banka<sup>30</sup> veya teyit bankası<sup>31</sup> aracılığıyla akreditifi açtığını lehtara bildirmesi ile ku-

<sup>27</sup> Uygulamada alıcının banka ile yaptığı sözleşme "akreditif sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır.

<sup>28</sup> ÇİRAY, s. 7; KOSTAKOĞLU, s. 1090

<sup>29</sup> TEKİNALP, s. 621.

<sup>30</sup> İhbar bankası (muhabir banka), akreditif bankasının açtığı akreditifi lehtarın (satıcının) ülkesindeki bir banka aracılığıyla lehtara bildiren bankadır. Muhabir banka, sadece akreditifin açıldığını ve koşullarını lehtara bildirmektedir. Muhabir bankanın akreditif belgelerini inceleme, kabul etme veya akreditif bedelini ödeme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. UCP 600 m. 2'de ihbar bankası, "amir bankanın talebi üzerine akreditifi ihbar eden banka anlamına gelir" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 23; REİSOĞLU, s. 48; ÇİRAY, s. 110.

<sup>31</sup> Teyit bankası, akreditif bankası yanında teyit bankası sıfatıyla onun sorumluluğuna ek ve fakat ondan bağımsız bir yükümlülük altına girmesini ifade etmektedir. Bu halde teyit bankası ile satıcı arasında, akreditif bankası ile olan ilişkiden ayrı bir borç ilişkisi doğmuş olmakta; lehtar için ikinci bir güvence ortaya çıkmaktadır. UCP 600 m. 2'de teyit bankası, "amir bankanın kesin yükümlülüğüne ek olarak teyit bankasının uygun bir ibrazı karşılayacağına veya iştira edeceğine ilişkin kesin bir yükümlülüğü anlamına gelir." şeklinde tanımlanmıştır. Aynı hükmün devamında teyit



rulur<sup>32</sup>. Alıcının, akreditif açılmasına yönelik olarak banka ile sözleşme imzalaması, bankaya akreditif açma talimatı vermesi veya bankanın akreditif açmayı kabul etmesi, banka ile lehtar arasında herhangi bir ilişki kurulmasına yol açmaz<sup>33</sup>. Bankanın akreditif açılmasına ilişkin bildirim tek taraflı varması gerekli bir irade açıklamasıdır<sup>34</sup>. Bildirim ile bankanın lehtara karşı ödeme yükümlülüğü doğmakta olup, banka ile lehtar arasında ayrıca sözleşme yapılmasına gerek yoktur<sup>35</sup>. Ancak bankanın tek taraflı bildirimle ödeme yükümlülüğünün doğması için yeterli olmayıp, lehtarın da bunu kabul etmesi gerekir<sup>36</sup>.

Akreditif bankası ile lehtar arasındaki ilişkiden bir kısım def'iler doğabilir ve bu durum akreditif bankasına ödeme yapmaktan kaçınma hakkı verir. Takas, belgelerin süresi içinde ibraz edilmemesi, yenileme bu niteliktedir<sup>37</sup>.

Alıcı ile banka arasındaki sözleşme geçerli olsa bile, bankanın lehtara ödeme yapma yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için aralarında geçerli bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir. Akreditif bankası ile lehtar arasındaki ilişkinin geçerli bir şekilde kurulmadığı hallerde, akreditif bankası, bu ilişkiden doğan itiraz ve def'ileri sürerek ibrazı karşılamaktan kaçınabilecektir<sup>38</sup>. Çünkü akreditif bankası ile lehtar arasındaki ilişkinin geçerliliği genel hükümlere bağlıdır.

## II. Temel İlişkiden Doğan Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesi (Özellikle ALİUD ve Ayıplı İfa)

Satıcının temel ilişkiden doğan borcunu hiç ifa etmemesi halinde akreditif ilişkisinin taraflarına başvurarak satış bedelini talep edebilmesi çok zordur. Çünkü akreditif ilişkisinde bankalar, ifanın gerçekleştiğini gösteren belgelerle hareket etmekte, ifanın gerçekleşmesine bağlı olarak sözleşmede kararlaştırılan belgelerin ibrazıyla ödeme yapmaktadır.

---

bankası ise "amir bankanın talebi veya verdiği yetki üzerine akreditife teyidini ekleyen banka anlamına gelir." şeklinde tanımlanmıştır. UCP 600 m. 8/b'de, bir teyit bankasının akreditife teyidini eklediği andan itibaren ibrazı karşılamakla veya iştirâ etmekle dönülemez biçimde yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere teyit bankası, akreditif bankası gibi bağımsız olarak ibrazı karşılama yükümlülüğü altına girmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİRAY, s. 111; REİSOĞLU, s. 49-50; Yargıtay HGK, E. 2002/12-1078, K. 2002/1072, T. 18.12.2002, www.hukukturk.com (20.08.2015).

<sup>32</sup> TEKİNALP, s. 612.

<sup>33</sup> DOĞAN, s. 107; TEKİNALP, s. 612.

<sup>34</sup> TEKİNALP, s. 613.

<sup>35</sup> TEKİNALP, s. 613; DOĞAN, s. 107.

<sup>36</sup> DOĞAN, s. 115.

<sup>37</sup> TEKİNALP, s. 620.

<sup>38</sup> SCHÄRRER, s. 126; DOĞAN, s. 385.

Akreditif ilişkilerinde en çok karşılaşılan sorunlardan biri satıcının kararlaştırılandan başka bir şey teslim etmesi (aliud ifa) veya gönderilen şeylerin ayıplı olmasıdır<sup>39</sup>. Borçlunun borçlanılan edimden başka bir şey teslim etmesi, öğretide aliud ifa (yanlış edim) olarak adlandırılmaktadır<sup>40</sup>. Aliud ifa, taraflarca kararlaştırılan edimin yerine başka çeşit ve nitelikte bir şeyin verilmesidir. Diğer bir ifadeyle aliud ifada, borçlanılmış olan şeyden başka bir şeyin teslimi söz konusudur. Ayıp ise satılanın satıcının bildirdiği nitelikleri taşımaması veya satılanın nitelik veya niteliğini etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukukî ya da ekonomik eksikliklerin bulunmasıdır (TBK m. 219)<sup>41</sup>.

Uygulamada aliud ifa ile ayıplı ifa ile sıklıkla karıştırılmaktadır. Aliud ifada borçlu sözleşmede kararlaştırılandan başka bir şey verdiğinden bu halde ifa hiç gerçekleşmemekte, borçlu ifa etmemenin sonuçlarından sorumlu olmaktadır. Oysa ayıplı ifada satıcı, sözleşmede kararlaştırılan şeyi teslim etmekte, ancak teslim edilen şey satıcı tarafından bildirilen veya satılanın objektif olarak taşınması gereken nitelikleri taşımamaktadır.

Aliud ifada borcun hiç ifa edilmemiş olduğu kabul edildiğinden, borçlu TBK m.

<sup>39</sup> Borcun hiç ifa edilmediği hallerde satıcının akreditifte öngörülen belgeleri ibraz etmesi zor olduğundan hiç ifa edilmeme halinde akreditif bedelinin ödenmesiyle ilgili uyumsuzluk çıkmamaktadır. Akreditifte ibrazı kararlaştırılan belgeler ticari faturalar, taşıma belgeleri (konşimento, charter parti belgesi, çok şekilli taşıma belgesi, hava yolu taşıma belgesi, kara yolu, demir yolu ve içsu yolu taşıma belgesi), sigorta belgeleridir. Hatta taraflar anlaşarak bunlar dışında başka belgelerin de ibrazını kararlaştırabilir (örneğin varant, konsolosluk faturası, menşe şahadetnamesi, ağırlık ve kalite belgesi, teknik analiz raporu, gözetim sertifikası gibi). Özellikle taşıma belgeleri, borcun ifa edildiği veya satış konusu malların alıcıya teslim edilmek üzere yola çıktığını gösteren belgelerdir. Bundan dolayı bu belgeler olmaksızın satıcının bankaya başvurabilmesi çok zordur.

<sup>40</sup> **KELLER**, Max/**SCHÖBI**, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Dritte, vollständige überarbeitete und ergänzte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 260; **ACEMOĞLU**, Kevork, "Aliud" ve Federal Mahkemenin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine, **İÜMHAD**, C. 6, S. 9 (1972), s. 19; **ŞENOCAK**, Zarife, "Borçlar Kanunu'nun 96 vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından "Aliud"un (Başka Şeyin) Teslimi", **BATİDER**, Haziran 1989, C. XV, S. 1, s. 114; **YAVUZ**, Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 47; **SEROZAN**, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, Gözden geçirilip genişletilmiş 4 üncü bası, İstanbul 2006, s. 80; **TUNÇOMAG**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, Üzerinde Çalışılmış Üçüncü Bası, İstanbul 1977, s. 120; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 1048; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 281, dn. 86.

<sup>41</sup> **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 163; **TUNÇOMAG**, s. 120; **EDİS**, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 8; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 123 vd.; **YAVUZ**, s. 60 vd.; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-I, İstanbul 2012, s. 123; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 116.

112 vd. hükümlerince alacaklıya karşı sorumlu olmaktadır<sup>42</sup>. Ancak akreditif ilişkisinde borcun hiç ifa edilmemesiyle aliud ifası arasında fark bulunmaktadır. Şöyle ki, hiç ifa etmemede, satıcı ifayı gerçekleştirdiğine ilişkin belgelere sahip olmadığından bankaya başvurup akreditif bedelini alamayacaktır. Oysa aliud ifada, teslim edilen şey, kararlaştırılardan farklı olsa bile, şeklen ifa gerçekleştiğinden, satıcı (lehtar) ifanın gerçekleştiğine ilişkin belgeleri ibraz ederek akreditif bedelini talep edebilecek, bankalar da bu belgeleri şeklen inceleyip, belgelerin akreditif sözleşmesindeki koşulların taşınması halinde ödemeyi yapabilecektir. Ayıplı ifada da benzer durum söz konusudur. Satıcı, malları teslim edip, gerekli belgeleri ibraz ederek bedelin ödenmesini istemekte, bu aşamada yapılan gözden geçirmeyle malların ayıplı olduğu anlaşılmaktadır. Bedelin satıcıya ödenmesi halinde alıcı, satıcıya başvuru hakkını kaybetmemekle birlikte akreditif sözleşmesi gereği bankanın ödemiş olduğu bedeli, komisyonuyla birlikte ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Özellikle alıcı ve satıcının farklı ülkelerde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, alıcının, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan haklarını kullanması zorlaşmaktadır. Bundan dolayı uygulamada, aliud veya ayıplı ifa hallerinde mahkemeye başvurularak ihtiyati tedbir kararı alınarak lehtara ödeme yapılması engellenmektedir. Böylece akreditife hâkim olan akreditifin temel ilişkiden bağımsız ve bankaların sadece belgeleri incelemekle yükümlü olması ilkesi, ihtiyati tedbir kararlarıyla kısmen bertaraf edilmektedir.

### **III. Bankaların İbraz Edilen Belgeleri İnceleme Yükümlülüğü**

Akreditif ilişkisinde alıcı, akreditif açılmasına ilişkin talebinde ibraz edilecek belgeleri de bildirir. Banka aldığı talimatı satıcıya iletir ve satıcı istenen belgeleri hazırlayarak bankaya ibraz eder. Belgeler akreditif şartlarına uygunsa, banka ödemeyi yapar. Böylece alıcı belirli koşulları yerine getirmeden satıcıya ödeme yapılmamasından emin olduğu gibi satıcı da akreditif koşullarının yerine getirilmesi halinde alacağına kavuşma güvencesine sahip olur<sup>43</sup>. Ancak satıcının alacağını elde edebilmesi mutlaka akreditif ilişkisinde öngörülen belgeleri teslim etmesine bağlıdır. Aksi halde ödeme talebi yerine getirilmez.

Akreditifte bankanın ödeme yükümlülüğü öngörülen belgelerin ibrazına bağlıdır. Ancak bankanın ödeme yapmadan önce ibraz edilen belgelerin akreditif şartlarına uygun olup olmadığını inceleme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>44</sup>. Banka ibraz edilen belgelerin talimatta belirtilen belgeler olup olmadıklarını, talimatta belirtilen koşulları taşıyıp taşımadıklarını ve zamanında ibraz edilip edilmediklerini inceler<sup>45</sup>. Satıcının bankaya başvurması tek başına ödeme yükümlülüğünü doğurmaz; ödeme

<sup>42</sup> TUNÇOMAĞ, s. 121; EREN, 1048; OĞUZMAN/ÖZ, s. 281, dn. 86.

<sup>43</sup> ÖZEL, s. 13.

<sup>44</sup> SCHÄRRER, s. 89; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1354.

<sup>45</sup> TEKİNALP, s. 584; SCHÄRRER, s. 89-90; REİSOĞLU, s. 51-52; DOĞAN, s. 275 vd.

yükümlülüğü ancak akreditife uygun belgelerin akreditifte öngörülen koşullarla ibrazıyla söz konusu olur.

Bankanın kendisine ibraz edilen belgeleri inceleme yükümlülüğü, belgelerin şekli anlamda akreditif şartlarına uygunluğunun denetlenmesi olarak ifade edilmektedir<sup>46</sup>. Bankanın inceleme yükümlülüğü amir (alıcı) ile lehtar (satıcı) arasındaki temel ilişkiden bağımsızdır<sup>47</sup>. Akreditifte banka, sadece amir ile lehtar arasındaki ödeme ilişkisine aracılık etmekte, taraflar arasındaki temel ilişkiyle ilgilenmemektedir. Bu durum UCP 600 m. 4'de “*Doğası itibariyle bir akreditif, dayandırılabilceği satış sözleşmesinden veya diğer bir sözleşmeden ayrı bir işlemdir. Akreditifte her ne şekilde olursa olsun bir sözleşmeye değinilmiş olsa bile bankalar böyle bir sözleşmeyle ilgilenmezler ve onunla bağlı değillerdir. Bu nedenle bir bankanın akreditif altındaki ibrazı karşılama, iştira etme veya diğer herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin taahhüdü, amirin amir bankayla veya lehtarla olan ilişkilerinden kaynaklanan hak taleplerine veya savunmalarına tabi değildir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bankalar ödeme yaparken ibraz edilen belgelerin akreditif şartlarına uygunluğunu değerlendirmeleri gerekir. Bankalar, belgelerin akreditif şartlarına uygun olup olmadıklarını, istenilen şekilde düzenlenip düzenlenmediklerini, istenilen kurumlardan alınıp alınmadıklarını incelerken akreditif talimatındaki şartlara sıkı sıkıya bağlı kalmakla yükümlüdürler. Bankaların akreditif metninde yer alan şartları yorumlama yetkileri bulunmamaktadır. Bankayı akreditif şartlarının lafzı ile bağlayan, ona yorum yapma hakkı vermeyen bu ilkeye “akreditif şartlarına sıkı sıkıya bağlılık” ilkesi denilmektedir<sup>48</sup>.

Değerlendirme sonucunda ibraz edilen belgelerin akreditif şartlarına uygun olduğu belirlenirse, bankanın akreditif bedelini ödeme yükümlülüğü doğar; ancak ibraz edilen belgeler akreditif şartlarını taşıyorsa banka ödeme yapmaktan kaçınabilir, hatta kaçınmak zorundadır. İbrahim edilen belgeler akreditif koşullarını taşıyamamasına rağmen ödeme yapılırsa, banka amire rücu edemez. Ancak bankanın belgeleri inceleme yükümlülüğü şeklidir; banka belgeleri incelerken borcun hiç veya gereği gibi ifa edilip edilmediğiyle ilgilenmez. Diğer bir ifadeyle inceleme yükümlülüğü belgelerin dış görünüşüyle sınırlıdır. Bankaya ibraz edilen belgeler şekli olarak akreditif koşullarını taşıyorsa banka lehtara ödemeyi yapar. Bu durum UCP 600 m. 5'de, “*Bankalar belgelerin ilişkili olabileceği malları, hizmetleri veya yapılan işleri değil, belgeleri göz önünde bulundurarak (belgeler üzerinden) işler yaparlar.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Bankaların belgeleri incelemesi 1974 tarihli 290 sayılı, 1984 tarihli 400 sayılı

<sup>46</sup> SCHÄRRER, s. 92; DOĞAN, s. 268; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 341; TEKİNALP, s. 583-584.

<sup>47</sup> EISEMANN/SCHÜTZE, s. 175; DOĞAN, s. 268.

<sup>48</sup> TEKİNALP, s. 583-585; ÇIRAY, s. 192.

ve 1994 tarihli 500 sayılı revizyonlarda “makul bir özenle” yapması gerektiği düzenlenmişti<sup>49</sup>. Ancak 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren UCP 600 revizyonunda “makul özen” ifadesine yer verilmemiştir. Bunun sebebi, uluslararası standart bankacılık uygulaması ölçütünün yeterli olmasıdır<sup>50</sup>. Son düzenlemede makul bir özen ifadesine yer verilmemiş olsa bile ülkemiz hukuku bakımından bankaların ibraz edilen belgeleri özenle inceleme yükümlülüğü devam etmektedir. Hiçbir düzenleme bulunmasa bile TMK m. 2 gereği, bankaların ibraz edilen belgeleri özenle incelemekle yükümlüdür. Çünkü bankaların faaliyeti, idarece verilen bir imtiyaza dayanmakta olup, bankalar hafif kusurlarından bile sorumludurlar.

Bankaların belgeleri inceleme yükümlülüğü UCP 600 m. 14/a’da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Görevi çerçevesinde hareket eden bir görevli banka, varsa bir teyit bankası ve amir banka, belgelerin dış görünüşleri itibarıyla uygun bir ibrazı oluşturup oluşturmadığını belirlemek için sadece belgeleri esas alarak ibrazı incelemelidir.”. Hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere bankaların inceleme yükümlülüğü, sadece belgelerdeki görünürdeki şekli eksiklik ve yanlışlıklarla, bir belgenin kendi içerisinden tutarlı olup olmadığını kontrol etmekle sınırlıdır<sup>51</sup>. Bankaların akreditif şartları uyarınca ibraz edilen belgelerin doğruluğunu, geçerliliğini, şeklini, üzerinde değişiklik yapıp yapılmadığını inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>52</sup>. Bu durum UCP 600 m. 34’de, “Bir banka belgelerin şekli, yeterliliği, doğruluğu, gerçek/sahte olup olmadığı veya herhangi bir belgenin hukuki etkisi/sonucu veya bir belgede şarta bağlanan veya o belgeye sonradan eklenen genel veya özel şartlar dolayısıyla hiçbir yükümlülük veya sorumluluk üstlenmediği gibi herhangi bir belgenin temsil ettiği malların, hizmetlerin veya yapılan diğer işlerin mevcut olup olmadığı veya tanımı, miktarı, ağırlığı, kalitesi, durumu, ambalajı, teslimatı ve değerine veya malları gönderenin, taşımacının, navlun komisyoncusunun, alıcının veya malları sigorta edenin veya diğer herhangi bir kişinin iyi niyetine veya eylemine veya ihmallerine, mali durumlarına, icraatına veya ticari itibarına ilişkin olarak hiçbir yükümlülük veya sorumluluk üstlenmez.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bankalar, şekli incelemeyle sahte veya geçersiz olduğu anlaşılan belgeler uyarınca ödeme yaparsa sorumlu olur. Ancak sahte olduğu dış görünüşünden anlaşılamayan belge uyarınca yapılan ödemeden sorumlu olmazlar<sup>53</sup>. Örneğin yurt dışından

<sup>49</sup> Bilgi için bkz. ÇIRAY, s. 191.

<sup>50</sup> TEKİNALP, s. 584.

<sup>51</sup> ÇIRAY, s. 194.

<sup>52</sup> Bkz. TEKİNALP, s. 608.

<sup>53</sup> Tekinalp, bankanın, görünen, açık olan, kendisine bildirilen geçersizliklerden sorumlu olduğunu belirtmektedir, TEKİNALP, s. 608. Bankaların bildirilen geçersizliklerden sorumlu olması kanaatimizce tek başına yeterli olmamalıdır. Alıcı, ibraz edilen belgelerden bazılarının geçersiz olduğunu bildirirse, bu tek başına bankanın ödeme yapmasına engel olacak mıdır? Bize göre, belgenin geçersizliğinin en azından resmi bir yolla (mahkeme) tespit edilmesi gerekir. Aksi halde

satın alınan bazı malların akreditif uyarınca aranan belgeler arasında teknik analiz raporlarının da bulunması kararlaştırılmaktadır. Lehtar, teknik analiz raporunu ibraz etmekle birlikte banka bu raporun gerçeği yansıtıp yansıtmadığını, usulüne uygun düzenlenip düzenlenmediğini araştırmakla yükümlü değildir. Teknik analiz raporunun sözleşmede öngörülen şekilde ibraz edilmesi ödemenin yapılması için yeterlidir; raporun gerçeği yansıtıp yansıtmaması bankanın ödeme yükümlülüğünü etkilemez. İbraz edilen belge, dış görünüş olarak akreditif koşullarına uygunsa belgelerin geçerli olduğu, yetkili makamlarca düzenlendiği ve belgelerdeki beyanların doğru olduğu varsayılarak ödeme yapılacaktır<sup>54</sup>. Ancak ibraz edilen belgelerde usulsüzlük bulunduğu, imza veya kaşelerin sahte olduğunun açıkça belli olduğu hallerde banka ödeme yaparsa, bu durum özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecek ve banka amire rücu edemeyecektir. Örneğin ibraz edilecek belgeler arasında sayılan teknik analiz raporu hiçbir imza içermiyorsa, hiçbir kurumun onayını taşımıyorsa, bu belgenin şeklen var olması, bankaya ödeme yapma hakkı vermez. Bu durumda banka ibrazı karşılamamakla yükümlüdür; aksi halde amire rücu edemez.

#### IV. Bankanın Ödeme Yaparken Kural Olarak Temel İlişkiden Doğan İtiraz ve Def'ileri Dikkate Almaması

Akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesi gereği satıcının aliud veya ayıplı ifası kural olarak bankanın ödeme yükümlülüğünü etkilemez. Lehtarın öngörülen belgeleri şeklen ibraz etmesi, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğması için yeterlidir. Alıcı, aliud veya ayıplı ifa sebebiyle bankaya başvurarak ödemeye engel olamaz<sup>55</sup>. Akreditif sözleşmesinde temel ilişkiye değinilmiş olup olmaması akreditif sözleşmesini etkilememekte, akreditif sözleşmesinin tarafı olan bankalar sadece akreditif sözleşmesiyle bağlı olarak hareket etmektedir<sup>56</sup>. Banka akreditif sözleşmesinden doğan borcunu ifa ederken temel ilişkiyi değil, akreditifin koşullarını esas almakla yükümlüdür<sup>57</sup>. Bu durum UCP 600'ün "Sözleşmeler Karşısında Akreditifler" başlığı altındaki 4/a maddesinde "Doğası itibariyle bir akreditif, dayandırılabilirliği satış sözleşmesinden veya diğer bir sözleşmeden ayrı bir işlemdir. Akreditifte her ne şekilde olursa olsun bir sözleşmeye değinilmiş olsa bile bankalar böyle bir sözleşmeyle ilgilenmezler ve onunla bağlı değildirler. Bu nedenle bir bankanın akreditif altındaki ibrazı karşılama, iştirah etme veya diğer herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin taahhüdü, amirin amir bankayla veya lehtarla olan ilişkilerinden kaynaklanan hak taleplerine veya

---

belgelerin geçersizliğine ilişkin her bildirim halinde banka ödeme yapmaktan kaçınacak, bu durumda akreditif ilişkisinin uygulanması güçleşecektir.

<sup>54</sup> ÇİRAY, s. 195.

<sup>55</sup> KAYA, s. 154.

<sup>56</sup> ÖZEL, s. 16; EKİCİ, s. 165.

<sup>57</sup> KAYA, s. 154; DOĞAN, s. 40; ÖZEL, s. 16.

*savunmalarına tabi değildir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, temel ilişkinin bankanın akreditif bedelini ödeme yükümlülüğünün hukukî temelini oluşturmaması, temel ilişkiden doğan borcun ayıplı ifası, başka bir mal teslimi (aliud), malın hiç teslim edilmemiş olması, temel ilişkiye ilişkin irade bozukluğuna veya aşırı yararlanmaya dayanarak sözleşmenin iptal edilmiş olması kural olarak ibrazı karşılamaktan kaçınmak için haklı sebep oluşturmaz<sup>58</sup>.

Bankaların akreditif bedelini ödeme konusunda itibar edecekleri kıstas, münhasıran akreditif işlemine konu belgelerdir. Belgeler akreditif şartlarına uygun olarak ibraz edilmiş ise banka ibrazı karşılamakla yükümlüdür<sup>59</sup>. Banka ödeme yükümlülüğünü ancak *“temel ilişkiden bağımsız gerekçelerle”* yani bizzat kendisine ait def’i ve itirazlar ile ifa etmeyebilir<sup>60</sup>. Belgeler dışındaki hiçbir husus, alıcı ile satıcı arasındaki sözleşme şartları, taraflar arasındaki uyumsuzluklar, malın akreditif şartlarına uygun olmaması, ayıplı olması, malın cinsi, miktarı, kalitesi ve hatta mevcut olup olmadığı gibi sebepler bankaların ödeme yapmasına engel olmaz<sup>61</sup>.

Lehtar borcunu gereği gibi ifa etmiş olsa bile akreditif şartlarına uygun belgeler ibraz edilmezse yine bankanın ödeme yükümlülüğü yoktur<sup>62</sup>. Görüldüğü üzere borcun gereği gibi ifa edilip edilmemesi bankaya bağlamamakta, banka ibraz edilen belgelere göre ödeme yapmakta veya yapmamaktadır. Amir, kural olarak, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği gerekçesiyle bankaya başvurarak ya da dava açarak ödemeyi engelleyemez veya ihtiyati tedbir kararı alamaz<sup>63</sup>.

## V. Temel İlişkiden Doğan Savunmaların İleri Sürülebileceği Haller

### A. Genel Olarak

Akreditif, avantajlarına rağmen alıcı bakımından bünyesinde önemli bir risk de barındırmaktadır. Bu risk ise *“gönderilen malların akreditif belgeleri ile uyumlu olması”* ihtimalidir. Akreditifte banka, ibraz edilen belgelerin ilgili olduğu *“malları”* değil, *“belgeleri”* göz önünde bulundurarak işlem yapar. Bankanın lehtara akreditif bedelini ödemesi için tek şart, satıcı tarafından ibraz edilen belgelerin banka tarafından akreditif koşullarına uygun bulunmuş olmasıdır. Bundan dolayı sözleşmeye konu malların belgelerde belirtilen özelliklerde olmaması (aliud veya ayıplı ifa) riskini akreditif amiri olan alıcı taşımaktadır<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> KAYA, s. 154.

<sup>59</sup> DOĞAN, s. 269.

<sup>60</sup> TEKİNALP, s. 624; ÇİRAY, s. 224; KAYA, s. 146.

<sup>61</sup> TEKİNALP, s. 621; REİSOĞLU, s. 54; KOSTAKOĞLU, s. 1112; ÇİRAY, s. 224; EKİCİ, s. 165.

<sup>62</sup> DOĞAN, s. 269.

<sup>63</sup> ÇİRAY, s. 224.

<sup>64</sup> ÇİRAY, s. 103.

UCP 600 m. 4/a'da, her ne kadar akreditifin temel ilişkiden ayrı bir işlem olduğu, bankanın temel ilişkiyle bağlı olmadığı, ibrazı karşılama yükümlülüğünün amirin amir bankayla veya lehtarla olan ilişkilerinden kaynaklanan hak taleplerine veya savunmalarını bağlı olmadığı düzenlene de bazı hallerde bankanın doğrudan ibrazı karşılamaktan kaçınabileceği ya da alıcının ihtiyati tedbir yoluyla ödemenin durdurulması kararı alabileceği gerek öğreti gerekse yargı kararlarında kabul edilmektedir.<sup>65</sup> Bu haller öğretilerde akreditif ilişkisinde dürüstlük kuralına aykırılık (hakkın kötüye kullanılması)<sup>66</sup> veya akreditifte hile kuralı<sup>67</sup> olarak adlandırılmaktadır. Lehtarın dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği ve akreditif bankası tarafından bu durumun tespiti halinde banka akreditif bedelini ödemekten kaçınabilir. Dürüstlük kuralına aykırılığın tespit edildiği hallerde bankanın ibrazı karşılamaktan kaçınması için bu yönde alınmış bir mahkeme kararının (ihtiyati tedbir) bulunması zorunlu olmamakla birlikte, uygulamada çoğu durumda ihtiyati tedbir yoluna başvurularak bankanın ödeme yapması engellenmektedir.

Akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesini katı bir şekilde uygulamak bazı hallerde adaletsiz sonuçların doğmasına sebep olabilir. Özellikle akreditif bedelinin ödenmesinden sonra amiri satıcıya başvurusu, hem masraflı, hem de taraflar farklı ülkelerde olduğundan zordur. Dürüstlük kuralına aykırılık ilkesi

<sup>65</sup> **TEKİNALP**, s. 626; **KAYA**, s. 161; **DOĞAN**, s. 312; **EKİCİ**, s. 166. Akreditif ilişkisinde hile kurulumunu uygulanması bakımından The Catalyst-The Sztejn davası önem arz etmektedir. Sztejn, Hintli Transea Traders Ltd. şirketinden fırça yapımında kullanılan kalın, sert hayvan kullarının satımına ilişkin bir sözleşme yapmış ve taraflar ödemenin akreditif yolu ile yapılması konusunda anlaşmıştır. Bunun üzerine Sztejn, Schroder'e akreditif açılması emrini vermiş, geminin bordasındaki 50 kasa malın ödenmesi amacıyla Transea lehine açılan akreditifle birlikte gerekli belgeleri düzenlemiş ve ihbar bankası olarak belirlenen Chartered Bankasına akreditif ve gerekli belgeler ibrazında ödenmek üzere gönderilmiştir. Satıcı, Sztejn'e sözleşmede kararlaştırılan mallar dışında maddi değeri olmayan 50 kasa çöp gönderildiğini öğrenmiş, bunun üzerine Sztejn, poliçenin geçersiz olduğu ve ödemenin durdurulması amacıyla dava açarak ihtiyati tedbir talep etmiştir. Mahkeme bu durumu, malın kalitesizliğinden doğan ve alıcı ile satıcının aralarında halletmesi gereken bir uyuşmazlıktan farklı olduğunu, satıcının hileli bir hareketi bulunması sebebiyle poliçe ve belgeler ibraz edilmeden önce, satıcının hilesi bankaya bildirildiği takdirde, akreditifin temel ilişkiden bağımsız olduğu ilkesinin dürüst olmayan satıcıları korumak için kullanılamayacağına karar vermiştir. Karara ilişkin açıklamalar için bkz. **BUCKLEY**, Ross P./**GAO**, Xiang, "Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: The Journey So Far and the Road Ahead", *Journal of International Law*, Volume 23, Iss 4, s. 676-677; <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol23/iss4/2> (06.08.2015); **DEMİR**, Gönenç, Vesikalı Kredilerde (Akreditifte) Hile Kuralı, DEÜSBE, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007, s. 99; *Reisoğlu*, akreditifin mallarla ilgili olmadığını, akreditif belgelerinin dış görünüşleri itibarıyla akreditife uygun olması halinde bankanın ödeme yükümlülüğü altında olduğunu, bu konuda ihtiyati tedbir kararı alınarak ödemenin engellenmesinin yerine olmadığını kabul etmektedir. Bkz. **REİSOĞLU**, s. 54-55.

<sup>66</sup> **EISEMANN/SCHÜTZE**, s. 198; **TEKİNALP**, s. 626; **BORGGREFE**, s. 36 vd.; **DOĞAN**, s. 312; **KAYA**, s. 161; **EKİNCİ**, s. 166-167; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1355; **BOZKURT**, s. 110-111.

<sup>67</sup> **SIFRI**, Jacop E., *Standby Letters of Credit*, New York 2008, s. 195 vd.; **BUCKLEY/GAO**, s. 663 vd.; Hile kuralının tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BUCKLEY/GAO**, s. 668 vd.



(akreditifte hile kuralı)<sup>68</sup> taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetmek ve adaletsiz sonuçların doğmasını engellemek için akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olmasına getirilmiş bir istisna niteliğindedir<sup>69</sup>. Bu ilke, ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırılık içermesi halinde, belgelerine dayanağı arkasındaki gerçeği görme ve akreditifin ödenmesini durdurma imkânı vermektedir<sup>70</sup>.

Lehtarın ödeme talebinin TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığı *lex fori*'ye (hâkim ülke hukukuna) tabidir<sup>71</sup>. İbrazı karşılamakla yükümlü olan banka, lehtarın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ispatlayabildiği hallerde ödeme talebini geri çevirebilir<sup>72</sup>. Banka yargı merci olmadığından, kendisine ibraz edilen belgelerden hareketle ödeme talebinin haksızlığını ve dürüstlük kuralına aykırılığını açıkça ve tereddüde yer vermeyecek tarzda kanıtlayabilmelidir<sup>73</sup>. Öğretide bunun için likit kanıt deyimi kullanılmaktadır<sup>74</sup>. Likit kanıt ile kastedilen, bankanın, kendi yorumunu, kanaatini, değerlendirmesini eklemeyen, lehtarın ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırılığını açıkça ortaya koyan kanıttır<sup>75</sup>. Likit kanıtı dayanarak ödemenin engellenebilmesi için temel ilişkiden doğan eksikliğin önemli, belli bir ağırlıkta olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>76</sup>. Öğretide bankanın doğrudan ödemedi kaçınılması için likit kanıt kapsamında değerlendirilmesi gereken delillerin belgelerle ispat edilebilir nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir<sup>77</sup>.

<sup>68</sup> Öğretide bu ilkenin, yasa boşluğunu doldurmak, hileli davranışları engellemek için kamu politikası oluşturmak ve akreditifin ticari yararlılığını sürdürmek gibi fonksiyonlarının olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **BUCKLEY/GAO**, s. 664 vd.

<sup>69</sup> Akreditif ilişkisinde hile kuralının kabul edilme gerekçesi için bkz. **GAO**, s. prag. 11.

<sup>70</sup> **BUCKLEY/GAO**, s. 664.

<sup>71</sup> **TEKİNALP**, s. 626.

<sup>72</sup> Öğretide, yerinde olarak, akreditif ilişkisinde hakkın kötüye kullanılması halinin doğrudan doğruya ileri sürülebilecek itiraz niteliğinde olduğu, hâkim tarafından re'sen dikkate alınacağı kabul edilmektedir. Bkz. **KAYA**, s. 161.

<sup>73</sup> **KAYA**, s. 166-167; **BORGGREFE**, s. 41; **TEKİNALP**, s. 626; **KOSTAKOĞLU**, s. 1111-1112; *Kaya*, nelerin likit kanıt olup olmadığı bankanın takdirinde olduğu, bankanın ibraz edilen delillerin reddi veya kabulüyle birlikte ek delil istemede de tamamen serbest olduğunu belirtmektedir. Yazar, bankanın delilleri değerlendirmede işlemin tabi olduğu ülke hukukunda ispat vasıtalarına verilen anlam ile uluslararası ticari örf ve adet kurallarının da göz önünde bulundurulması gerektiğini, bankanın delilleri kabul etmeme veya ek delil talebinde bulunma konusunda haksız olması, takdir hakkının yerinde kullanılmaması halinde lehtara veya akreditif amirine karşı sorumluluğuna yol açacağını ifade etmektedir, **KAYA**, s. 171.

<sup>74</sup> **EISEMANN/SCHÜTZE**, s. 199; **BORGGREFE**, s. 40; **KAYA**, s. 169;

<sup>75</sup> **TEKİNALP**, s. 626; **EKİCİ**, s. 169; Likit kanıt kavramıyla ilgili diğer öğretide yapılan diğer tanımlar için bkz. **KAYA**, s. 169-170.

<sup>76</sup> **KAYA**, s. 175.

<sup>77</sup> *Kaya*, likit kanıt özelliğinin sadece belgelerle sınırlandırılması görüşündedir. Yazar, likit kanıt kapsamında ibraz edilen delillerin değerlendirilmesinde ölçünün, ibraz edilen delillerin hakkın kötüye kullanılması halini açıkça ve inandırıcı biçimde yansıtır olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **KAYA**, s. 174; Aynı yönde bkz. **EKİCİ**, s. 170.

Bankanın ibraz edilen kanıtı likit kabul etmemesi, başka kanıtlar veya ihtiyati tedbir kararı istemesi mümkündür. Ancak bu talebin haksız ve gereksiz olduğunun ispatlanması halinde banka akreditifi açtırana karşı sorumlu olur<sup>78</sup>. Öğretide, resmi dairelerin yazılarının, polis veya gümrük evrakının, malların eksik ve ayıplı olduğunu gösteren bilirkişi veya diğer uzman raporlarının, satıcının veya istihdam ettiği kişilerden bazılarının tutuklanmış olmasının banka tarafından göz önüne alınacak önemli olgular olduğu kabul edilmektedir<sup>79</sup>. Yine öğretide, ibraz edilen belgenin sahte, tahrif edilmiş olduğunun ispatlanması halinde bankanın ödemededen kaçınabileceğini belirtmektedir<sup>80</sup>. Mahkemelerce verilmiş tespit ve ihtiyati tedbir kararları, hakem kararları, uzman bilirkişilerce düzenlenmiş raporlar likit kanıt kapsamında değerlendirilmektedir<sup>81</sup>.

Ayrıca öğretide, akreditif belgelerinin veya herhangi birinin sahteliği hakkında ciddi bilgileri olan bankanın, belgelerin sahteliğinin kanıtlanmasına kadar akreditif bedelini lehtara ödememesi ve bedeli mahkemeden alacağı karar ile belirlenecek tevdi yerine yatırmasının riske girmemesi yönünden hukuka uygun bir davranış olacağı belirtilmektedir<sup>82</sup>.

Akreditif lehtarının ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu hallerde akreditif amirinin ödemenin durdurulması konusunda ihtiyati tedbir kararı alabileceği öğretide kabul edilmektedir<sup>83</sup>. İhtiyati tedbir kararı lehtara veya ibrazı karşılayacak bankaya karşı icra edilir<sup>84</sup>. Dürüstlük kuralına aykırılık, akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesinin istisnası niteliğindedir. Ancak akreditif ilişkisinde hangi fiillerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Dürüstlük kuralına aykırı davranışın sınırlarının iyi belirlenmesi akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsızlığı ilkesi açısından önem arz etmektedir. Bundan dolayı akreditif ilişkisinde dürüstlük kuralına aykırılık halinde ödemenin yapılmaması veya engellenmesi, mutlaka istisnai bir yol olarak görülmelidir<sup>85</sup>. Aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı işlemlerin belirlenerek kontrol altına alınması, akreditifin ticari güvenilirliğinin korunması açısından da önem arz etmektedir<sup>86</sup>.

<sup>78</sup> **TEKİNALP**, s. 626.

<sup>79</sup> **EKİCİ**, s. 170; **TEKİNALP**, s. 626.

<sup>80</sup> **KOSTAKOĞLU**, s. 1111; **GÜNAY**, s. 69.

<sup>81</sup> **BORGGREFE**, s. 42; **KAYA**, s. 171-172; **EKİCİ**, s. 170.

<sup>82</sup> **GÜNAY**, s. 69; **KOSTAKOĞLU**, s. 1112.

<sup>83</sup> **TEKİNALP**, s. 621-622; BGE 100 II 145, www.bger.ch (20.08.2015); **BİLGİN**, Mahmut, Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuki Sorumluluk, Ankara 2011, s. 523

<sup>84</sup> **TEKİNALP**, s. 627.

<sup>85</sup> **KAYA**, s. 162.

<sup>86</sup> Akreditif uygulamasında hileli işlemler akreditif işleminin güvenilirliği yanında kamusal düzene zarar vermekte, satıcı ve alıcıların hileli işlemler sonucu uğradıkları zararlar, ticari geleceklerinin devamını olumsuz yönde etkilemekte, ayrıca oluşan bu zararlar ülke ekonomisini de etkilemek-

Akreditif ilişkisinde amirin malların sözleşmeye uygun olmadığı iddiası ile akreditif bedelinin lehtara ödenmesini engellemek için akreditif alacağı üzerine ihtiyati tedbir konulmasının talep edebilmesi için henüz ibrazın karşılanmaması, akreditif bedelinin ödenmemiş olması gerekir<sup>87</sup>. Bundan dolayı ihtiyati tedbir yoluna ertelenmiş ödemeli akreditiflerde başvurulmaktadır. Ödemenin yapılmasından sonra böyle bir karar alınmasının pratik bir yararı bulunmamak, banka ibrazı karşıladığı için amire karşı rücu hakkını kazanmaktadır<sup>88</sup>.

Ertelemiş ödemeli akreditifte<sup>89</sup>, önce mal alıcıya (amire) teslim edilmekte, alıcı, malı gözden geçirme imkânına sahip olmakta, ödeme ise sonra yapılmaktadır. Bu süre zarfında alıcı malları gözden geçirerek sözleşmeye uygun olup olmadığını anlayabilmekte, malların sözleşmeye uygun olmaması halinde ise, derhal mahkemeye başvurarak, ihtiyati tedbir yoluyla ödemenin durdurulmasını talep etmektedir<sup>90</sup>. Bu

---

tedir. Görüldüğü gibi satıcının hilesi taraflar arasındaki sözleşmeden ziyade alıcının gelecekteki varlığı ile ülke ekonomisini etkileyebilmektedir. Akreditif, her iki tarafın alacağını güvence altına almak için başvuru bir ilişki olmasına rağmen, hileli işlemler akreditifin güvenilirliğini azaltmaktadır. Bkz. **DEMİR**, s. 93-94.

<sup>87</sup> **EKİCİ**, s. 187.

<sup>88</sup> İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta (Banco Santander Sa Bankası ile Banque Paribas Bankası), satıcının ertelemeli ödemeli akreditiften doğan hak ve alacaklarını teyit bankasına devrederek vadesinden önce alacağını (iskonto) elde eder. Ancak iskonto işleminden kısa bir süre sonra lehtarın dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği ortaya çıkar. Ödemeyi yapan teyit bankası, akreditifte belirlenen tarihin gelmesi üzerine amir bankaya başvurur. Ancak amir banka dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle ödemeyi reddeder. Bunun üzerine teyit bankası ticaret mahkemesinde dava açar. Mahkeme, amir bankanın ertelemiş ödemeli akreditiflerde ertelemiş ödeme tarihinde ödeme yapmayı kapsadığını, yapılmış olan iştirah işleminden sonra ancak ertelemiş ödeme vadesinden önce dürüstlük kuralına aykırılığın ortaya çıkması halinde iştirah eden teyit bankasının akreditif bedelini amir bankadan talep edemeyeceği, yapılmış olan ödemenin dürüstlük kuralına aykırılıktan kaynaklanan riskinin teyit bankasına ait olacağına karar vermiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi de ticaret mahkemesinin kararını yerinde bularak onaylamıştır. Kararın açıklaması için bkz. **EKİCİ**, s. 171 vd. Ülkemiz hukuku bakımından irdelersek kararın yerinde olduğunu söyleyebiliriz. Lehtar akreditiften doğan alacağını teyit bankasına devretmiştir (TBK m. 183 vd.). TBK m. 188'e göre, borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. Buna göre, lehtar akreditifte belirlenen vadede teyit bankasına başvursaydı, ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı olması sebebiyle talebi geri çevrilecekti. Lehtarın alacağı başkasına devretmesinden dolayı amir bankanın durumunun ağırlaşmaması gerekir. Aynı yönde bkz. **EKİCİ**, s. 173-174.

<sup>89</sup> Ertelemiş ödemeli akreditifte belgeler akreditifte öngörülen koşullarda lehtar tarafından bankaya ibraz edilmekte, ödeme ise belgelerin uygun bulunmasıyla değil, akreditifte öngörülen sonraki bir tarihte yapılmaktadır. Ertelemiş akreditifin görüldüğünde ödemeli akreditiften farkı; görüldüğünde ödemeli akreditifte banka, belgelerin ibrazından itibaren beş iş günü içinde ödeme yapmakla yükümlü iken, ertelemeli ödemeli akreditifte ödeme akreditifte belirlenen zamanda yapılmaktadır. Bkz. **KAYA**, s. 17-18; **KOSTAKOĞLU**, s. 1096; **ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN**, s. 346-347; **REİSOĞLU**, s. 46; **ÇIRAY**, s. 73-74; **DOĞAN**, s. 56-57.

<sup>90</sup> **DOĞAN**, s. 56-57.

yönüyle ertelenmiş ödemeli akreditif lehtar açısından ödemenin güvence altına alınmış olmasını tehlikeye sokabilmektedir.

İhtiyati tedbire ilişkin dava doğrudan lehtara karşı açılarak akreditif belgelerinin bankaya ibrazı veya ödeme talebinin yasaklanması istenebileceği gibi, tedbir talebinin bankaya yöneltilmesi, belgelerin banka tarafından kabul edilmesinin veya banka tarafından ödeme yapılmasının yasaklanması şeklinde de olabilir<sup>91</sup>. Uygulamada amirin (alıcının) her iki tarafa da aynı anda dava açarak ihtiyati tedbir yoluyla ödemenin durdurulmasına yönelik talepte bulunulduğu görülmektedir.

## B. Ödeme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılan Haller

Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılan hallerde banka doğrudan ödeme yapmaktan kaçınabileceği gibi, amir (alıcı) ihtiyati tedbir yoluna başvurarak ödemenin durdurulmasını da isteyebilir. Lehtarın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı *lex fori*'ye tabidir. Ülkemizde açılan bir uyuşmazlıkta hâkim hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını ülke hukukuna göre takdir edecektir. Öğretide, hakkın kötüye kullanılmasının unsurlarını belirlemenin akreditif hukuku açısından hem güç hem de sınırlama tehlikesi doğuracağı için gereksiz olduğu ileri sürülmüştür<sup>92</sup>. Öğreti ve yargı kararlarında hakkın kötüye kullanılmasına, satıcının süprüntü mallarla borcunu ifa etmesi, teslim edilen malların kalitesinin çok düşüp olduğunun belirlenmesi, malların ayıplı olduğunun tespiti, kararlaştırılandan başka bir mal teslim edilmesi, temel ilişkinin kanuna ve ahlâka aykırı veya suç oluşturan bir nitelik taşıması, temel ilişkinin kesin hükümsüz olması veya iptal edilmesi ya da dönmek suretiyle ortadan kalkmış olması ile UCP 600 m. 15 anlamında uygun olmayan ibraz halleri örnek verilmektedir. Daha iyi anlaşılabilmesi için bu hususları ayrı başlıklar halinde inceleyeceğiz.

### 1. Satıcının Süprüntü Mallarla Borcunu İfa Etmesi

Satıcının sözleşmede kararlaştırılan mal yerine çürük, süprüntü mal gönderdiği hallerde bankanın ibrazı karşılamaktan kaçınabileceği kabul edilmektedir<sup>93</sup>. Süprüntü mal, bir değer ifade etmeyen çer çöp niteliğindeki malları ifade etmektedir<sup>94</sup>. Satıcının teslimle yükümlü olduğu mallardan başka malları yüklemiş olması, kahve yerine kırpıntı kâğıt veya taş toprak, zeytinyağı yerine su teslim etmesi bu hallere örnek

<sup>91</sup> ÇIRAY, s. 242.

<sup>92</sup> TEKİNALP, s. 624.

<sup>93</sup> SCHÄRRER, s. 133; TEKİNALP, s. 624.

<sup>94</sup> Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde süprüntü, temizlik yapıldığında toplanan toz ve çöp şeklinde tanımlanmıştır. www.tdk.gov.tr (08.08.2015).

gösterilmektedir<sup>95</sup>. Uygulamada zaman zaman borçlunun kararlaştırılan edim yerine hiçbir değer ifade etmeyen şeyleri gönderdiği görülmektedir. İşte satıcının hiçbir değer ifade etmeyen süprüntü malları teslim etmesi ve akreditif bedelinin ödenmesini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.

## 2. Teslim Edilen Malların Kalitesinin Çok Düşük Olduğunun Belirlenmesi

Satıcının çok düşük kalitede mal teslim etmesi halinde de lehtarın ödeme talebi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır<sup>96</sup>. Sözleşmede kararlaştırılan ancak nitelik, vasıf olarak çok düşük kalitede malların teslim edilmesi bu kapsama girmektedir. Uygulamada satıcı çok kalitesiz mal teslim ettiği hallerde savunma olarak, satış bedelinin düşük belirlendiğini veya teslim edilecek malın vasfının kararlaştırılmadığını ileri sürebilmektedir. Satış bedelinin düşük belirlenmesi satıcıya çok kalitesiz mal teslim etme hakkı vermez. Borcun konusu ferden belirlenmemişse, diğer bir ifadeyle çeşit borcu söz konusuysa, edimin seçimi borçluya ait olmakla birlikte, borçlunun seçeceği edim ortalama nitelikten daha düşük olamaz (TBK m. 86)<sup>97</sup>. Aksi halde alacaklı ifayı kabule zorunlu olmadığı gibi malın kalitesinin ortalamanın çok altında olması halinde satıcının akreditif bedelinin ödenmesini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilecektir.

## 3. Malların Ayıplı Olduğunun Belirlenmesi

Ayıplı ifa, akreditif ilişkisinde en çok karşılaşılan uyumsuzlıklardan biridir. Gönderilen mallar ayıplıysa, buna rağmen lehtarın ödeme talebinde bulunması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Ayıp, satılanın satıcının bildirdiği nitelikleri taşımaması veya satılanın nitelik veya niteliğini etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik eksikliklerin bulunmasıdır (TBK m. 219). Örneğin, satıcının gönderdiği antifrizlerin donma noktasının -40 yerine -20 olması, gönderilen tohumların uygun ortamda saklanmamasından dolayı filizlenmiş olması ayıplı ifa oluşturur.

Ancak öğretilerde bazı yazarlar, satıcının gönderdiği malların ayıplı olmasının ibrazı karşılamaktan kaçınma anlamında bir def'i olmayacağını kabul etmektedir<sup>98</sup>. Bu görüşe göre, böyle bir def'inin akreditifin temel ilişkiden bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmayacağını, tarafların malları değil, sadece belgeleri dikkate alacağı, mala ilişkin tartışmaların hangi nitelikte olursa olsun akreditif işleminin dışında bırakılması ge-

<sup>95</sup> TEKİNALP, s. 626, BGE 100 II 145, www.bger.ch (20.08.2015); EKİCİ, s. 167.

<sup>96</sup> EISEMANN/SCHÜTZE, s. 200; BGE 100 II 145, www.bger.ch (20.08.2015).

<sup>97</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 290; EREN, s. 960.

<sup>98</sup> KAYA, s. 179.

rektiği, mallara ilişkin ihtilafların akreditifin dışında bırakılmalıdır<sup>99</sup>. Biz yazarın bu görüşüne katılmamaktayız. Temel ilişkinin geçersiz olmasıyla temel ilişkiden doğan borcun ayıplı ifa edilmesinin sonuçları, akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesiyle aynı niteliktedir. Temel ilişkinin kesin hükümsüz olması sonucu lehtarın ödeme talebinde bulunması ne kadar dürüstlük kuralına aykırıysa, borcunu kötü ifa eden lehtarın ödeme talebinde bulunması o derece dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Lehtarın borcunu kötü ifa ettiğinin likit kanıtlarla (mahkeme kararı, bilirkişi raporu gibi) tespiti halinde banka ibrazı karşılamaktan kaçınmalıdır. Ancak ayıplı ifa halinde lehtarın ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı olabilmesi için ayıbın belli bir ağırlıkta (önemli) olması gerekir.

#### 4. Kararlaştırılandan Başka Bir Mal Gönderilmesi

Kararlaştırılandan başka bir mal gönderildiği hallerde de lehtarın ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Örneğin satış sözleşmesine konu “*demir oksit*” maddesi yerine şeklen aynı nitelikte görünen, ancak değeri çok daha düşük olan “*kalsit minerali*” teslim edilmesi halinde lehtarın akreditif bedelinin ödenmesi talebi dürüstlük kuralına aykırı niteliktedir.

Ancak bankanın başka bir mal gönderildiğini sadece belgeleri inceleyerek anlaması güçtür. Şöyle ki, akreditif kapsamında istenen belgelerde sözleşmeye konu malın teknik analiz bilgileri aranmış olsa bile bu belgeler gerçeği yansıtmayabilir. Bu halde bankanın teslim edilen ürünlerin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımadığını belirlemesi zor olup, bu durumun mutlaka ödeme yapılmadan önce bilirkişi aracılığıyla tespit edilmesi gerekir. Hatta bankalar, alıcı (amir) tarafından yapılan tespitleri yeterli görmemekte, ödemenin durdurulması amacıyla alınmış ihtiyati tedbir kararının varlığını aramaktadır.

Aliud ifade satıcı, sözleşmede kararlaştırılandan başka bir mal teslim ettiğinden, ifa hiç gerçekleşmemektedir. Örneğin öğretilde, gönderilen malların sözleşmede öngörülenden farklı olmasına halinde, 2000 cc motor hacmine sahip araç yerine, 1200 cc motor hacmine sahip araç gönderilmesinin ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılamayacağı kabul edilmektedir<sup>100</sup>. Kanaatimizce verilen örnekte aliud ifa söz konusudur. Burada kararlaştırılandan başka bir şey teslim edilmektedir. Bu halde lehtarın ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, ihtiyati tedbir kararı alınarak ibrazın karşılanması engellenebilir.

<sup>99</sup> KAYA, s. 179.

<sup>100</sup> DOĞAN, s. 314.

## 5. Temel İlişkinin Kanuna ve Ahlâka Aykırı veya Konusu Suç Oluşturan Bir Nitelik Taşınması

Temel ilişkinin kanuna ve ahlâka aykırı veya konusu suç oluşturan bir nitelik taşınmasında hem alıcının hem de satıcının bilgisinin bulunması ve söz konusu sebeplerle sözleşmenin geçersiz olması hallerinde lehtarın ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir<sup>101</sup>. Sözleşmenin konusunun kanuna, ahlâka aykırı olmaması bütün hukuki işlemlerin geçerliliği için aranan şartlardandır. Temel ilişki kanuna veya ahlâka aykırıysa ya da konusu suç oluşturuyorsa, kesin hükümsüzdür (TBK m. 27/I). Kesin hükümsüz bir sözleşme uyarınca akreditif açılmış olsa bile satıcının ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Özellikle uyuşturucu satışı, insan kaçakçılığı, taklit mal satışı, kanuna aykırı silah ticareti, kara para aklanması gibi haller bu duruma örnek gösterilmektedir<sup>102</sup>. Böyle hallerde temel ilişki kesin hükümsüz olup, bu ilişki uyarınca açılan akreditiflere dayanarak ödeme yapılması istenemez<sup>103</sup>.

## 6. Temel İlişkinin Kesin Hükümsüz Olması veya İptal Edilmesi ya da Sözleşmeden Dönülmek Suretiyle Ortadan Kalkmış Olması

Temel ilişkinin daha başlangıçta kesin hükümsüz olması veya iptal edilmesi ya da sözleşmeden dönülmek suretiyle ortadan kalkmış olması ve bu hususun kesinleşmiş mahkeme kararıyla kanıtlanmış olması halinde de lehtarın ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>104</sup>. Temel ilişki yok hükümünde olabileceği gibi, ehliyetsizlik, başlangıçtaki imkânsızlık<sup>105</sup>, sözleşmenin konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kişilik haklarına aykırılık, muvazaa sebebiyle de kesin hükümsüz olabilir.

Yine temel ilişki irade bozukluğuna dayanak iptal edilmiş veya temerrüt hükümlerince temel ilişkiden dönülmüş olabilir. Sözleşmenin baştan itibaren kesin

<sup>101</sup> EISEMANN/SCHÜTZE, s. 200; SCHÄRRER, s. 133; KAYA, s. 177 vd.

<sup>102</sup> EISEMANN/SCHÜTZE, s. 200; KAYA, s. 177.

<sup>103</sup> Silah satışı ile uyuşturucu satışına bağlı olarak akreditif açılması halinde temel ilişkinin geçersiz olması gerekir. Silah ve uyuşturucu satışının her durumda hukuka aykırı olduğu söylenemez. Banka, ancak yasa dışı yapılan silah ve uyuşturucu kaçakçılığına dayanarak ibrazı karşılamaktan kaçınabilir. Bkz. EISEMANN/SCHÜTZE, s. 200-201.

<sup>104</sup> SCHÄRRER, s. 133; EISEMANN/SCHÜTZE, s. 199.

<sup>105</sup> *Kaya*, konunun sözleşmenin yapıldığı sırada objektif olarak imkansızsa veya akdin yapıldığı sırada objektif bir imkansızlığın varlığı biliniyorsa, hukuki olarak açık olmak ve likit kanıtlarla ispat edilmek koşuluyla bu durumun banka tarafından lehtara karşı def'i olarak kullanılması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. KAYA, s. 178. Başlangıçtaki imkansızlığın varlığı halinde temel ilişki kesin hükümsüzdür. Sözleşme kesin hükümsüzse ve bu durum likit kanıtlarla birlikte bankaya ödemekten kaçınma hakkı veriyorsa, lehtarın imkansızlığı bilip bilmemesinin ibrazın karşılanmaması bakımından önemi bulunmamaktadır. Yazarın ilk açıklamasına rağmen lehtarın ayrıca imkansızlığın lehtar tarafından bilinmesini araması yerinde değildir.

hükümsüz olduğu veya iptal ve dönme ile sonradan kesin hükümsüz hale geldiği durumlarda da lehtarın ibrazın karşılanmasını istemesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. İrade bozukluğu hallerinden alıcının yanılmasında, yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için esaslı olması gerekir (TBK m. 30). Esaslı olmayan yanılma halleri zaten sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir. Esaslı yanılmaya dayanarak sözleşmenin iptal edilmesine rağmen satıcının akreditif bedelini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir<sup>106</sup>. Aldatmada ise aldatmayı ya lehtarın ya da onun bilgisi dâhilinde üçüncü bir kişinin gerçekleştirmesi gerekir. Ancak bu halde lehtarın ödeme talebi dürüstlük kuralına aykırı olabilir.

## 6. UCP m. 15 Anlamında Uygun Olmayan İbraz

UCP 600 m. 15'de uygun ibraz halinde amirin ibrazı karşılamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Uygun ibrazı karşılama yükümlülüğü akreditif ilişkisine dâhil olan teyit bankası ile görevli diğer bankalar için de geçerlidir. UCP 600 m. 15 anlamında uygun olmayan ibrazın hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği ve bu halde de ihtiyati tedbir yoluyla ödemenin durdurulabileceği kabul edilmektedir<sup>107</sup>. UCP 600 m. 34'e göre, bir banka belgelerin şekli, yeterliliği, doğruluğu, gerçek/sahte olup olmadığı<sup>108</sup> veya herhangi bir belgenin hukukî etkisi/sonucu veya bir belgede şarta bağlanan veya o belgeye sonradan eklenen genel veya özel şartlar dolayısıyla hiçbir yükümlülük veya sorumluluk üstlenmediği gibi herhangi bir belgenin temsil ettiği malların, hizmetlerin veya yapılan diğer işlerin mevcut olup olmadığı veya tanımı, miktarı, ağırlığı, kalitesi, durumu, ambalajı, teslimatı ve değerine veya malları gönderenin, taşımacının, navlun komisyoncusunun, alıcının veya malları sigorta edenin veya diğer herhangi bir kişinin iyiniyetine veya eylemine ya da ihmallerine, mali durumlarına icraatına veya ticari itibarına ilişkin olarak hiçbir yükümlülük veya sorumluluk üstlenmez. Akreditif bankası belgeleri şeklen inceler; belgeler şeklen doğru görünüyorsa, akreditif koşullarını taşıyorsa ödemeyi yapar. Banka, ibraz edilen belgelerin gerçek olup olmadığını araştırmaz; belgenin gerçek olmaması veya gerçeği yansıtmamasından dolayı da herhangi bir sorumluluğu yoktur.

<sup>106</sup> KAYA, s. 179.

<sup>107</sup> TEKİNALP, s. 626.

<sup>108</sup> Bir uyuşmazlıkta, muhabir banka Emlak Bankası nezdinde dönülemez ve devredilebilir nitelikte bir akreditif açılmış, sonradan akreditifte değişiklik yapılarak muhabir bankanın teyidi eklenmiştir. Satıcı belgeleri süresi içinde ibraz etmiş, ancak belgelerdeki eksikliklerden dolayı eksikliğin giderilmesi istenmiş, lehtar eksiklikleri tamamlamıştır. Ancak ödeme yapılmadan önce ibraz edilen belgelerden birinin sahte olduğu tespit edilmiş ve banka ibrazı karşılamamıştır. Satıcı, belgeleri inceleyip teslim alan bankanın sonradan belgelerin akreditif koşullarına uygun olamayacağını iddia etmiş, Yargıtay ise, akreditifin ödenmesi için bankana ibraz edilmiş malın muayenesine ilişkin belgenin sahte olduğunun anlaşılması halinde bankanın parayı ödememekte haksız kabul edilemeyeceğine karar vererek, bu halde bankanın ibrazı karşılamaktan kaçınmasının yerinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 19. HD, T. 17.03.1993, E. 6604, K. 2044 (BOZKURT, s. 111-112 naklen).



Borcun süprüntü mallara ifa edilmesi, ayıplı ifa, temel ilişkinin kesin hükümsüz olması, aliud ifa hallerinde ibraz akreditif koşullarına uygun olmasına rağmen temel ilişkiden kaynaklanan sebeplere dayalı olarak ödemenin engellenmesi söz konusudur. Oysa uygun olmayan ibrazda, temel ilişkiye değil doğrudan belgelere dayalı olarak ödeme talebinin geri çevrilmesi söz konusudur. Uygun olmayan ibrazda da lehtarın ödeme talep etmesi, normal, makul bir kişiden beklenen davranış değildir. Bundan dolayı uygun olmayan ibrazın bu kapsamda değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca uygun olmayan ibrazda bankanın ödeme yapmaması için amirin talebine veya bu konuda bir ihtiyati tedbir kararı almasına gerek bulunmamakta, uygun olmayan ibrazı karşılamamanın sonuçlarına ödemeyi yapan banka katlanır. Hatta temel ilişkiden doğan borç gereği gibi ifa edilmiş olsa bile ibraz edilen belgeler akreditif koşullarını taşıyorsa, bankanın ibrazı karşılama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

### C. Akreditif Bedelinin Ödenmemesi

#### 1. Bankanın Doğrudan Ödeme Yapmaması

Lehtarın ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturması halinde bankanın ibrazı karşılamaktan kaçınması için mahkemeden bir karar alınması zorunlu değildir. Ancak banka yargı merci olmadığından, kendisine ibraz edilen belgelerden hareketle ödeme talebinin haksızlığını ve dürüstlük kuralına aykırılığını açıkça ve tereddüde yer vermeyecek tarzda kanıtlayabilmesi, elinde likit kanıt olması, bankanın, kendi yorumunu, kanaatini, değerlendirmesini eklemeyen, lehtarın ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırılığını açıkça ortaya koyması gerekir<sup>109</sup>. Likit kanıt örnek olarak, konşimento altındaki imzanın sahteliğini hükme bağlayan mahkeme kararı veya gemiye yüklenenin akreditif konusu mal olmayıp, paçavra veya talaş gibi değersiz nesnelere meydana geldiğine ilişkin ilgili resmi dairelerin yazıları veya tutanakları kabul edilmektedir<sup>110</sup>. Öğretide özellikle, resmi dairelerin yazıları veya sözleşmeye konu malların eksik ve hatalı olarak gönderildiğini gösteren bilirkişi veya uzman kişilerin raporlarının somut olayda tek başına likit kanıt olarak kabul edilmektedir<sup>111</sup>.

Bankanın ibrazın karşılanmaması için ileri sürülen kanıtı yeterli görmemesi, ibrazı karşılamamak için başka deliller veya mahkeme kararı istemesi mümkündür. Ancak bu talebin haksız veya gereksiz olduğunun ispatlanması halinde banka akreditifi açtırana karşı sorumlu olur<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> KOSTAKOĞLU, s. 1111; TEKİNALP, s. 626; GÜNAY, s. 69.

<sup>110</sup> TEKİNALP, s. 626; GÜNAY, s. 69.

<sup>111</sup> Bilgi ve görüşler için bkz. DEMİR, s. 175; TEKİNALP, s. 627.

<sup>112</sup> TEKİNALP, s. 626; Kostakoğlu, akreditif belgelerinin veya herhangi birinin sahteliği hakkında ciddi bilgileri olan bankanın, bu belge/belgelerin sahteliğinin kanıtlanmasına değin akreditif bedelini lehtara ödememesi ve bu bedeli mahkemeden alacağı tevdi mahalli kararı ile tayin edilecek tevdi mahalline yatırmasının riske girmemesi yönünde hukuka uygun bir davranış olacağını belirtilmektedir, KOSTAKOĞLU, s. 1112.

Banka, lehtarın ödeme talebinin dürüstlük kuralına açıkça aykırılık oluşturması halinde ödeme talebini reddetmesi hem bir hak, hem de banka için bir yükümlülüktür<sup>113</sup>. Banka, açık likit kanıta rağmen ibrazı karşılırsa, amire rücu edemez.

## 2. İhtiyati Tedbir Kararı Yoluyla Ödemenin Durdurulması

Bankanın doğrudan ibrazı karşılama imkânı varsa da çoğu durumda lehtarın ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunun tespiti mümkün değildir. Bunun için ödemenin mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararıyla engellenmesi gerekir. İhtiyati tedbir kararının hangi hallerde istenebileceği HMK m. 389'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *“Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyumsuzluk konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.”* Akreditif ilişkisinde yukarıda bahsettiğimiz sebeplerden biri gerçekleşmişse, amirin, ihtiyati tedbir kararı alınmasında menfaati bulunmaktadır. Eğer banka ibrazı karşılırsa, alıcının (amirin) başka bir ülkede bulunan satıcıya dava açması, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı hakları kullanması zordur. Bu yüzden ihtiyati tedbir kararı olarak ödemenin yapılmasını engellemek daha kolay, masrafsız ve hızlı bir çözümdür.

İhtiyati tedbir talebinde bulunacak kişi akreditif amiridir. Amir, ihtiyati tedbir talebinin, lehtara karşı veya akreditif amirine karşı yöneltilir. İhtiyati tedbir talebinin lehtara karşı yöneltilmesi halinde talebin konusu belgelerin ibrazının ya da ödeme talebinin yasaklanması biçimde; akreditif amirine karşı yöneltilmesi halinde ise konu, belgelerin banka tarafından kabulünün veya ödenmesinin yasaklanması<sup>114</sup> şeklinde olur<sup>115</sup>. Uygulamada aynı davada hem akreditif amirine hem de lehtara karşı

<sup>113</sup> KAYA, s. 180.

<sup>114</sup> Öğretide ihtiyati tedbir kararının bankaya yöneltilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak, ihtiyati tedbir talebinin kaynağını temel ilişki oluşturduğu, oysa temel ilişkinin taraflarının amir ile lehtar olduğunu, bundan dolayı bu talebin bankaya karşı yöneltilmeyeceği, tedbire konu durumun gerçekleşmesi halinde amirin zararının doğmayacağı, bankanın yükümlülüklerine aykırı işlemler yapması durumunda bedelin kendisinden istenebileceği ileri sürülmektedir. Görüşler için bkz. KAYA, s. 200-201. *Kaya* ise, akreditifin üç taraflı bir ilişki olduğu, bankanın ilişkinin dışında kalmadığı, bankaya karşı alınacak tedbir kararının hukuki dayanağının akreditif ilişkisi içerisinde aranması gerektiğini, bankanın akreditif bedelini ödemesinin ayrıca, lehtara karşı alınmış bir ihtiyati tedbir kararı ile de engellenebilmesi gerektiğini, bu engellenmenin ise tedbir kararının üçüncü kişiye etkisini temin ile sağlanabileceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, bankanın belgeleri makul ve özenle incelemiş ve ödemedede bulunmuşsa, lehtarın dürüstlük kuralına aykırı davranışın bankaya karşı ileri sürülemeyeceğini, ancak bankanın lehtarın dürüstlük kuralına aykırı davranışı hakkında bilgisi varsa (kötüniyetli ise) ve bu durum likit kanıtlarla ispatlanmışsa aynı sonuca varılamayacağını, bu halde bankanın ibrazı geri çevirmekle yükümlü olduğunu, tedbir kararının geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KAYA, s. 2001-202.

<sup>115</sup> KAYA, s. 200.

dava açılarak her ikisine de yönelik ihtiyati tedbir kararının talep edildiği görülmektedir.

Uygulamada genellikle temel ilişkiden doğan borcun ifa edilmemesine bağlı olarak açılan dava ile birlikte ödemenin durdurulması için de ihtiyati tedbir kararı istenmektedir. Ancak ihtiyati tedbir talep etmek için temel ilişkiye dayalı olarak dava açılması zorunlu değildir. HMK m. 390/1'e göre, ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. İhtiyati tedbir talep eden amir (alıcı), dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır (HMK m. 390/3). Yukarıda belirttiğimiz lehtarın dürüstlük kuralına aykırı davranışlarının yaklaşık olarak ispatı ihtiyati tedbir kararı verilmesi için yeterlidir<sup>116</sup>.

Uygulamada akreditif sözleşmesinde akreditif koşulu olarak sözleşmeye konu malların teknik analizlerini gösteren raporları istenebilmektedir. Bu raporların sahate veya gerçeği yansıtmaması ve bu durumun ödemenin durdurulmasında karar verilmesini isteyebilecektir. Ancak bu tespit resmi olarak yapılması, belgelenmesi gerekir. Örneğin, bu yönde mahkeme yoluyla malların durumunu gösteren bir tespit davası açılarak bilirkişi aracılığıyla teknik analizleri yapılır. Bu davada satıcının ibraz ettiği teknik analiz raporlarının gerçeği yansıtmadığı tespit edilirse, amir, ödemenin durdurulmasını ihtiyati tedbir yoluyla isteyebilecektir.

### **C. Teyitli Akreditifte İhtiyati Tedbir Kararı Alınması**

Uygulamada akreditif amirlerinin Türkiye'de akreditif bankasında açtıkları ve yabancı bir banka tarafından teyit edilmiş ertelenmiş ödemeli akreditiflerde ihtiyati tedbir talep ettikleri ve bankaların, akreditif bankası ile teyit bankasını bağlayacak şekilde karar verdikleri görülmektedir. Ancak teyit bankası yurt dışında olduğundan Türkiye'de alınmış bir ihtiyati tedbir kararının teyit bankasına karşı hüküm ve sonuç doğurması kural olarak mümkün değildir. Bunun için yetki sözleşmesi yapılarak Türkiye'de dava açılmasına ve takip yapılmasına olanak tanınması gerekir. Ancak bu hallerde alınacak ihtiyati tedbir kararı teyit bankasına karşı da hüküm ifade edecektir.

<sup>116</sup> Akreditif ilişkisine ihbar bankasının katılması halinde ihtiyati tedbir kararının ihbar bankasına da tebliğ edilip edilmeyeceği veya doğrudan ihbar bankasına karşı da tedbir talebinin alınması gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulması gereken önemli hususlardan biridir. Öğretide, ihbar bankasının Türk Hukuku'na tabi olduğu durumlarda alınan kararın ihbar bankasına karşı da uygulanabileceği (TBK m. 507/III, 509/I), ancak ihbar bankasının yerleşim yerinin yurt dışında bulunması halinde, akreditif amirinin ülkesinde alınan bir yasaklama kararının ihbar bankası ülkesinde tebliği, cebri icrası çok zor olduğu gibi yetki probleminin de söz konusu olduğu, ayrıca ihtiyati tedbir kararlarının tanıma konusu da yapılamayacağı belirtilmektedir. Bkz. **KAYA**, s. 203.

Aksi halde bu kararın teyit bankasına karşı hüküm ve sonuç doğurması mümkün olmayıp, ayrıca teyit bankasının bulunduğu ülke mahkemesinde teyit bankasına karşı ihtiyati tedbir talep edilmesi gerekir. Böyle bir karar alınmaması halinde yabancı ülkedeki teyit bankası ihtiyati tedbir kararıyla bağlı olmaksızın ödemeyi yapabilecek ve akreditif bankasına rücu edebilecektir. Bu halde akreditif bankası aleyhine alınmış olan ihtiyati tedbir kararı teyit bankasına karşı ileri sürülemeyecek, akreditif bankası ödeme yapmak zorunda kalacaktır<sup>117</sup>. Çünkü akreditif bankası teyit bankasına karşı kesin ve geri dönülemez bir ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Türk mahkemesinin verdiği tedbir kararı teyit bankası açısından bağlayıcı olmadığından ihtiyati tedbir kararına rağmen teyit bankası vadesinde lehtara akreditif bedelini ödeme yapmakla, akreditif bankasına rücu hakkı doğacaktır. Rücu edilen bu alacak artık lehtarın değil, doğrudan teyit bankasının akreditif bankasıyla olan ilişkisinden doğan alacaktır<sup>118</sup>.

Görüldüğü üzere teyitli akreditifte teyit bankasının yabancı bir ülkede bulunduğu hallerde özel bir yetki sözleşmesi yoksa alınacak ihtiyati tedbir kararı teyit bankasının ödeme yapmasını ve akreditif bankasına başvurmasını engellemektedir.

## SONUÇ

Akreditif, milletlerarası ticari ilişkilerde ve özellikle mal satışına konu olan sözleşmelerde, alıcı ile satıcının borcunu gereği gibi ifa etmesine, her iki tarafın da alacağını güvence altına almasına hizmet eden bir hukukî ilişkidir. Akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması bazı hallerde satıcının bu ilişkiyi kötüye kullanarak, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesine rağmen akreditif bedelini istemesine sebep olmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından oluşturulan Birörnek Kuralları'nda satıcının bu ilişkiyi kötüye kullanılmasına ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen gerek öğretide gerekse yargı kararlarında ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı olması halinde akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsızlığının ileri sürülemeyeceği, likit kanıtın varlığı halinde doğrudan bankanın ibrazı karşılaktan kaçınabileceği, alıcının ise ihtiyati tedbir kararı alarak ödemeyi engelleyebileceği kabul edilmiştir. Böylece akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsız olması ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının önüne geçilmiş, dürüstlük kuralına aykırı ödeme taleplerinin önüne geçilerek akreditifin daha güvenilir bir işlem olması sağlanmaya çalışılmıştır.

Dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan hallerin tek tek sayılması mümkün olmadığı gibi bu halleri sınırlayacak şekilde unsurlarının belirlenmesi de oldukça güçtür. Dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak hallerin her bir somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan hallere; satıcının süprüntü mallarla borcunu ifa etmesi, teslim edilen malların kalitesinin çok düşüp olduğunun

<sup>117</sup> ÇİRAY, s. 246.

<sup>118</sup> ÇİRAY, s. 246.

belirlenmesi, malların önemli ölçüde ayıplı olduğunun tespiti, karşılaştırıldan başka bir mal teslim edilmesi, temel ilişkinin kanuna ve ahlâka aykırı veya suç oluşturan bir nitelik taşınması, temel ilişkinin kesin hükümsüz olması veya iptal edilmesi ya da dönmeye ortadan kalkmış olması ile UCP 600 m. 15 anlamında uygun olmayan örnek verilmektedir. Bu gibi hallerde halinde banka doğrudan ibrazı karşılamaktan kaçınılabileceği gibi, amir (alıcı), ihtiyati tedbir yoluna başvurarak da ödemenin durdurulmasını isteyebilir. Ancak borcun hiç veya gereği gibi ifa etmeme hallerinin tamamı ihtiyati tedbir yoluna başvurarak akreditifin ödenmesini durdurma hakkı vermez. Aksi halde akreditif ilişkisi uygulanamaz hale gelir. Bunun için lehtarın akreditif bedelinin ödenmesi talebinin açıkça dürüstlük kuralına aykırı olması gerekir.

### KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU**, Kevork, “Aliud” ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine, İÜMHAD, C. 6, S. 9 (1972), s. 19-29.
- BİLGİN**, Mahmut, Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuki Sorumluluk, Ankara 2011.
- BORGGREFE**, Siegfried, Akkreditiv und Grundverhältnis, Berlin 1971.
- BOZKURT**, Sevgi, Akreditifin Uygulanması, Ankara 2006.
- BUCKLEY**, Ross P./**GAO**, Xiang, “Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: The Journey So Far and the Road Ahead”, Journal of International Law, Volume 23, Iss 4, s. 663-712, <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol23/iss4/2> (06.08.2015).
- ÇİRAY**, Fatma Ceyda, Akreditifte Bankaların Hukuki Bakımdan Sorumlulukları, MÜBSE, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009
- DEMİR**, Gönenç, Vesikalı Kredilerde (Akreditifte) Hile Kuralı, DEÜSBE, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007.
- DOĞAN**, Vahit, Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara 2003.
- EDİS**, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.
- EISEMANN**, Frédéric/**SCHÜTZE**, Rolf A., Frederic Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr, 3.völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1989.
- EKİCİ**, Akın, “Akreditifte Lehtarın Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak (Fraud) Bedeli Talep Etmesi ve Bu Durumda Akreditif Bedelini İştirâ (İskonto) Eden Bankanın Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul 2001, s. 157-177.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013.
- GAO**, Xiang, “The Identity Of The Fraudulent Party Under The Fraud Rule In The Law Of Letter Of Credit”, University of New South Wales Law Journal, 2001, 14, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2001/14.html#Heading19> (15.08.2015).

- GÖĞER**, Erdoğan, Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti, 2. Bası, Ankara 1980.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt-I, İstanbul 2012.
- GÜNAY**, Gözde Engin, Türk Hukuku'nda Akreditif, İTÜSBE, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- KAYA**, Arslan, Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukukî Durumu, İstanbul 1995.
- KELLER**, Max/**SCHÖBİ**, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Dritte, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz, Banka Kredileri, Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 2013.
- KRING**, Banu, "Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditifle İlgili Son Düzenlemesi Yeknesak Kuralları 600 (UCP 600) ve Uygulamaya Getirdiği Bazı Yenilikler", DEÜHFD, C. 11, Özel S. 2009, s. 1219-1237.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.
- ÖZEL**, Sibel, "Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi", İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, 12-14 Haziran 2012, Ankara 2013, s. 347-354 (UTO Kuralları).
- ÖZEL**, Sibel, Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1991.
- REİSOĞLU**, Seza, "Hukuki Açından Akreditif ve Uygulama Sorunları", Bankacılar Dergisi, S. 52, 2005, s. 39-55
- SCHÄRRER**, Heiner, Die Rechtsstellung des Begünstigten im Dokumenten-Akkreditiv, Bern 1980.
- SEROZAN**, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, Gözden geçirilip genişletilmiş 4 üncü bası, İstanbul 2006.
- ŞENOCAK**, Zarife, "Borçlar Kanunu'nun 96 vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından "Aliud"un (Başka Şeyin) Teslimi", BATİDER, Haziran 1989, C. XV, S. 1, s. 113-135.
- TEKİNALP**, Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul 2009.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, Üzerinde Çalışılmış Üçüncü Bası, İstanbul 1977.
- ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, İstanbul 2015.
- YAVUZ**, Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014.
- ZEVKLİLER**, Aydın/**GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, İstanbul 2014.

# ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN FİNANSMANI

(Third Party Funding in International Investment Arbitration)

Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN\*

## ÖZET

Uluslararası Yatırım Tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finansmanı tartışmalı ve çok önemli bir konudur. Bu nedenle, bu makale uluslararası yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finansmanını incelemektedir. Özellikle, bu çalışmada yatırım tahkiminde tarafların üçüncü kişiler tarafından nasıl finanse edildiği ICSID tahkimi bağlamında açıklanmıştır.

**Anahtar Kelime:** Üçüncü Kişilerin Finansmanı, Tahkim, ICSID Tahkimi, ICSID, Finans

## Abstract

Third party funding is a controversial and vital issue in international investment arbitration. Thus, this paper examines third party funding in international investment arbitration. In particular, this study explains how the parties can utilize third party funding structure in ICSID arbitration.

**Keywords:** Third party funding, Arbitration, ICSID Arbitration, İCSİD, Finance

## GİRİŞ

Yabancı unsur içeren davaların değerinin yüksek olmasından dolayı dava masraflarını ve sonraki giderleri karşılamada güçlük çeken gerçek veya tüzel kişiler, son yıllarda dava finansman şirketleriyle yapmış oldukları dava finansman sözleşmeleri ile davalarını açabilmekte ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkına sahip olabilmektedirler. Son yıllarda tahkim yargılamasının da üçüncü kişiler tarafından finanse edildiği görülmektedir. Özellikle, uluslararası yatırım hukuku bağlamında, yapmış oldukları yatırımla ilgili ev sahibi devletin ihlallerine karşı ICSID tahkiminde dava

\* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

açmak isteyen yatırımcıların, tahkim masrafları, hakem ücretleri ve avukatlık ücretleri gibi milyon dolarları bulan yüksek meblağda masraflarla karşılaştıkları düşünüldüğünde, yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi, yatırımcıların haklarını ICSID tahkiminde savunabilmelerini sağlamaktadır. Nitekim Türk yatırımcıları, Türkî Cumhuriyetler başta olmak üzere birçok ülkede yapmış oldukları yatırımlara ev sahibi devletler tarafından hukuka aykırı müdahaleler sonrasında, ICSID tahkimine başvuru sırasında veya tahkim aşamasında dava finansmanı şirketlerinin finansmanından yararlanmaktadır. Son yıllarda uluslararası hukuk doktrininde hem ekonomik hem de hukuki açıdan tartışmaları yapılan kitap<sup>1</sup> ve makalelere konu olan davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanı konusu bu çalışmada değerlendirilmiştir.

## I. Genel Olarak

Her ne kadar çalışma konumuz sadece uluslararası yatırım tahkimin üçüncü kişiler tarafından finansmanı olarak sınırlandırılmış olsa da, yeri geldiğinde, önemli bağlantısı olduğu için davaların finansmanı konusuna da değinilecektir. Davanın üçüncü kişiler tarafından finansmanında üçüncü kişi dava masraflarının karşılanması amacıyla davacı tarafa ekonomik destek sağlamak, karşılığında ise davacı talebinde haklı olur ise davacının elde ettiği tazminatın belirli bir oranını almaktadır.<sup>2</sup> Eğer, davacı davayı kaybeder ise, üçüncü kişi tazminat alamamaktadır. Davanın üçüncü kişiler tarafından finansmanı başta Avustralya olmak üzere, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi müşterek hukuk (common law) sistemine tabi ülkelerde yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk sistemine tabi ülkelere Almanya, Avusturya ve İsviçre'de gelişme gösteren bir şekilde dava finansmanı şirketleri tarafından davaların finanse edildiği görülmektedir<sup>3</sup>.

Yukarıda bahsettiğimiz davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanı, uluslararası tahkimde giderek artarak kullanılan bir finansman tekniği olmuştur. Önceki sadece sigorta şirketleri tarafından tahkim yargılamasının finansmanı yapılırken, daha sonraları sadece dava ve tahkim yargılamasının finansmanı için kurulan özel finansman şirketleri tarafından tahkim masrafları finanse edilmektedir. Davaların finansmanına benzer bir şekilde, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinde, finans şirketi, tahkim yargılamasının masraflarını ödemekte, bunun karşılığın-

<sup>1</sup> Lisa Bench Nieuwveld, Victoria Shannon, Third Party Funding in International Arbitration, 2012; Bernardo M. Cremades, Antonias Dimolitsa, Third Party Funding in International Arbitration, DOSSIERS, ICC Institute of World Business Law, 2013.

<sup>2</sup> Eric De Brabandere, Julia Lepeltak, Third Party Funding in International Investment Arbitration, ICSID Review, 2012, s. 3.

<sup>3</sup> Marco de Mompurgo, A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding, Cardozo Journal of International and Comparative Law, 2011, s. 343.



da ise hakemler tarafından karara bağlanan tazminatın belirli bir oranını almaktadır<sup>4</sup>. Burada belirtilmesi önemli bir husus ise, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinde, üçüncü kişi konumundaki finans şirketlerinin tahkime konu uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir hukuki bağlantısının bulunmamasıdır. Bir diğer önemli nokta ise, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finansmanında, finans şirketi ile finansman talebinde bulunan taraf arasında yapılan ve tahkim finansmanı sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğimiz sözleşmenin içeriğinin sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla, tahkim finansmanı sözleşmesinin sözleşme serbestisi kapsamında değerlendiriliyor olmasından dolayı, kural olarak taraflar diledikleri şekilde sözleşme yapabilmektedir. Bu bağlamda finans şirketleri değişik finans seçeneklerini finansman talebinde bulunan kişiye sunabilmektedir.

Sözleşmeler incelendiğinde genellikle, finansman şirketleri tahkim yargılamasının masraflarını ve avukatlık ücretini ödemeyi kabul etmektedirler. Buna karşılık ise, hakem heyeti tarafından karara bağlanan tazminatın %20-40 arasında bir oranını ise, finansmandan yararlanan taraf, finansman şirketine ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Finans şirketleri yapmış oldukları sözleşmede, sözleşme kapsamını geniş tutarak finanse edeceği kalemlere, tahkim yargılamasına başlamadan önceki safhadaki masrafları da katabilmektedirler. Bunlara örnek olarak, tahkim öncesi belgelerin ve delillerin hazırlanması ve toplanmasındaki masrafları, bilirkişilere ödenen ücret ve masrafları ve ICSID gibi kurumsal tahkim kurumlarına tahkim başvurusundaki başvuru ücretlerini verebiliriz<sup>5</sup>.

Tahkimin üçüncü kişiler tarafından finansmanı konusunu daha iyi anlayabilmek için finansmanın tahkim açısından faydaları ve sakıncalarını açıklamak ve finansman şirketlerinin sözleşme yaparken üzerinde durdukları önemli hususları belirtmek bir gerekliliktir.

## **II. Tahkim Yargılamasının Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanının Faydaları**

Tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finansmanının özellikle finansmandan faydalanan şahıs açısından çok çeşitli faydaları bulunmaktadır. Bu makalede her ne kadar finansmandan faydalanan şahıs genellikle tahkim yargılamasını başlatan davacı olarak dikkate alınmışsa da, ileride ICSID dava örneklerinde görüleceği üzere davalı taraf da finansman şirketleriyle yapacağı tahkim finansmanı sözleşmesi ile kendisine finansman sağlayabilir. Finansmanın en önemli faydası hiç şüphesiz uyuşmazlığın tahkim yargılaması kapsamında çözümlenmesi aşamasındaki masraf-

<sup>4</sup> Laurence Burger, *Third-Party Funding in Arbitration Proceedings-Practitioners Tips*, *Young Arbitration Review*, Nisan 2011, s. 12.

<sup>5</sup> Mark Kantor, *Third Party Funding in International Arbitration: An Essay About New Developments*, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Volume 24, Spring 2009, s.70.

ların finansman şirketleri tarafından ödenecek olması neticesinde ekonomik gücü olmayan kişilerin tahkime başvurabilme olanaklarının sağlanmış olmasıdır<sup>6</sup>. Diğer bir ifadeyle yüksek tahkim masrafları riskinin finansman şirketinin üzerinde olması tahkimin üçüncü kişiler tarafından finansmanın en önemli avantajıdır. Bu avantajla birlikte mahkemeye erişim hakkını sağlaması, tahkim yargılamasının davacı lehine sonuçlanabilmesine yapmış olduğu katkılar, tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin diğer faydalarıdır.<sup>7</sup>

### A. Mahkemeye Erişim Hakkı

Üçüncü kişiler tarafından yapılan finansman işleminin mahkemeye erişim hakkını (*Access to Justice*) sağladığı haklı olarak kabul edilmektedir.<sup>8</sup> Haklı iddialarını ekonomik güçlükler nedeniyle mahkemelerde veya tahkim yargılamasında ileri süremeyen kişiler, finansman şirketlerinden alacakları destek ile tahkim yargılamasını başlatabilecektir. Dolayısıyla, mahkemeye erişim hakkı üçüncü kişiler tarafından yapılan finansman ile kolaylıkla sağlanacaktır. Mahkemeye erişim hakkının sağlanması ile ilgili yapılan değerlendirmeler iç şüphesiz tahkim yargılamasına erişim içinde geçerli olmalıdır.<sup>9</sup>

Mahkemeye erişim hakkı hukuk devleti ilkesi bağlamında bireye tanınması gereken en temel insan haklarından biridir. Her ne kadar mahkemeye erişim hakkı konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açıkça bir düzenleme yapılmamış olsa da, AİHS'in 6. maddesinin ilk fıkrasında "her şahıs.....bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından davasının dinlenmesini isteme hakkına haizdir." cümlesiyle zımnen de olsa hak arama özgürlüğüne başka bir ifadeyle, mahkemeye erişim hakkına yer verildiği görülmektedir.<sup>10</sup> Zira bireyin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanabilmesi için öncelikle mahkemeye başvurabilme hakkının olması gerekmektedir.

<sup>6</sup> Laura Atherton, *Third Party Funding in Arbitration: A Perspective from England*, Arbitration World, K&L Gates Publication, 2009, s. 1.

<sup>7</sup> Susanna Khouri, Kate Hurford, Clive Bowman, *Third Party Funding in International Commercial and Treaty Arbitration- a panacea or a plague ? A Discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding*, TDM, 2011.

<sup>8</sup> Brabandere, Lepeltak, s. 5-6.

<sup>9</sup> Khouri/Hurford/Bowman, s. 4.

<sup>10</sup> AİHM, mahkemeye erişim hakkını ilk kez *Golder v. Birleşik Krallık* davasında tanımıştır. Mahkeme; "6. maddenin birinci fıkrası sadece açılmış bulunan bir davaya ilişkin görülürse, bir devlet 1. fıkra hükmüne aykırı düşmeden, yargılama makamlarını lağvedebilecek veya medeni haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözümünü, bunların yetkisinden çıkarıp hükümete bağımlı mercilere verebilecektir. Keyfilik tehlikesi barındıran böyle bir tavır, belirtilen prensiplere aykırıdır ve mahkeme tarafından göz ardı edilemez. .... **Dava yoksa, hakkaniyete uygun, aleni ve gecikmeksizin kişinin dinlenmesinden söz etmek....adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmak olanaksızdır.**" şeklinde görüş beyan etmiştir. *Case of Golder v. The United Kingdom*, 21 February 1975.

tedir.<sup>11</sup> Kişiler mahkemeye erişim haklarına sahip olamazlar ise, hak arama hürriyetleri ihlal edileceği gibi, haklarını hiçbir şekilde ileri sürememe gibi bir durumla karşılaşabileceklerdir. Tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin belki de en önemli hukuki avantajı, hiç şüphesiz gerçek ve tüzel kişilere mahkemeye erişim hakkını sağlamasıdır.

Davaların üçüncü kişilerce finansmanının en çok uygulandığı ülkelerde verilen mahkeme kararları incelendiğinde de, mahkemeler açıkça davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanının mahkemeye erişim hakkını güvence altına aldığı ve bu hakkın uygulanmasını sağladığı şekilde kararlar vermektedir. Örneğin, İngiliz hukuk sisteminde davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanın kabul edilmesinde çok önemli etkisi olan İngiliz Temyiz Mahkemesi *Arkin v. Borchard Lines Ltd Kararında*, açıkça finans şirketinin mahkemeye erişim hakkını sağladığı hüküm altına alınmıştır<sup>12</sup>. Ayrıca, Avustralya'nın Yüksek Mahkemesi *Campbells Cash & Carry Ply Ltd v. Festif Ply Ltd Kararında*, özellikle mahkemeye erişim hakkının en temel insan haklarından biri olduğu ve davaların üçüncü kişiler tarafından finansmanının bu hakkı güvence altına aldığı haklı olarak vurgulanmıştır<sup>13</sup>.

Mahkemeye erişim hakkı, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesinin sadece teorik anlamda değil pratik anlamda da sağlaması için gerekli en temel insan haklarından biridir. Bu hak sadece kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklarda değil, birey ile devlet arasında çıkan uyuşmazlıklarda da tanınmalıdır. Özellikle yatırımcıya genellikle iki taraflı yatırım anlaşmaları kapsamında tanınan devletin yapmış olduğu hukuka aykırı eylem ve işlemlere karşı yargı yoluna veya tahkime başvurma imkânı, mahkemeye başvurma hakkının uluslararası yatırım hukuku kapsamında da kabul edildiğini göstermektedir. Fakat teorik ve yazılı anlamda mahkemeye başvurma hakkına sahip ama ekonomik gücü olmayan yatırımcının bu hakkını kullanabilmesi için, yüksek meblağlı tahkim mekanizmaları düşünüldüğünde, üçüncü kişi konumundaki finans şirketleriyle tahkim finansmanı sözleşmesi imzalaması bir gereklilik olduğu gibi, pratik anlamda bireyin en temel haklarından olan mahkemeye erişim hakkını da kullanmasını kolaylaştırmaktadır.

## **B. Tahkim Yargılamasının Başarılı bir Şekilde Sonuçlanmasına Olumlu Katkıları**

Finansman şirketleri tahkimi finanse etmeye karar vermeden önce kapsamlı bir durum tespiti (*due diligence*) yaptırırlar. Durum tespiti çalışması ya dışarı-

<sup>11</sup> A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 2009, s. 276-270.

<sup>12</sup> (2005) EWCA Civ 655.

<sup>13</sup> (2006) HCA 41.

dan dava konusu hakkında tecrübeli bir avukata veya genellikle finans şirketlerinin kendi bünyesinde çalışan avukata yaptırılmaktadır. Finans şirketi, davacı ile yapacağı tahkim finansmanı sözleşmesi ile önemli bir riski (davacının davayı kaybetmesi halinde para alamama) ile karşılaşacağından dava konusu uyuşmazlık ve davacının talebi hakkında gerekli teknik ve hukuki bir değerlendirmeyi dikkatlice yaptırmak durumundadır. Bu inceleme sırasında finans şirketinin dikkate alacağı belli başlı hususlar şunlardır:

- Tahkim yargılaması sonucunda davacının başarılı olma şansı,
- Davacının delilleri,
- Olması muhtemel karşı iddialar,
- Tahkim anlaşmasının metni veya tahkimin dayanağını oluşturan uluslararası anlaşmanın içeriği,
- Tahkim başlatılmamış ise gidilecek tahkim kurumu ve hakem heyetinin oluşturulması,
- Tahkim yeri,
- Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk,
- Dava sonucunda talep edilen miktar ile tahkim yargılamasının masraflarının karşılaştırılması,
- Tahkim kararının tenfizi konusunda karşılaşılabilecek riskler<sup>14</sup>.

Yukarıda belirtilen noktalardan açıkça anlaşılacağı üzere, finansman şirketinin yaptırmış olduğu genel değerlendirme, tahkim yargılamasının işleyişini kolaylaştıracaktır. Özellikle finansman şirketinin tahkim yargılamasının davacı lehine sonuçlanabilmesi amacıyla, tahkimin hızlı ve etkili bir biçimde yürütülmesine faydaları olacaktır. Finansman şirketi, uyuşmazlığa ilişkin önemli konuları dikkate alıp, gereksiz ve zayıf olarak nitelendirilebilecek iddiaların ileri sürülmesinin mantıklı olmadığını zaman ve para kaybı olduğu finansmandan yararlanan kişiye açıklayacaktır.

Tahkimin üçüncü şahıslar tarafından finanse edilmesinin, tahkim yargılaması açısından belki de en önemli faydası, karşı tarafı bir an önce uyuşmazlık konusunda sulh olmaya teşvik edecek olmasıdır. Zira finansman şirketleri yapmış olduğu geniş bir hukuki değerlendirme sonrası, genellikle %60 başarı şanslarının olduğu davaları finanse etmektedirler. Dolayısıyla, davalı taraf açısından bir an önce davacıyla masaya oturmak önemli bir opsiyondur<sup>15</sup>. Bu şekilde, tahkim yargılaması sonunda uyuşmazlık, daha hızlı ve daha etkin bir şekilde çözüme kavuşturulacaktır.

<sup>14</sup> Khouri/Hurford/Bowman, s.5.

<sup>15</sup> Atherton, s. 1.

Tahkim yargılamasını finanse eden finansman şirketlerinin uyumsuzluğun çözüm yöntemleri konusunda uzman olmalarından dolayı, tahkim yargılaması sırasında avukatlara ve davacıya çeşitli konularda yardımlarda bulunabilmektedirler. Örneğin, tahkim yargılaması başlamadan önce davacıya, uyumsuzluk konusu ile ilgili tecrübeli avukatların, bilirkişilerin ve hakemlerin seçiminde finans şirketleri yardım edebilmektedir. Uygulamaya baktığımızda, tahkim yargılamasını finanse eden şirketler tahkim alanında tecrübeli avukatlar tarafından idare edilmektedirler. Dolayısıyla, kendi finans şirketlerinin yatırım ve risk yönetimi anlamında, tecrübeli hukukçular tahkim yargılamasının etkin bir şekilde yürütülmesi ve sonuçlandırılması anlamında önemli katkılar yapmaktadırlar<sup>16</sup>.

Tahkim yargılamasının bir an önce başarılı bir şekilde sonuçlandırılması anlamında, finans şirketlerinin oynayacağı rol, finans şirketi ile davacı arasında yapılan tahkim finansmanı sözleşmesi kapsamında belirlenmektedir. Bunun yanında, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin tahkim yeri hukukunun düzenlemeleri de etkili olacaktır.

### III. Tahkim Yargılamasının Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanının Sakıncaları

Davacı tahkim yargılaması sonucunda elde edeceği tazminat miktarının önemli bir oranını finansman şirketiyle paylaşmak istemeyebilir. Bu durumda, finansman şirketiyle tahkimin finansmanı sözleşmesi imzalamaz. Zira yapacağı anlaşma sonrası her ne kadar tahkim masrafları finansman şirketi tarafından ödenecek olsa da, dava kazanıldıktan sonra elde edilen miktarın %20-40 arasında bir oranı finansman şirketine ödeyecektir. Dolayısıyla finansman şirketi gibi finansmandan yararlanmak isteyen davacının da iyi bir risk yönetimi analizi yaptırması ona göre kararını vermesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişiler tarafından tahkimin finansmanı davacıya yararlar getirmekle birlikte, tahkim sonrasında elde edilen kazanımlar ve kayıpların oranlanmasının iyi tayin edilmesi gerekmektedir.

Tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finansmanı finans şirketi ile davacı arasında menfaat çatışmalarına da sebep olabilir. Çünkü finansman işlemini finans şirketi açısından ele aldığımızda, finans şirketinin amacının sadece yapmış olduğu yatırımın karlılığıdır. Davacı açısından bakacak olursak, farklı amaçlar ve tahkimin kazanılması sonrası farklı beklentiler olabilir<sup>17</sup>. Örneğin, tek satıcılık sözleşmesine ilişkin bir uyumsuzluk sonrası verilen tahkim kararının sadece maddi zararlara ilişkin etkisinden ziyade, kararın emsal teşkil edecek olması önem taşıyabilir. Hatta davacı ile davalı arasında var olan, lisans veren ve lisan alan, satıcı ve alıcı gibi

<sup>16</sup> Khouri/Hurfurd/Bowman, s. 5.

<sup>17</sup> Burger, s. 13.

ticari ilişkileri koruyucu kararlar alınması davacı tarafından tahkimden beklenilebilmektedir. Bu durum ise, davacı ile finans şirketi arasında menfaat çatışmasına sebep olacaktır.

Yukarıda açıklanan sakıncalar dışında, üçüncü kişilerin tahkim yargılmasını finanse etmesinin diğer en önemli sakıncası ise finansman işleminin tahkimin gizliliği prensibini ihlal edip etmemesine ilişkindir. Tahkim yargılmasının gizliliği, uluslararası tahkimin, uyuşmazlığın çözüm metodu olarak seçilmesine etki eden ve tahkimin en önemli avantajlarından birisidir. Özellikle son yıllarda, tahkimde gizlilik konusu kurumsal tahkim kurallarında düzenlenmiştir<sup>18</sup>. Ancak burada belirtilmesi gerekli önemli bir husus ise, uluslararası yatırım tahkiminde devlet menfaatinin korunması ve özellikle hükümet dışı kuruluşların etkileriyle bu tür uyuşmazlıkların tahkim ile çözümlenmesi aşamasında gizlilikten ziyade açıklığın bir özellik olarak kabul edilmesi görüşü hakim olmuştur. Dolayısıyla, ICSID tahkim yargılmasına ilişkin ICSID kurallarında bir takım değişikliklere gidilmiş ve üçüncü kişilerin de tahkim yargılmasına katılabilecekleri ve hakem kararlarının yayınlanması gibi konular kabul edilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, finans şirketleri tahkimi finanse etme konusunda karar vermeden önce detaylı teknik ve hukuki bir değerlendirme yapmaktadırlar. Bu değerlendirme sırasında, finans şirketi tahkime götürülmesi düşünülen uyuşmazlık hakkında tüm bilgi ve belgeleri davacıdan veya davacının avukatlarından elde etmektedirler. Gizliliğin önemli olduğu tahkim yargılmasında, tüm bilgilerin finansman şirkete verilmesinin sakıncalı olması nedeniyle davacı ile finansman şirketi arasında ayrı bir gizlilik sözleşmesinin yapılması bir zorunluluktur. Bunun yanında, tahkim finansmanı sözleşmesinde de gizlilik konusunda bir hükmün yer almasının davacı taraf açısından faydaları bulunmaktadır<sup>19</sup>. Ayrıca tahkim sözleşmesinin de iyi incelenmesi gerekmektedir. Zira bazı tahkim sözleşmelerinde açıkça veya zımnen tahkim yargılmasının gizliliği ve taraflar arasında bilgilerin ifşasına ilişkin hükümler bulunabilmektedir.

Tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi etik sorunlarda yaratabilir. Özellikle avukatın müvekkili ile olan mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelerin gizliliği ilkesi, finans şirketinin davacının avukatından isteyeceği bilgi ve belgeleri temin etmesiyle ihlal edilecektir.

Tahkimin finanse edildiğinin karşı tarafa ve hakemlere bildirilmesinin zorunlu olup olmadığı gizlilik ile bağlantılı önemli bir sorundur. Finans şirketi ile davacı arasında yapılan finans sözleşmesine taraflar aralarındaki anlaşmayı davalıya ve ha-

<sup>18</sup> ICC Tahkim Kuralları m.22 (3), LCIA Tahkim Kuralları m.30, WIPO Tahkim Kuralları m.52, 73-76.

<sup>19</sup> Khouri/Hurford/Bowman, s.9.

kemlere bildirip bildirmeyecekleri konusunda hüküm koyabilirler. Dolayısıyla, bu sözleşme kapsamında konu değerlendirilecektir. Kurumsal tahkim kurumlarının kuralları dikkate alındığında, taraflara tahkimin finanse edildiğini ifşa etme yükümlülüğünü getiren bir düzenleme görülmemektedir<sup>20</sup>. Fakat davalı tarafından tahkim yargılaması sırasında bir şekilde tahkimin finanse edildiği öğrenilebilir.

#### **IV. Tahkim Yargılamasının Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar**

Yukarıda değinildiği üzere, tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finansmanın hem faydaları hem de sakıncaları bulunmaktadır. Bu bağlamda hem finansman şirketi hem de finansmandan faydalanan davacının sözleşme yaparken dikkat etmesi gereken önemli hususlar bulunmaktadır.

##### **A. Davacı Açısından<sup>21</sup>**

Davacı taraf tahkim finansmanı sözleşmesi yaparken aşağıdaki durumları göz önünde bulundurmalıdır:

- Finansman sözleşmesi tahkim masraflarının tümünü veya belli bir oranını mı kapsamaktadır.
- Finansman vermeyi kabul eden finans şirketi bu konuda uzman mı?
- Finans şirketi ile olması muhtemel menfaat çatışmaları sözleşmede düzenlenmiş mi?
- Tahkim yargılaması sonrası parasal olmayan bir konuda yapılan anlaşmanın örneğin davacı ve davalı arasındaki ilişikisinin devamının finansman sözleşmesinde düzenlenip düzenlenmediği

##### **B. Finans Şirketi Açısından**

Tahkim yargılamasını finanse eden finans şirketi davacı ile yapacağı sözleşme öncesi ve sonrasında bir takım konulara dikkat etmektedir. Zira finans şirketi eğer davacı taraf davayı kazanamaz ise, yapmış olduğu yatırımdan herhangi bir gelir elde edemeyecek, zarar etmiş olacaktır. Bundan dolayı, teknik ve hukuki inceleme safhasında finans şirketleri finanse edecekleri uyuşmazlık konusu hakkında detaylı değerlendirmeler yapmaktadırlar. Aşağıda finans şirketlerinin tahkim finansmanı sözleşmesi öncesi dikkat ettikleri hususlar belirtilmiştir:

<sup>20</sup> Khouri/Hurford/Bowman, s.9.

<sup>21</sup> Genellikle davacı taraf finansman talebinde bulunduğu için davacı açısından konu incelenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, davalı taraf da finansman sözleşmesi yapabilir.

- Davanın kazanılma şansının yüksek olmasına
- Dava sonrası elde edilmesi muhtemel tazminat miktarına
- Dava sırasında ödenmesi muhtemel masraflara
- Davacı tarafından davada talep edilen miktarın davada ödenmesi muhtemel masraflarla karşılaştırıldığında masraflardan çok büyük oranda yüksek olmasına<sup>22</sup>
- Davacı tarafından davada ileri sürülecek hukuki iddiaların zayıf ve güçlü yönlerine
- Davalı tarafın davayı kaybetmesi durumundaki ödeme durumu
- Tahkim yargılamasının tahkim kararının icrası da dahil ne kadar bir sürede tamamlanabileceğine<sup>23</sup>
- Tahkim sözleşmesi veya tahkim bir uluslararası anlaşma kapsamında kabul edilmiş ise bu anlaşmanın metni

## V. ICSID Tahkim Yargılamasının Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde en çok başvuru alan tahkimlerden biri olan ICSID tahkiminde taraflar, tahkim yargılamasının masraflarının yüksek olması sebebiyle, bu masrafların finansmanı amacıyla kurulmuş olan finans şirketleriyle tahkim finansmanı sözleşmeleri yapmaktadırlar. ICSID tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesine ilişkin en önemli dava örneklerinden biri hiç şüphesiz *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania* davasıdır<sup>24</sup>. Bu davada yatırımcı, Romanya'ya karşı ICSID tahkimini yürütebilmek için bir finans şirketinden finansman sağlamıştır. Belirtilmesi gerekli bir husus ise, bu dava dışında ICSID tahkiminde çeşitli davalarda üçüncü kişiler tarafından tahkim yargılamasının finansmanı söz konusu olmuştur<sup>25</sup>. *S&T Oil v. Romania* davasında, *Valerian Simirica adlı ABD'de oturan bir gerçek kişi ve tamamı onun tarafından sahip olunan S&T Oil*

<sup>22</sup> Atherton, s.1-2.

<sup>23</sup> <http://www.calunius.com/litigation-funding/case-assessment.aspx> (Erişim tarihi: 15.6.2015)

<sup>24</sup> *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/07/13.

<sup>25</sup> *FTR Holding S.A. (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7; *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18; *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6; *Gustav F. W. Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24; *Siag and Vecchi v. Egypt*, ICSID Case No ARB/05/15, *RSM Production Corporation v Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, *Order of the Committee Discontinuing the Proceeding and Decision on Costs*, 28 April 2011.



Equipment & Machinery Ltd şirketi, Romanya hükümeti ile yatırım ilişkilerinde bulunmuştur. *S&T Oil* Romanya'da Amonyak üretimi yapan yatırım şirketinin Romanya tarafından kamulaştırıldığı iddiasıyla yasal yollara başvurmuştur. *S&T Oil*, ICSID tahkimine 16 Temmuz 2007 de yapmış olduğu başvurusunu, Romanya ile ABD arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmasına dayandırmıştır. S&T Oil, ICSID tahkimine gitmeden önce bu tahkim yargılamasını yürütmek amacıyla avukatlarıyla *contingent fee* (dava kazanıldığında ödenecek ücret) üzerinden anlaşma yapmıştır. Fakat ICSID tahkimi başladıktan sonra, avukatları eğer tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finansmanı mümkün olmaz ise, davaya devam edemeyeceklerini müvekkillerine bildirmişlerdir.<sup>26</sup>

*S&T Oil*, Juridica adlı finansman şirketi ile başlanılmış olan ICSID tahkim yargılamasının devam ettirilmesi amacıyla, tahkim finansmanı sözleşmesini 28 Mayıs 2008 tarihinde imzalamıştır.<sup>27</sup> Bu sözleşmeye göre, Juridica, ICSID tahkim masraflarını ve avukat masraflarının bir kısmını karşılamayı kabul etmiş, karşılığında ise, Romanya tahkiminden elde edilecek tazminatın belirli bir yüzdesi ve Romanya'daki şirket üzerinde menkul kıymet hissesi vermeyi taahhüt etmiştir. Sözleşme serbestisi kapsamında yapmış oldukları anlaşmada Juridica ayrıca, ön şart olarak ICSID tahkim yargılamasını başlatan ve devam edecek olan avukatlarla yapılan avukatlık sözleşmesinde bir takım değişikliklerin yapılmasını da istemektedir. Bunun yanında, tahkim yargılamasını finanse eden Juridica, gizli bilgilerin, özellikle de avukat ile müvekkil arasında var olan anlaşmaların, belgelerin hepsinin tarafına verilmesini de talep etmiştir.<sup>28</sup>

Anlaşma sonrası, ICSID tahkimi, dava dilekçesi, karşı dilekçe, cevaba cevap aşamalarıyla devam etmiştir. 24 Haziran 2009 tarihinde, ICSID hakem heyeti ICSID kuralları gereğince, her bir taraftan 150.000 dolar toplam 300.000 dolar peşin ödeme istemiştir. Eylül 2009 da yapılacak duruşma öncesi *S&T Oil*'in avukatları, *S&T Oil*'in meblağı ödeyemediği gibi, kendilerinin davaya hazırlık ve davada bulunma masraflarını da karşılamadığını belirterek duruşmanın ertelenmesini talep etmişlerdir. 17 Eylül 2009 günü ICSID, davacının ödeme konusunda temerrüde düştüğünü taraflara bildirmiştir. ICSID hakem heyeti, 4 Kasım 2009 yılında tahkim yargılamasının durdurulmasına karar vermiştir. 10 Kasım 2009 tarihinde ise Juridica, *S&T Oil*'e Romanya'ya karşı açılan ICSID tahkim yargılamasına devam etmeyeceğine ilişkin aralarındaki tahkim finansmanı sözleşmesini tek taraflı fesih niteliğinin taşıyan

<sup>26</sup> B.M. Cremades, Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration, *Transnational Dispute Management*, Vol. 8, Issue 4, October 2011, s. 26.

<sup>27</sup> Rebecca Lowe, *Speculate and Arbitrate to Accumulate*, www.ibanet.org (Erişim tarihi: 16.6.2015).

<sup>28</sup> Cremades, s. 26-27.

bir bildirim yapmıştır. Bunun akabinde, 16 Kasım 2009 tarihinde avukatlar tahkim yargılamasından çekildiklerini müvekkile bildirmişlerdir.<sup>29</sup>

ICSID tahkim yargılamasını finanse eden Juridica şirketi, *S&T Oil* ile yapmış oldukları tahkim finansmanı sözleşmesi gereğince, sözleşmede kararlaştırıldığı üzere, 22 Aralık 2010 tarihinde LCIA tahkimine başvurmuştur. Uğradığı zarar ve ziyarı karşılamak üzere tazminat, cezalandırıcı tazminat, avukat masraflarıyla birlikte faiz istemiştir. LCIA tahkim kuralları çerçevesinde İngiltere'de tahkim yeri olarak Guernsey'de yürütülen tahkimin konusu, S&T Oil'in davacı Juridica şirketinin finanse ettiği ICSID tahkim yargılamasında, avukatlık ücretleriyle ilgili olarak esasa ilişkin vakıaları ifşa edip etmemesine ilişkindir. 14 Şubat 2011 tarihinde ise, S&T Oil, RICO Kanuna aykırılıktan dolayı ABD'de Güney Teksas Bölgesi Mahkemesinde Juridica şirketine karşı dava açmıştır.<sup>30</sup> Davasında, davalı Juridica şirketi tarafından dolandırıldığını ve ayrıca adı geçen şirketin kendisiyle yapmış oldukları sözleşmeden elde edilecek menfaatleri tam anlamıyla ifşa etmediğinden gizli kar temin ettiğini iddia etmiştir. Mart 2011 tarihinde Amerikan Mahkemesi vermiş olduğu karar ile, S&T Oil'in talep etmiş olduğu LCIA tahkiminin geçici olarak durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir talebini reddetmiştir. Mahkeme, 25 Nisan 2011 tarihinde ICSID tahkimini finanse eden Juridica şirketinin talepleri doğrultusunda tahkim lehine karar alarak, davacı S&T Oil'in davasını esastan reddetmiştir.<sup>31</sup>

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, Romanya'ya karşı açılan ICSID davasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesiyle tarafların çeşitli risklerle karşı karşıya kalabileceği de görülmektedir. Taraflardan kasıt sadece, ICSID tahkim yargılamasının tarafı olan davacı yatırımcı ve davalı ev sahibi devlet anlaşılmalı, tahkim yargılamasını finanse eden finansman şirketleri de, tahkim finansmanı sözleşmesi kapsamında çıkması muhtemel uyuşmazlıklarda taraf sıfatıyla çeşitli risklerle karşılaşabilmektedir. Yukarıda somut olayda görüldüğü üzere, S&T Oil, ev sahibi devlet olan Romanya'ya karşı açmış olduğu tahkim yargılamasını finanse ettirdiği Juridica şirketinin başlattığı tahkim prosedürüyle bu şirket tarafından ödenen meblağları geri ödeme riskiyle karşı karşıya kalmıştır. ICSID tahkim yargılamasında davalı konumunda olan Romanya'da, bu olaylar sonrasında, dava masraflarını karşı taraftan almama gibi önemli bir riskle karşılaşmıştır.<sup>32</sup>

ICSID tahkiminde, tahkim yargılamasının üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesine ilişkin en önemli davalardan biri *Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v.*

<sup>29</sup> Cremades, s. 27-28.

<sup>30</sup> U.S. District Court, S.D. Texas, Houston Division, S & T Oil Equipment & Machinery v. Juridica Investment Limited, Civil Action No. H-11-0542, April 25, 2011.

<sup>31</sup> S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. et al. v. Juridica Investments Ltd. et al., Civil Action No. H-11- 0542, Final Order dated April 25, 2011.

<sup>32</sup> Cremades, s. 32.

*Republic of Georgia* davasıdır<sup>33</sup>. Davada, davacılar Gürcistan'da Gürcistan devletine ait bir şirket ile GTI isimli bir Joint venture kurarak, Gürcistan'daki petrol hattına ilişkin 30 yıllık bir kamu imtiyazı almışlardır. Fakat Gürcistan GTI'nin kamu imtiyaz sözleşmesini iptal etmiştir. Yaklaşık 8 yıl Gürcistan iç hukukuna göre yapılan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin çalışmalar, 2004 yılında yatırımcılara tazminat ödenmeyeceğine ilişkin karar ile sonuçlanmıştır. 2005 yılında, Yunan Vatandaşı Kardassopoulos, ICSID tahkimine başvurmuş ve Gürcistan'ın Gürcistan ile Yunanistan arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmasında ve Enerji Şartı anlaşmasında yer alan Adil ve eşit muamele ilkesine ve kamulaştırmaya ilişkin hükümlerine aykırı davrandığını ileri sürmüştür. İsrail vatandaşı Fuchs ise, bu başvurudan yaklaşık bir buçuk yıl sonra, aynı vakıtlar nedeniyle İsrail ile Gürcistan arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmasında yer alan adil ve eşit muamele ilkesine aykırı davrandığını ileri sürerek ICSID tahkimine başvurmuştur.

Bu davada, davalı ev sahibi devlet Gürcistan, dava masraflarına ilişkin yapmış olduğu savunmada, davacıların masraflarının çok aşırı olduğu bunun nedenin ise, davacıların tahkim yargılamasını üçüncü bir kişi olan bir şirket tarafından finanse ettirdikleri ve dolayısıyla bu masrafların geri alınabilir masraflar olmadığını iddia etmiştir. Hakem heyeti ise, davacının yapmış olduğu masrafların geri alınabilirliği konusunda üçüncü kişiler tarafından tahkimin finanse edilmesinin dikkate alınacağı konusunda herhangi bir prensibin olmadığına karar vermiştir.<sup>34</sup> Hakem heyeti ayrıca Yunanistan ile Gürcistan arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmasında ve İsrail ile Gürcistan arasında imzalanmış olan iki taraflı yatırım anlaşmalarının uyuşmazlığın çözümüne ilişkin maddelerinde yer alan "Uyuşmazlığa taraf olan Akit Taraf dava muameleleri ya da kararın uygulanması evresinde uyuşmazlığın diğer tarafı olan yatırımcının, bir sigorta sözleşmesine istinaden zararını kısmen ya da tamamen karşılayan bir tazminat aldığını gerekçe gösteren herhangi bir itirazda bulunamaz." şeklindeki hükme de atıf yapmıştır<sup>35</sup>. Hakem heyeti, haklı olarak, davacı tarafça üçüncü kişi tarafından tahkimin finanse edilmesini bu hükümde belirtilen sigorta sözleşmesinden farklı olarak değerlendirilemeyeceğini, bu anlamda da, davacının masraflarının tespitinde, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin herhangi bir etkisinin olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla, yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin hakem heyetinin dava masraflarını hesaplamasında herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Türk yatırımcının Ürdün devletine karşı açmış olduğu *Ata Construction, Indust-*

<sup>33</sup> Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Republic of Georgia, ICSID Cases Nos. ARB/05/18, ARB/07/15, 3 March 2010.

<sup>34</sup> Karar, Paragraf 686.

<sup>35</sup> Karar, Paragraf 691.

*rial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan* davasında<sup>36</sup>, hakem heyeti yukarıdaki karara atıf yaparak, tahkim yargılamasının üçüncü kişi tarafından finanse edilmesinin dava masraflarının hesaplanmasında bir etkisinin olmadığına karar vermiştir.<sup>37</sup>

ICSID tahkiminde, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesine ilişkin 2014 tarihinde verilen *Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic* yetki kararı<sup>38</sup> da hakem heyetlerinin konuya bakışını gösterdiğinden önem arz etmektedir. Hakem heyeti, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin faydalı olup olmadığı konusu bireysel farklı düşüncelerin olmasının normal olduğunu belirttiikten sonra tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi konusunda hem milli hem de uluslararası tahkim alanında yerleşik bir uygulamanın kabul edildiğini belirtmiştir. Bu nedenle, ICSID hakem heyeti, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesinin tek başına tahkime itiraz nedeni olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>39</sup>

## SONUÇ

Uluslararası yatırım tahkiminin masraflı ve uzun sürmesi, özellikle hakları ihlal edilmiş olan yatırımcıları zor durumda bırakmakta olup, bu durumun önlemebilmesi amacıyla son yıllarda giderek önem kazanan tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi bir çare olarak sıklıkla kullanılmaktadır. ICSID tahkim yargılamasına bakıldığında, hakem heyetleri, tahkim masraflarına ilişkin kararlarında, tahkimin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmiş olmasının, masrafların hesaplanmasında ve taraflarça paylaşılmasında bir etkisinin olmadığına ilişkin kararlar vermektedir. Uluslararası yatırım tahkiminin üçüncü kişiler tarafından finanse edilmesi, tahkim yargılaması sırasında hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, gizlilik gibi konularda sorun yaratabileceği gibi, hem de finans sözleşmesi tarafları olan davacı ve finans şirketi arasında çıkması muhtemel, gizlilik anlaşmasının ihlali, uygulanacak hukuk sorunlarına ve tenfiz problemlerine sebep olabilecektir.

<sup>36</sup> *Ata Construction, Industrial and Trading Company v Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/08/02, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding, July 11, 2011, Paragraf 34.

<sup>37</sup> *Brabandere, Lepeltak*, s. 15.

<sup>38</sup> *Giovanni Alemanni and Others v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/8, 17 November 2014, Paragraf 278.

<sup>39</sup> *Karar*, Paragraf 278.

# NEW YORK EYALET MAHKEMESİ TMSF / EROL AKSOY TENFİZ KARARININ KARŞILIKLILIK ŞARTI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

(An Evaluation of New York State Court's Enforcement Judgment on TMSF /Erol Aksoy within the Scope of Reciprocity Requirement)

Yrd. Doç.Dr. Zeynep ÇALIŞKAN\*

## ÖZET

Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun, karşılıklılık şartını yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde asli bir şart olarak kabul etmektedir. Karşılıklılık şartının tespiti uygulamada sorun yaratmaktadır. Bu nedenle, bu çalışmada TMSF /Erol Aksoy tenfiz kararı çerçevesinde New York Eyalet Hukukundaki yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin hükümler açıklanmıştır. Bu dava, Türkiye ile New York Eyaleti arasında yabancı mahkeme kararlarının tenfizi konusunda hukuki ve fiili mütekabiliyetin bulunduğunu göstermektedir.

**Anahtar kelimeler:** Karşılıklılık, Yabancı Mahkeme Kararının Tenfizi, New York Eyalet Hukuku

## *Abstract*

Turkish Private International Law and Procedural Law Act stipulates reciprocity as a main condition for enforcement of foreign judgments. In practice, examining the condition of reciprocity is a problematic issue. Thus, this study explains the recognition and enforcement of foreign judgment in New York State within the scope of TMSF / Erol Aksoy enforcement decision. This case shows that a statutory and de facto reciprocity exist between the New York State and Turkey pertaining to enforcement of foreign judgment.

**Keywords:** Reciprocity, Enforcement of Foreign judgment, New York State Law

---

\* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

Türk Milletlerarası Usul Hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmesinde, karşılıklılık (mütekabiliyet) şartı aranmaktadır. Ancak uygulamada bu koşulun gerçekleşmemesi durumunda yabancı mahkeme kararını tenfiz etmek isteyen davacının kişisel menfaati ihlal edilmektedir. Bu çalışmada, New York Eyaleti Yüksek Mahkemesi tarafından TMSF lehine verilen Türk mahkemesi kararının tenfizine ilişkin karar bağlamında, New York Eyaleti Hukukundaki yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler değerlendirilmiştir. TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, New York Eyaleti ile Türkiye arasında yabancı mahkeme kararlarının tenfizi konusunda hukuki ve fiili karşılıklılığın bulunduğunu göstermektedir.

### I. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu

#### A. Türk Hukukunda

Türk Hukukunda yabancı mahkeme kararların tanınması ve tenfizi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) m. 50-59 arasında düzenlenmiştir. Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası anlaşmada, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler yer almaktadır<sup>1</sup>. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için aranan şartlar ön şartlar ve asli şartlar ayrımı yapılarak iki başlık altında incelenmektedir<sup>2</sup>. Bu şartların kümülatif olarak bir arada bulunması gerekmektedir. Bu çalışmada, tenfiz için aranan karşılıklılık şartı incelendiğinden diğer şartlar sadece belirtilmiştir. Buna göre, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için aranan ön şartlar şunlardır<sup>3</sup>:

1. Yabancı bir mahkeme kararı olmalıdır;
2. Karar, hukuk davasına ilişkin olmalıdır;
3. Kararın kesinleşmiş olması gerekir.<sup>4</sup>

Asli şartlar ise;

1. Karşılıklılık olması gerekir;

<sup>1</sup> Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 466; Nuray Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 31-35; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 605.

<sup>2</sup> Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 3 Baskı, Ankara, Şubat 2015, s. 106-111, Pelin Güven, Tanıma-Tenfiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 2013, s. 27-28; Ekşi, s. 109, s. 157; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 470, s.478.

<sup>3</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 470-511;

<sup>4</sup> Ekşi, s. 109-149.

2. Yabancı ilam, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konuya ilişkin olmamalıdır,
3. Kararın aşkın yetkili mahkemeden verilmemiş olması gerekir<sup>5</sup>;
4. Yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerekir,
5. Karar, davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olmalıdır<sup>6</sup>.

Hukuk davasına ilişkin kesinleşmiş bir yabancı mahkeme kararının tenfizi için aranan asli şartlardan biri, kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık (mütekabiliyet) olmasıdır. Vurgulamak gerekir ki, bu şart, yabancı mahkeme kararının tanınmasında aranmaz<sup>7</sup>. MÖHUK m. 54 (a)'ya göre, Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması gerekir. Diğer bir ifadeyle, yabancı bir mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için, Türk Mahkemesi kararlarının da o ülkede tenfiz edilebilir olması gerekmektedir.

MÖHUK m. 54, akdi (ahdi), kanuni ve fiili mütekabiliyet hallerinden birinin var olmasını yeterli görmektedir<sup>8</sup>. Yabancı ilamın Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için ilamın alındığı devletle Türkiye arasında ya ilamların tenfizine dair bir anlaşma veya o devlette Türk mahkemesi kararlarının tenfizine imkan veren kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması gerekir. Türk hakimisi her somut olayda re'sen karşılıklılık olup olmadığına bakmak zorundadır<sup>9</sup>. Tarafların bu konuda talepte bulunması gerekmez. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mütekabiliyet şartı, tenfizin talep edildiği an dikkate alınarak tespit edilmelidir<sup>10</sup>.

Kanuni karşılıklılığın gerçekleşebilmesi için, kararın verildiği ülke hukukunda yabancı ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmü bulunmalıdır. Ayrıca bu ülke hukukundaki tenfiz şartları, "Türk Hukukundakine eşit veya benzer ağırlık-

<sup>5</sup> Aşkın (aşırı, exorbitant) yetki hususu, MÖHUK'un 54/b maddesi hükmünde, " ilamın dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisinin bulunmaması şeklinde" kaleme alınmıştır. Yabancı mahkemenin yetkisinin aşkın (aşırı) yetki olup olmadığının incelenmesi, davalının bu konuda itiraz etmiş olması şartına bağlıdır. Detaylı bilgi için bkz: Ekşi, 234-242; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 495-497; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul 2015, s. 503-505.

<sup>6</sup> Nomer, s. 513-514.

<sup>7</sup> Ekşi, s. 157.

<sup>8</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 480; Ekşi, s. 161.

<sup>9</sup> Ekşi, s. 164.

<sup>10</sup> Ekşi, s. 157; Bilgin Tiryakioğlu, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996, s. 76; Çeliker, Erdem, s. 626.

ta” olmalıdır<sup>11</sup>. Diğer bir ifadeyle, Türk mahkemesi kararları ilgili yabancı devlette, bu yabancı devlete ait kararların Türk tenfiz hukukunda tabi olduğu şartlara nispetle, önemli ağırlıkta engel ve güçlüklerle karşılaşmadan tenfiz edilmekte ise, bu devlette karşılıklılık gerçekleşmiş olur. Eşdeğerlilik değerlendirilmesi yapılırken, tenfiz şartlarının aynı ve tek tek eşitliği aranmaksızın, tenfiz şartlarının genelini kapsayan bir değerlendirmeye mütekabiliyet konusunda karar verilmelidir<sup>12</sup>.

Uluslararası anlaşmalarda veya kanunlarda yabancı mahkeme kararlarının tenfize ilişkin karşılıklılık şartı kabul edilmiş olmasına rağmen, özelde Türk mahkeme kararları, fiilen tenfiz edilmiyor ise, bu halde karşılıklılık şartı yerine gelmemiş kabul edilmelidir.<sup>13</sup> Fakat bir Türk mahkemesi kararının tenfizinin tenfiz edilecek ülke hukukuna göre haklı sebeplerle reddi ayrı bir konudur. Bu durum fiili karşılıklılığı etkilemez<sup>14</sup>. Ayrıca, akdi ve kanuni mütekabiliyet olmasına rağmen, ilgili devlette, Türk mahkemesi kararlarının tenfize ilişkin bir talep olmadığı için, henüz bir uygulamaya rastlanılmamış olması, fiili karşılıklılığın olmadığı anlamına gelmemelidir<sup>15</sup>.

Akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyet hallerinden birinin gerçekleşmiş olması, Türk hakimi tarafından re’sen göz önünde bulundurulana asli bir tenfiz şartıdır. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin konuyla ilgili detaylı bir araştırma yapmasını gerekmektedir. Bu bağlamda, mahkemeler, doğrudan Adalet Bakanlığı Uluslararası İlişkiler Genel Müdürlüğü’nden yardım alabilir. Mahkemeler, ayrıca Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde, yabancı ülke makamlarından veya ilgili devletin Türkiye’deki elçilik veya konsolosluklarından yardım alabilir<sup>16</sup>. Bunun yanında, mahkemeler bilirkişilik veya “hukuki mütalaa” yönteminden faydalanabilir. Önemle belirtmek gerekir ki, mahkemeler mütekabiliyetin tespiti açısından hangi yöntemi kullanmış olursa olsunlar, kendi takdir yetkileri çerçevesinde konuya ilişkin karar vermektedirler. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.6.1990 tarihli kararı<sup>17</sup> ve Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün görüşleri de bu doğrultuda olup, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan değerlendirmelerin bağlayıcı olmadığı, mütekabiliyete ilişkin değerlendirmelerin mahkemenin takdirinde olduğu vurgulanmıştır<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 482.

<sup>12</sup> Ergin Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, 2009, s. 159.

<sup>13</sup> Nomer, s. 511; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 488; Doğan, s. 112.

<sup>14</sup> Çelikel, Erdem, s. 626.

<sup>15</sup> Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, s. 157; Doğan, s. 112-113; Nomer, s. 511.

<sup>16</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 489; Ekşi, s. 164-165.

<sup>17</sup> HGK, E. 1990/13-3, K. 1990/347, T. 13.6.1990: XVI (1990) 9 YKD, s. 1282-1286; Nuray Ekşi, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s. 261-264.

<sup>18</sup> Detaylı bilgi için bkz: Ekşi, s. 168-169.



Tüm bunlara ilaveten, yabancı ülke hukuklarında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda yapılan önemli değişikliklerle karşılıklılığa ilişkin uygulamadaki sorunlar, sözü edilen şartının kaldırılmasının yerinde olacağını göstermektedir<sup>19</sup>. Gerçekten, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde aranan karşılıklılık şartı siyasi bir kriterden öte değildir<sup>20</sup>. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde devletler arasında siyasi ilişkilerle bağlantılı olan mütekebbiliyet şartının aranması, tenfiz davasının davacısının kişisel menfaatini ve mahkemeye erişim hakkını engellemektedir. Dolayısıyla, uygulamada karşılıklılık şartının yerine getirilip getirilmediğine ilişkin problemler de dikkate alındığında, Türk hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde karşılıklılık şartı aranmamalı sonucuna ulaşılır.

## B. Amerikan Hukukunda

Belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda elli eyaletin ayrı yargı sistemi ve bir de federal yargı sisteminin bulunmasından dolayı, milletlerarası usul hukuku alanındaki bir çok konu hakkında farklı kurallar bulunmaktadır. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda federal bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi, Amerika Birleşik Devletleri, bu konu ile ilgili uluslararası herhangi bir anlaşmaya da taraf değildir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, müşterek hukuk (*Federal Common Law*) ve eyaletlerin kanuni düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir<sup>21</sup>.

Müşterek hukuk'ta comity doktrini kabul edilmektedir. Bu doktrine göre, eyaletler kendi istekleri doğrultusunda hakkaniyet ve nezaket gereği yabancı mahkeme kararını tenfiz edebilir. Amerikan hukukunda comity doktrini, *Hilton / Guyot*<sup>22</sup> kararı ile kabul edilmiş olup, eyalet mahkemeleri yasal zorunluluk olmadan, nezaketen ve isteğe bağlı olarak yabancı mahkeme kararını tanıyıp, tenfiz kararı vermektedirler<sup>23</sup>. Bu doktrine göre, adil ve usulüne uygun işlem ve yargılama ilkesini kabul eden yetkili yabancı mahkeme tarafından usulüne uygun olarak verilen kararlar tanınmalı ve tenfiz edilmelidir. Müşterek hukukta kabul edilen comity doktrini ve ilgili önemli davalar, milletlerarası usul hukukuna ilişkin derleme olarak kabul edeceğimiz üçüncü restatement'da yer almakta olup, restatement'lar Amerikan hukukunun önemli kay-

<sup>19</sup> Aynı görüş için bkz: Ekşi, s. 174-177.

<sup>20</sup> Ata Sakmar, Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul, 1982, s. 88; Nomer, s. 511-512; Doğan, s.111-112.

<sup>21</sup> Ronald A. Brand, The Continuing Evolution of U.S. Judgments Recognition Law, Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 2015-37, 2015, s. 4; Yusuf Çalışkan, Yabancı Mahkeme Kararlarının Amerikan Hukuku'nda Tanınması ve Tenfizi, E-Akademi Dergisi, Mart 2006, Sayı 49; Yuliya Zeynalova, The Law on Recognition and Enforcement of Foreign Judgment: Is it robken and How do we fix it?, 31 BERKELEY J. INT'L LAW, 150, (2013), s. 155-156.

<sup>22</sup> Hilton v. Guyot, 159. U.S. 113 (1895).

<sup>23</sup> Brand, s. 7.

naklarında. Zira müşterek hukuk sistemini kabul eden bu ülkede, *restatement*'lar müşterek hukukunun teoride ve pratikte nasıl uygulandığını göstermektedirler<sup>24</sup>.

Amerikan hukukunda, konu ile ilgili 1962 tarihli *Uniform Foreign Money Judgment Recognition Act* (Paraya İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasına Dair Yeknesak Kanun) ve 2005 tarihli *Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act* (Paraya İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasına Dair Yeknesak Kanun) çıkarılmıştır. Eyaletlerin bir çoğu, 1962 tarihli Yeknesak Kanunu aynen veya değiştirerek kabul etmiştir. 2005 tarihli kanun, 1962 tarihli kanun ile esaslı benzerlikler taşımakla beraber, bir takım yeni değişiklikler de getirmiştir<sup>25</sup>.

Altı çizilmesi gereken nokta, Amerikan hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, federal hukuktan ziyade eyalet hukuklarında düzenlenmiştir. Eyaletler, genellikle, 1962 veya 2005 tarihli yeknesak kanunları örnek alarak konuyla ilgili düzenlemeler yapmıştır. Düzenleme yapmayan eyaletler ise müşterek hukukta kabul edilen *comity* doktrinini uygulamaktadırlar.

### C. New York Eyalet Hukukunda

Federal hukuk alanında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda kanuni bir düzenleme bulunmamasından dolayı, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, hangi eyalette tenfiz isteniliyorsa, o eyaletin konuyla ilgili düzenlemesi uygulanacaktır<sup>26</sup>.

Çalışmamız kapsamında New York mahkemesi kararının, Türkiye'de tanınması ve tenfizi söz konusu olduğu için, New York eyaletinin konuyla ilgili yasal düzenlemelerinin incelenmesi ve buna göre, karşılıklılığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi bir zorunluluktur. *Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 14.5.1996* tarihinde verdiği bir kararında, yabancı ilamın verildiği Amerikan'ın Alabama eyaletinde Türk mahkemelerinden verilen ilamların tenfizini engelleyen veya mümkün kılan hukuki durumun araştırılması gerektiğini belirtip, araştırma yapılmadan verilen kararı bozmuştur<sup>27</sup>. Dolayısıyla, Alabama eyaleti gibi, Amerika Birleşik Devletleri'nin bir eyaleti olan New York eyaletinin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin hukuki düzenlemelerinin incelenmesi bir zorunluluktur.

New York eyaletinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda, New York Medeni Usul Kanunu ve Kurallarında (*New York Civil Practice*

<sup>24</sup> Yusuf Çalışkan, *Türk Tabiiyetinde olan Kişiler ile ilgili Davalar Işığında Amerikan Milletlerarası Yargılama Hukukundaki Bazı Temel Kavramlar*, TBB Dergisi, Sayı 62, 2006; Brand, s. 14.

<sup>25</sup> Zeynalova, s. 156-158; Brand, s. 20.

<sup>26</sup> David D. Siegel, *Conflicts*, 2nd Ed., West Nutshell Series, 2003, s. 342-343.

<sup>27</sup> *Yargıtay 2. HD, 1996/2955 E, 1996/5085 K, 14.5.1996*, [www.turkavukatlar.com/15953/birlesik-devletleri-dilekce-karsilikli-mutekabiliyet](http://www.turkavukatlar.com/15953/birlesik-devletleri-dilekce-karsilikli-mutekabiliyet), (çevrimiçi) 12.8.2015; Ekşi, s. 161.

Law and Rules, CPLR) özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu kanunun (CPLR) 53. maddesinde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin New York mahkemeleri tarafından yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır<sup>28</sup>.

Her yıl New York eyaletinin kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukukuna ilişkin genel düzenlemeleri ve mahkeme kararlarını içeren değerlendirilmelerin yer aldığı Syracuse Üniversitesi tarafından çıkarılan Syracuse Hukuk Dergisinde (Syracuse Law Review) de belirtildiği üzere, New York eyalet mahkemelerinin, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine bakış açısı lehte ve “liberal” dir. Diğer bir ifadeyle, New York eyaleti mahkemeleri, yabancı mahkeme kararlarına karşı pro-tenfizci bir yaklaşım içindedir<sup>29</sup>.

Vurgulanması gerekli önemli bir husus ise, New York eyalet hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, karşılıklılık şartının aranmıyor olmasıdır. 2012 yılında Prof. Dr. Ronald A. Brand tarafından yapılan “*Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*” adlı çalışmada belirtildiği üzere, genel olarak karşılıklılık ilkesi, Amerikan hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranmamaktadır. Bu çalışmada hangi eyalet düzenlemelerinde, karşılıklılık şartının arandığı belirtilmiştir. Buna göre, Florida, Idaho, Maine, North Carolina, Ohio ve Teksas eyaletleri, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde karşılıklılık şartını takdire bağlı bir şart olarak kabul etmişlerdir. Yalnızca Georgia ve Massachusetts eyaletleri, karşılıklılık şartını zorunlu bir şart olarak kabul etmişlerdir<sup>30</sup>. Dolayısıyla, belirtilen eyaletler haricindeki eyaletlerde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde karşılıklılık aranmamaktadır. New York eyaleti bu eyaletler arasında olmadığı gibi, yukarıda bahsedilen New York eyaletinin ilgili düzenlemesinde de karşılıklılık şartı yer almamaktadır<sup>31</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere, CPLR’ın 53. maddesinde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin New York mahkemeleri tarafından yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu madde de yer alan tenfiz şartları incelendiğinde, Türk hukukuyla benzer ve hatta Türk hukukundan daha hafif şartlar taşıdığı görülmektedir. New York eyalet düzenlemesi, 1962 tarihli Yeknesak Kanuna uygun olarak zorunlu ve takdiri olmak üzere iki grup halinde tenfize engel teşkil eden sebepleri hükme bağlamıştır. New York mahkemeleri, sadece aşağıdaki iki zorunlu şartın ol-

<sup>28</sup> David D. Siegel, Patrick M. Connors, New York Practice, Fifth Edition, 2015 Supplement, West Academic, 2015, s. 183; NY Code- Civil Practice Law and Rules: <http://codes.lp.findlaw.com/nycode/CVP>.

<sup>29</sup> Patricia Youngblood Reyhan, 2008-2009 Survey of New York Law, Conflict of Laws, Syracuse Law Review, 2010, 60 SYRLR 769, s. 772.

<sup>30</sup> Ronald A. Brand, Federal Judicial Center, International Litigation Guide, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, April 2012, s. 11.

<sup>31</sup> Trevor C. Hartley, International Commercial Litigation Text, Cases and Materials on Private International Law, Second Edition, Cambridge, 2015, s. 446-447; Brand, s. 11-12;

maması halinde yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizini reddedecektir<sup>32</sup>. Bu şartlar şu şekildedir;

- a. Yabancı mahkeme kararı, tarafsız ve adil yargılanma ilkesinin uygulanmadığı bir hukuk sistemi içerisinde verilmiş ise,
- b. Yabancı mahkeme davalı üzerinde yargı yetkisine sahip değilse, tenfiz reddedilir<sup>33</sup>.

CPLR 53. maddesinin 5304 sayılı bölümünde, aşağıda belirtilen şartlarda da mahkemenin yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizini reddetme imkanı tanınmıştır<sup>34</sup>. Söz konusu şartlar şu şekildedir;

- a. Yabancı mahkemenin dava konusu üzerinde yargı yetkisi yok ise,
- b. Yabancı mahkeme işlemlerine taraf davalı, yabancı mahkemede kendisini savunabilmesi için yeterli süre içerisinde işlemlerden haberdar edilmemiş ise,
- c. mahkeme kararı hile ile elde edilmiş ise,
- d. mahkeme kararının dayandığı dava sebebi, New York Eyaletinin kamu düzenine aykırı ise,
- e. mahkeme kararı başka bir nihai ve kesin mahkeme kararı ile çelişiyorsa,
- f. Yabancı mahkemede işlemler taraflar arasında dava konusu uyumsuzluğun mahkeme işlemlerinden başka bir yolla çözümlenmesine imkan veren bir anlaşmaya aykırı ise,
- g. Aslında yetkisiz olup, yalnızca şahsa tebliğ yapıldığından dolayı yetkili mahkeme olarak kabul edilmiş bir mahkemeden alınan yabancı ilamın tenfizi söz konusu ise,
- h. Yabancı mahkeme kararının dava sebebinin hakarete ilişkin olması ve yabancı mahkemenin yargılama sisteminin düşünce ve basın özgürlüğünün Amerikan Birleşik Devletleri ve New York hukukundan daha az koruyucu olması durumunda tenfiz reddedilebilir<sup>35</sup>.

#### D. Değerlendirme

Yukarıda belirtilen şartlar takdiri red sebebi olarak CPLR m. 53'de düzenlenmiştir. Bu şartlar ve zorunlu olan iki şart birlikte değerlendirildiğinde, New York eyalet hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranan şartlar ile

<sup>32</sup> David Stich, New York, Ed. Paul Hopkins, International Enforcement of Foreign Judgments, 2006, s. 496; Theodore Geiger, A Guide to Enforcing Foreign Court Money Judgments in New York State, 2015, s. 2-3.

<sup>33</sup> NY Code- Civil Practice Law and Rules: <http://codes.lp.findlaw.com/nycode/CVP>

<sup>34</sup> NY Code- Civil Practice Law and Rules: <http://codes.lp.findlaw.com/nycode/CVP>

<sup>35</sup> NY Code- Civil Practice Law and Rules: <http://codes.lp.findlaw.com/nycode/CVP>

Türk hukukunda (MÖHUK m. 54) aranan şartlar arasında benzerlik olduğu görülmektedir. Örneğin, Türkiye’de tenfizi istenen New York bölge mahkemesinin kararı tazminat alacağının talep edildiği bir alacak davası olduğunda, bu tür para alacaklarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi New York mahkemelerince yapılmaktadır. Zira CPLR’ın 53. maddesi, para alacaklarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin yapılması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, Türkiye ile New York eyaleti arasında kanuni mütekabiliyetin varlığı kabul edilmeli, New York eyaleti mahkemesi tarafından verilen mahkeme kararlarının Türk mahkemesince tenfizine izin verilmelidir.

Burada önemle vurgulamak gerekir ki, MÖHUK m. 54, anlamında kanuni mütekabiliyetin kabulü, fiili mütekabiliyetin gerçekleşmiş olması şartına bağlı değildir. Zira, 54. maddenin (a) bendinde belirtilen mütekabiliyet türleri arasında “veya” kelimesi kullanılmak suretiyle, her bir mütekabiliyet biçimine müstakil bir anlam verilmiştir. Dolayısıyla, somut olayda, sadece kanuni mütekabiliyetin gerçekleşmiş olması, mütekabiliyet şartının gerçekleşmesi bakımından yeterlidir<sup>36</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, kanuni ve ahdi mütekabiliyete rağmen, tenfize konu kararın verildiği ülkede benzer nitelikteki Türk mahkemesi kararlarının tenfizi reddedilmekte ise, 54. madde anlamında bir mütekabiliyetin kabulü mümkün değildir.

Fiili mütekabiliyet açısından, New York eyalet mahkemelerinin Türk mahkemesi kararlarını tenfiz edip etmeme açısından nasıl değerlendirdiğini örnekler vererek incelemek yerinde olacaktır. Fiili mütekabiliyetin olduğunu gösteren en önemli tenfiz kararı, New York eyaleti yüksek mahkemesinin 8 Haziran 2005 tarihinde verdiği, 601721/04 sayılı kararıdır<sup>37</sup>. Davanın konusu ise, davacı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun, Erol Aksoy’a karşı kazanmış olduğu, Türk mahkemesi kararının, New York eyaletinde, CPLR’ın 53. maddesi bağlamında tenfizine ilişkindir. Bu kararda New York mahkemesi, davacı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu lehinde ve davalı Erol Aksoy aleyhinde verilmiş olan İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2001/2026 sayı, 14 Nisan 2003 tarihli kararını CPLR’ın 53. maddesine uygun olarak tenfiz edilmesine karar vermiştir. Kararda, Türk mahkemesinin vermiş olduğu kararın madde 53 de belirtilen şartları taşıdığı özellikle vurgulanmıştır. Kararda ayrıca, 2003 tarihli *CIBC Mellon Trust Co / Mora Hotel Corp davasına* atıf yapılarak, CPLR kurallarının getiriliş sebebinin New York eyalet mahkemesi kararlarının da yurt dışında kolayca tenfiz edilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir.

<sup>36</sup> Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2013, Beşinci Baskı, s. 216, 224.

<sup>37</sup> Davaya ilişkin tüm belgelere, New York Eyaleti Yüksek Mahkemesinin web sayfasından ulaşılabilmektedir:

Supreme Court of the State of New York Country of New York, Saving Deposit Insurance Fund of Turkey (Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu / Erol Aksoy, Index No. 601721/04, <http://iapps.courts.state.ny.us/iscroll/SQLData.jsp?IndexNo=601721-2004#>

Fiili karşılıklılığın varlığını kabul eden ve Amerikan doktrini tarafından örnek dava olarak gösterilen bir diğer dava, *Byblos Bank Eur., S.A. / Sekerbank Türk Anonim Sirketi*, 885 N.E. 2 d 191, (2008), kararıdır. Her ne kadar bu davada, Türk mahkeme kararının tenfizi istenmemiş olmakla beraber, New York temyiz mahkemesi, Belçika mahkemesi kararının tenfizini, New York eyaleti kanununda yer alan yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile çelişmesi şartına aykırılıktan dolayı reddetmiştir. Bu kararda, Belçika mahkemesi kararıyla çelişen karar Türk mahkemesi kararıdır. Böylece, New York Temyiz mahkemesi, Türk mahkemesi kararını tanıyarak, Belçika mahkemesi kararının tenfizini reddetmiştir<sup>38</sup>.

Sonuç olarak şunu açıkça ifade etmek gerekir ki, Türk mahkemelerinin vermiş olduğu kararların, New York eyaletinde tenfiz edildiğine ilişkin hem kanuni hem de fiili karşılıklılık mevcuttur.

## II. 601721/04 Sayılı New York Eyaleti Yüksek Mahkemesi Kararı: TMSF (Savings Deposit Insurance Fund of The Republic of Turkey) / Erol Aksoy Tenfiz Kararı<sup>39</sup>

Dava konusu olayda, davacı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), 9.789.745 ABD dolarının davalı taraf Erol Aksoy tarafından ödeneceğine ilişkin Türk mahkemesi tarafından verilen kararının, CPLR'ın 53. maddesine göre tenfizini talep etmiştir. Dava sırasında, davacı TMSF, mahkemeden summary judgment (hızlı karar, özet karar) talebinde bulunmuştur<sup>40</sup>. Buna karşılık, davalı Erol Aksoy ise, davanın durdurulması talebinde bulunmuştur. Hakim Richard B. Lowe, III, dava konusu olaya ilişkin maddi vakıaların, önceki kararlarda tespit edildiğini belirttikten sonra, tarafların taleplerini değerlendirmiştir<sup>41</sup>.

Davacı TMSF, tenfizini istediği Türk mahkemesi kararının CPLR'ın 53.maddesinde belirtilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfiz edilmesi şartlarını taşıdığını iddia ederek, summary judgment (hızlı karar) verilmesini talep etmiştir. Buna karşılık, davalı Aksoy, söz konusu Türk mahkemesi kararının 53. maddedeki şartlardan herhangi birini taşımadığını iddia etmemiş, sadece maddi vakıaların hızlı karar verilmesine engel olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ise, aşağıda belirtilen sebeplerden dolayı, davacı TMSF'nin taleplerinin yerinde olduğuna karar vermiştir<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Ronald A. Brand, Federal Judicial Center, International Litigation Guide, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, April 2012, s. 23.

<sup>39</sup> Supreme Court of the State of New York Country of New York, Saving Deposit Insurance Fund of Turkey (Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu / Erol Aksoy, Index No. 601721/04, (TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı) <http://iapps.courts.state.ny.us/iscroll/SQLData.jsp?IndexNo=601721-2004#>

<sup>40</sup> Amerikan milletlerarası usul hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, hızlandırılmış yargılama usulü kuralları kabul edilmiştir. Dolayısıyla Amerikan mahkemeleri, duruşma yapmaksızın ve esasa girmeksizin summary judgment (hızlı karar, özet karar, müteferrik karar) verebilirler.

<sup>41</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 1.

<sup>42</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 1-2.

CPLR'nin 53. maddesi “temyiz aşamasında bulunmasına ya da temyiz yolu açık olmasına bakılmaksızın kesinleşmiş, nihai ve icrası mümkün yabancı mahkeme kararlarına” uygulanmaktadır. CPLR 5303. maddesinde, aynı kanunun 5304. maddesinde yer alan mahkeme kararının tanınmasına engel sebeplerden birinin bulunmaması durumunda, yabancı mahkeme kararının dava konusu edilerek tenfiz edilebileceği hükmü yer almaktadır. Ayrıca, mahkeme *CIBC Mellon Trust Co-Mora Motel Corp. N.V.* kararına somut uyuşmazlıkta atıfta bulunmuştur. Bu karara göre, yabancı mahkeme kararının tenfizi talebinde, ilamlı alacaklı, mahkemeden ilamlı borçlu hakkında yeni bir talepte bulunmamakta, sadece mahkemeden yabancı para alacağına ilişkin kararın tanınmasını ve yabancı mahkeme kararının New York'ta icra edilebilir bir New York mahkemesi kararı olmasını talep etmektedir<sup>43</sup>.

Tenfizi istenen Türk mahkemesi kararının 53. madde gereğince tanınması gerektiği ve tanınmaması için herhangi bir sebebin bulunmadığı 2004 tarihindeki kararda ifade edilmiştir. Bununla birlikte, davalı Erol Aksoy, 53. maddedeki şartların yerine getirilmemiş olduğunu ispat edememiştir. Aksoy, bu maddedeki şartların yerine getirilmediğinden ziyade, Türkiye'deki mal varlığının dava konusu ilamlı alacağı karşılamaya yeterli olduğunu ve mal varlığının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından çıkartılmış olan yaklaşık 750 milyon ABD doları tutarındaki ödeme emirleri dolayısıyla, TMSF tarafından haczedilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenle, TMSF'nin Aksoy'un dava konusu alacağının ödenmesine yetecek miktarda bir mal varlığının Türkiye'de bulunmadığı iddiasının, hızlı karar verilmesini engelleyen bir maddi vakıa olduğu davalı tarafından iddia edilmiştir. Ayrıca, Erol Aksoy, Türkiye'de ödeme emirlerinin geçerliliği ve miktarına ilişkin yapmış oldukları itirazlara ilişkin sürecin Türk mahkemelerinde devam ettiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, davalı, Türk mahkemelerince ödeme emirlerinin geçerli olmadığına karar verilmesi veya TMSF tarafından haksız yere yüksek miktarda para tahsil edildiğinin karara bağlanması durumunda, Türk hükümetinin kendisine karşı sorumlu olacağını ve TMSF tarafından haczedilmiş mal varlığının, dava konusu Türk mahkemesi kararının icrasında kullanılabileceğini iddia etmiştir. Bu nedenlerle Aksoy, Türk mahkemesi kararının New York Mahkemesince tenfizine karar verilmesinin gereksiz olduğunu ileri sürmüştür<sup>44</sup>.

Mahkeme, yukarıda atıf yapmış olduğu *CIBC Mellon Trust Co. kararına* tekrar gönderme yaparak, kendisinden sadece yabancı para alacağının ilamına ilişkin kararı tanıyıp, bu kararı icra edilebilir New York mahkemesi kararına dönüştürmesinin talep edildiğini, Aksoy'un iddia ettiği, ödeme emirlerine ilişkin davanın, bu davayla ilgisinin olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, mahkeme, Erol Aksoy tarafından iddia edilen hususların, Türk mahkemesi kararının tenfizini engellemesi gerektiğine ilişkin herhangi bir hukuki görüş sunmadığını da tespit etmiştir. Kısaca, Erol Aksoy, New York

<sup>43</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 2.

<sup>44</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 2-3.

dışında mal varlığı bulunsa dahi, tenfiz davasının hukuka aykırı olduğunu ispat edememiştir. Ayrıca, Aksoy, davacı TMSF'nin alacağını iki kez tahsil edeceğine ilişkin bir delil sunmamıştır. Aynı zamanda Türkiye'deki davada ortaya çıkacak sonucun bu davada hızlı kararın reddine sebep teşkil edeceği yönündeki iddiasını destekleyecek bir hukuki görüş davalı tarafından mahkemeye sunulmamıştır. Bu nedenle, davalı, TMSF'nin haklı olduğu iddiaların aksini ispat edemediği gibi, herhangi bir maddi vakıada ileri sürememiştir<sup>45</sup>.

Erol Aksoy, ayrıca, TMSF'nin tenfize konu olan ilamlı alacak için bir para cezası veya akdi faiz talebinde bulunamayacağını iddia etmiştir. Zira dava dilekçesinde TMSF "Aksoy aleyhinde faizi ile birlikte 9.789.745 ABD dolarına hükmedilmesini talep etmiştir.". Ancak, TMSF, hızlı karar (*summary judgment*) talebinde ise, dava konusu olan Türk mahkemesinin kararında belirtilen ana tutarı ve bunun yanında yabancı mahkeme kararının tenfizinde belirtilen faiz ve diğer masrafların tahsilini talep etmiştir. TMSF'nin sunmuş olduğu belgeler ve tenfizi istenen Türk mahkemesi kararına göre, talep şu kalemlerden oluşmaktadır: 49.000 ABD doları ana kredi faizi; 10.2 Milyon ABD doları akdi faiz; taraflarca 3.1 ve 3.3 milyon ABD dolarına teka-bül ettiği iddia edilen 4.348.901.474.336 Türk lirası para cezası, 26.572.253.685 Türk Lirası vekalet ücreti ve bunlardan düşülecek olan önceden tahsil edilen 158.000 Amerikan Dolarıdır<sup>46</sup>.

TMSF verdiği cevap dilekçesinde, 3.1 milyon ABD doları tutarındaki para cezası ile 10.2 milyon ABD doları tutarındaki akdi faiz taleplerini geri aldığı beyan etmiştir. TMSF, dilekçesinde, eğer hızlı karar talebi kabul edilirse, bu ilave tutarlarının New York'ta tahsili yoluna gidilmeyeceğini ifade etmiştir. Bu nedenle, Aksoy, TMSF'nin ilk bakışta haklı görünen talebinin aksini ispat edememiş ve hızlı karar talebinin reddini gerektirecek maddi bir vakıayı ileri sürememiştir. Bunun yanında, aşağıda belirtilen nedenlerle, davalı Aksoy CPLR madde 2221 veya 2201 uyarınca, davanın durdurulması talebini haklı kılacak delil sunamamıştır. Bu nedenle, Aksoy'un TMSF'nin önceden talep ettiği para cezası ve akdi faiz talebine ilişkin iddiaları, TMSF'nin bu taleplerden vazgeçmiş olması nedeniyle, artık herhangi bir öneme haiz olmayıp, davayla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır<sup>47</sup>.

Aksoy'un bu davada yeniden yapmış olduğu davayı durdurma talebi aşağıdaki iddialara dayanmaktaydı: TMSF'nin 3.1 milyon ABD doları tutarındaki para cezasına ve 10.2 milyon ABD doları tutarındaki akdi faiz talebine; TMSF'nin Türkiye'de Aksoy'a ait mal varlıkları üzerindeki rehni kaldırmadığı iddiasına; TMSF'nin ilamlı alacağını Türkiye'de tahsil edebilecek olması dolayısıyla, tenfiz davasının gereksiz olduğu iddiasına ve Aksoy'un Türkiye'de ödeme emirlerine karşı açmış olduğu davanın,

<sup>45</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 3.

<sup>46</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 3-4.

<sup>47</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 4.



kendisinin Türkiye'deki mal varlığının Türk mahkemesi kararında belirtilen borcun ödenmesi için yetebileceği şeklindeydi<sup>48</sup>.

CPLR'nin 2221 (e) maddesi yeniden yapılacak davanın durdurulması taleplerinde;

“1. Bu durumun açıkça belirtilmesi,

2. Önceki talepte yer almayan ve önceki tespitleri değiştirebilecek nitelikte yeni maddi vakıalara dayanılması ya da kanunda önceki tespitlerde değişikliğe gidilmesini gerektirecek bir değişikliğin yapılmış olması,

3. Önceki talepte ilgili maddi vakıaların gösterilememe sebeplerinin makul bir gerekçeye dayanması gerekmektedir.”<sup>49</sup>

TMSF'nin 3.1. milyon ABD doları tutarındaki para cezasına ve 10.2 milyon ABD doları tutarındaki akdi faiz talebini geri çekmiş olması, bu yeni maddi vakıaları, mesnetsiz hale getirmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, TMSF'nin Türkiye'de Erol Aksoy'a ait mal varlığı üzerindeki rehni kaldırmadığı iddiası ve dolayısıyla TMSF'nin tenfize konu Türk mahkemesi kararında hükmedilen alacağını Türkiye'de tahsil yoluna gidebileceği iddiası, bu dava ile ilgili olmadığından, önceki tespitlerde bir değişikliğe gidilmesini gerektirecek yeni bir maddi vakıa oluşturmamaktadır. Bunun yanında, Aksoy'un Türkiye'de ödeme emirleri hakkında açmış olduğu davalar 11 Kasım 2011 tarihinden itibaren diğer bir ifadeyle, Aksoy'un bu davanın durdurulması talebinden çok öncesinden beri devam etmektedir. Belirtilen bu nedenlerle, Aksoy, CPLR'nin 2221 maddesi gereğince davanın durdurulmasını yenileme hakkının bulunduğunu ispat edememiştir<sup>50</sup>.

Bunun yanında mahkeme, CPLR madde 2201'de “mahkemenin uygun davalarda, haklı görmesi halinde davanın durdurulması kararını verebileceği” hükmüne göre de, Aksoy'un davanın durdurulması talebinin kabul edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>51</sup>.

Aksoy, TMSF'nin Türkiye'de kendisine ait mal varlıklarını dondurduğunu, dolayısıyla, bu durumun ilamlı borcunu ödeme kabiliyetini ortadan kaldırdığını ve bu nedenle TMSF'nin New York kanunları uyarınca ilamı alacağı için faiz işletilmesi talebinde bulunamayacağını iddia etmiştir. Ancak, söz konusu karar, Türkiye'de 14 Nisan 2003 tarihinde alınmıştır ve bu tarihten sonra Aksoy, Park Avenue bankasındaki hisselerini elden çıkartıp borcunu ödeyebilecek durumda olmasına rağmen bunu yapmamıştır. Dolayısıyla, ilamlı borcun kapatılmasında kullanılabilir Türk-

<sup>48</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 4.

<sup>49</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 4.

<sup>50</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 5.

<sup>51</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 5.

kiye dışında mal varlığına sahip olması nedeniyle, Aksoy'un iddiaları mesnetsiz kalmaktadır. Bu nedenlerle, Aksoy'un karşı talebi reddedilmiştir<sup>52</sup>.

Dava konusu Türk Mahkeme kararında hükmedilen alacak 9.789.745 ABD doları anapara borcu, 48.997 ABD doları faiz, 26.572.253.685 Türk Lirası vekâlet ücreti, daha önceden tahsil edilen 158.222 ABD dolarından oluşmaktadır<sup>53</sup>.

Yukarıda belirtilen nedenlerle,

Davacı tarafın talebinin kabulüne ve yerinde görülecek hesap pusulalarının sunulması üzerine zabıt katipliğince belirlenecek masraf ve giderler ile zabıt katipliği tarafından hesaplanmak üzere, 14 Nisan 2003 tarihinden kararın çıkarıldığı tarihe kadar kanunen tanınmış yıllık % 9 sonrasında ise yasal faiz oranı üzerinden hesaplanacak faiziyle birlikte, davacı taraf lehine ve davalı taraf aleyhine 9.680.520 ABD doları artı 26.572.253.685 Türk Lirasının kayıtlara alınması yönünde zabıt katipliğine talimat verilmesine ve davalı tarafın davanın durdurulması talebinin reddine karar verilmiştir<sup>54</sup>.

## SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalardan açıkça anlaşılacağı üzere, New York Eyalet hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde karşılıklılık şartı aranmamaktadır. Önemle belirtmek gerekirse, Amerika Birleşik Devletlerinde sadece sekiz eyalette, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, karşılıklılık şartı aranmaktadır<sup>55</sup>. Ayrıca, CPLR m. 53'de yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aranan şartlar ile Türk hukukunda aranan şartlar arasında bir benzerlik olduğu, hatta New York eyalet hukuku düzenlemesinin daha hafif şartlar öngördüğü açıkça anlaşılmaktadır.

Buna ilaveten, TMSF'nin Erol Aksoy'a karşı kazanmış olduğu İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen kararın tenfizine ilişkin davada, New York eyaleti yüksek mahkemesi 601721/04 sayılı kararı ile Türk mahkemesinin vermiş olduğu kararın tenfizini kabul etmiştir. Bu durum, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi açısından Türkiye ile New York eyaleti arasında fiili mütekelibiyetin bulunduğunu açıkça göstermektedir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 54/a anlamında yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfizinde aranan Türkiye ile kararın verildiği ülke arasında karşılıklılık bulunmalıdır şartı gerçekleşmiş olup, Türkiye ile New York eyaleti arasında mahkeme kararlarının tenfizi açısından hem kanuni hem de fiili karşılıklılığın bulunmakta olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

<sup>52</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 5.

<sup>53</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 5-6.

<sup>54</sup> TMSF / Erol Aksoy Tenfiz Kararı, s. 6.

<sup>55</sup> Brand, s. 21.

# ALMAN TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA GİZLİ ORTAKLIK

(Silent Partnership According To German Commercial Code)

Av. Rifat CANKAT

## ÖZET

Türk ve İsviçre Hukuklarının aksine Alman Hukukunda gizli ortaklık yasa ile düzenlenmiştir. Alman Ticaret Kanunu, m. 230 ile 236 arasında gizli ortaklığın temel özelliklerine yer vermiştir. Bu hükümlere göre gizli ortaklık, bir tarafını işletmeyi yöneten işletme sahibinin, diğer tarafını ise bu işletmeye belli bir sermaye koyan ve karşılığında bazı beklentileri olan gizli ortağın oluşturduğu bir sözleşme ilişkisi, adi ortaklığın özel bir türüdür.

**Anahtar kelimeler:** Alman Ticaret Kanunu, Gizli Ortaklık, Gizli Ortak, Adi Ortaklık, Ortaklık

## *Abstract*

Silent (or dormant) partnership is regulated explicitly by the law in the German law system, unlike in Turkish and Swiss Laws. German Commercial Code features in between § 230 and § 236 the fundamental characteristics of the silent partnership. According to these provisions, silent partnership is a subgenre of the simple partnership; a contractual relationship in which the parties are on one hand the owner who runs the operations of the commercial enterprise and on the other hand the silent partner who makes a contribution of property in order to gain some expectancy relating to profit of the mercantile trade carried out by the owner.

**Keywords:** German Commercial Code, Silent Partnership, Dormant Partnership, Silent Partner, Simple Partnership

## GİRİŞ

Ticaret hayatının kapsamının ziyadesiyle geniş ve sunduğu neticelerin neredeyse sonsuz olduğu, kimsenin yadsıyamayacağı bir gerçektir. Olayların çeşitliliği kadar ticaret yapan kimselerin bu çeşitliliğe cevap olarak geliştirdikleri hamle çokluğu da bütün ihtimallerin düzenlenmesini olanaksız kılmaktadır. Kurumlarda detaya indik-

çe kendisini hissettiren bu imkânsızlığın yüzeyinde ise şirketler hukukunun temel bir bilgisi adeta bilinmeyene karşı bir güvence, bir kalkan olarak karşımıza çıkar. Bu, güçlü ve sağlam ticaretin çoğu zaman ortaklıklar hâlinde yapılabileceği gerçeğidir.

Ortaklık hâlinde hareket etme gereksiniminin bir sonucu olarak ulusal ve uluslararası düzenlemeler ticaret hukuku çerçevesinde kendini göstermiştir; ancak düzenleme isteği ile tüm ihtimallerin düzenlenemeyeceği gerçeği arasındaki çatışma ikincisi lehine sonuçlanmış ve sözleşme özgürlüğü ortaklıklar hukuku kapsamında da varlığını korumaya devam etmiştir. Bu özgürlüğün kendini en fazla hissettirdiği kurum ise adi ortaklık olmaktadır.

Adi ortaklık, birlikte iş yapmak isteyen kimselere üzerinde anlaşabilecekleri bir zemin yaratma imkânı sunmaktadır. Bu zemini arayanların bir kısmının hedefi malvarlıklarını değerlendirebilecekleri ancak kimliklerini ön plana sürmeden iş yapabilecekleri bir ortam bulmakken, bir kısmının hedefi ise işletmelerine kaynak yaratmak ancak yönetimde ve görünürde ellerindeki gücü paylaşmadan devam edebilmektir. İşte bu sayılanlar ve benzeri hedeflerle yola çıkanlar kendilerine “gizli ortaklık” adı verilen ortaklık rejimini uygun görmekte ve bu şemsiye altında ticaret hayatına katılmaktadırlar.

Çalışmamızın konusu olan gizli ortaklık, ticarete yabana atılmaması gereken bir ihtimali, gizli kalma gereksinimini tatmin eden kurumlardan biridir. Her ne kadar Türk ve İsviçre kanun koyucularının iradesi mevcut hukuki düzenlemeler arasında gizli ortaklığa açıkça yer vermemek şeklinde gelişmişse de gizli ortaklık mevcuttur ve aktif olarak kullanılmaktadır.

Almanya’da ise gizli ortaklık Alman Ticaret Kanunu (**HGB**) ile § 230 – 236 arasında düzenlenmiştir. Bu farklılık sebebiyle çalışmamızın başlığı *Alman Ticaret Kanununda Gizli Ortaklık (Die stille Gesellschaft)* olarak seçilmiştir. Hedefimiz, Alman hukukunun konu ile ilgili maddelerinin incelemesine yer vererek bu maddelerin açık hüküm içermeyen Türk hukuku için yol gösterici görevini yerine getirmesini sağlamaktır. Bu hedefe yönelik olarak çalışmamızda, ilk olarak gizli ortaklığın kurucu unsurları ve bu unsurların yokluğunun hukuki etkileri tartışılacaktır. İkinci olarak HGB’de yapılan tip düzenlemeden sözleşme özgürlüğü kapsamında ayrılan gizli ortaklık uygulamaları paylaşılacak ve gizli ortaklığın çeşitli tipleri ile bu çeşitliliğin getirdiği sorunlar incelenecektir. Üçüncü olarak ortakların bu ortaklık tiplerinde hak ve borçlarının ne şekilde olduğu belirtildikten sonra, gizli ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesinde karşılaşılan özel durumlara değinilecektir.

## I. Gizli Ortaklığın Unsurları

Gizli ortaklığın, bir adi ortaklık tipi olduğu kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Bu sebeple, adi ortaklığın unsurlarının gizli ortaklıkta da bulunuyor olması bu aidiyetin doğal sonucudur.

Adi ortaklığın doktrinde ifade edilen unsurları ise şu şekildedir<sup>2</sup>:

- Kişi unsuru,
- Sözleşme unsuru,
- Sermaye unsuru,
- Ortak amaç unsuru,
- Affectio societatis.

Bu sayılanlar dışında HGB § 230'dan kaynaklanan başka bir unsur daha vardır ki o da ticari işletme unsurudur<sup>3</sup>.

### A. Ticari İşletme Unsuru

HGB § 230 hükmü aşağıdaki şekildedir<sup>4</sup>:

*“Bir başkasının işletmekte olduğu ticari işletmeye gizli ortak olarak bir sermaye payıyla katılan kimse, bu payı ticari işletme sahibinin malvarlığına girecek şekilde ifa etmek zorundadır.*

*İşletmede gerçekleştirilen işlemler dolayısıyla işletme sahibi tek başına hak iktisap eder ve yükümlülük altına girer.”*

Bu tanımdan yola çıkan doktrin HGB anlamında bir gizli ortaklığın varlığından söz edebilmek için gizli ortağın ticari işletmeye katılıyor olmasını aramaktadır<sup>5</sup>; şayet aktif ortak, yani işletme sahibi, bir ticari işletme işletiyor değilse ya da gizli ortağın katılımı işletilen ticari işletmeye yönelik değilse burada sadece Medeni Kanun anlamında bir iç ortaklıktan bahsedilebilecektir<sup>6</sup>. **Schmidt**, ticari işletme işletilmediği

<sup>1</sup> MünchHdb/Keul, § 72, Nr. 16; EBJS/Gehrlein, § 230, Nr. 3; GroßKommHGB/Zutt, § 230, Nr. 9; Oetker/Schubert HGB, § 230, Nr. 1; Barlas, s. 177 vd.

<sup>2</sup> Karahan/Akın, s. 32; Pulaşlı, Genel Esaslar, s. 12; Pulaşlı, Şerh, s. 20; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 42.

<sup>3</sup> Bazı yazarlar (Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1844) gizli ortağın kazanca katılımını da gizli ortaklığın bir unsuru olarak ele almış bulunsalar da biz kazanç ve zarara katılımı herhangi bir ortaklık rejiminde dikkate alınması gereken ve daha ziyade tarafların hak ve borçları ile alakalı bir husus olarak kabul ediyoruz.

<sup>4</sup> Çeviri için bkz. Barlas, s. 181.

<sup>5</sup> Otto, s. 12.

<sup>6</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1841; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 19; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 11.

hâllerde BGB anlamında bir iç ortaklık mevcut bulunsa da 230. maddenin kıyas yoluyla uygulanma imkânı bulacağına da işaret etmektedir<sup>7</sup>.

Türk hukukunda ise gizli ortaklığın varlığı için ticari işletme işletmesi şeklinde bir şart aranmamaktadır<sup>8</sup>. Gerçekten de hukukumuzda, Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş bir gizli ortaklık kurumu Alman hukukuna benzer şekilde var olmadığından TBK'nın adi ortaklık hükümleri ile temellendirilen bir kurumu ticari işletme işleten ve işletmeyenler şeklinde ikiye ayırmak mantıklı bir hareket biçimi olmayacaktır<sup>9</sup>.

Ticari işletme unsurunun sağlanması için, gizli ortaklık sözleşmesinin yapıldığı sırada fiilen işletilen bir işletmenin bulunmasına gerek yoktur. Tarafların iradelerinin aktif ortakça işletilecek olan ticari işletmeye gizli ortağın katılımı şeklinde somutlaşmış olması yeterlidir<sup>10</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki bu durumda HGB anlamında bir gizli ortaklığın işletmenin faaliyete geçmesi ile kurulacağını, o zamana kadar ortada BGB anlamında bir gizli ortaklık bulunduğunu ifade eden yazarlar da mevcuttur<sup>11</sup>.

## B. Kişi Unsuru

Gizli ortaklık sözleşmesinin tarafları, § 230/I hükmünden anlaşıldığı üzere, işletme sahibi olarak ifade edilmiş olan aktif ortak ile işletme sahibinin ticari işletmesine katılan gizli ortaktır.

### 1. İşletme Sahibi

İşletme sahibi, isminden kolaylıkla anlaşılabilirliği üzere, ticari işletme işletmesi gereken kişidir<sup>12</sup>, yani her halükârda tacir sıfatını haiz olacaktır<sup>13</sup>. İşletme sahibinin tacir sıfatını taşıdığı sürece gerçek kişi ya da tüzel kişi olması arasında bir fark yoktur, iki türdeki kişiler de işletme sahibi sıfatıyla gizli ortaklığa katılabilecektir<sup>14</sup>. Ayrıca tüzel kişiliği haiz olmayan bazı toplulukların da işletme işlettikleri ölçüde gizli ortaklık sözleşmesine taraf olması mümkündür; bu türdeki topluluklara örnek olarak miras

<sup>7</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1841.

<sup>8</sup> Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 41 vd.

<sup>9</sup> Bilgili, s. 67.

<sup>10</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 35.

<sup>11</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 35'ten naklen Paulick/Blaurock s. 63 vd.

<sup>12</sup> MünchHdb/Keul, § 75 Nr. 1; Oetker/Schubert HGB, § 230 Nr. 10; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 35.

<sup>13</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 35; Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1842; Peter, s. 177.

<sup>14</sup> Sudhoff, s. 39; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 35; MünchKommHGB/Schmidt § 230 Nr. 6 & 27.

ortaklığı<sup>15</sup> ya da elbirliği mülkiyetinin<sup>16</sup> kendisini gösterdiği başka bir ortaklık türü olan adi ortaklık örnek gösterilebilir. Ancak doğası gereği bir gizli ortaklık, başka bir gizli ortaklığa işletme sahibi sıfatıyla katılamayacaktır<sup>17</sup>, zira işletme işleten bir gizli ortaklık mümkün değildir; işletme hukuk düzleminde her hâlükârda aktif ortakça işletilecektir.

Ticaret şirketlerinin işletme sahibi olması kural olarak mümkün iken, hatta ticari hayatının başında ön şirket aşamasında iken bile gizli ortaklığa bu şekilde katılabilecek iken<sup>18</sup>, tasfiye aşamasındaki bir ortaklık yeni bir gizli ortaklık kurulumuna amacındaki uyumsuzluk itibarıyla katılamayacaktır.

## 2. Gizli Ortak

Gizli ortak olabilecek kişilerin listesi de en az işletme sahibi olarak ortaklığa katılabilecek kişilerin listesi kadar geniş ele alınmıştır. Bu doğrultuda, hak ve borçlara ehil olan kimseler kural olarak gizli ortak olabilecektir<sup>19</sup>. Bu sebeple gerçek ve tüzel kişiler kadar kollektif ve komandit şirketler de<sup>20</sup> gizli ortak sıfatı kazanabilmektedir.

Ancak bir gizli ortaklık, başka bir gizli ortaklığa katılamayacaktır<sup>21</sup>; çünkü iç ilişkide işletme sahibi ile bir sözleşmenin taraflarını teşkil edebilecek olan sadece ilk gizli ortaklığın işletme sahibidir ve bu ilişki hukuken gizli ortaklığa gizli ortak sıfatını kazandırmaz.

Burada ele alınması gereken bir durum da Alman doktrininde kendisine geniş yer bulmuş olan ve uygulamada da sıkça karşılaşılan, işletme sahibi olan tüzel kişinin (daha doğrusu ortaklığın) ortaklarının bu tüzel kişilik ile gizli ortaklık kurması hususudur. Alman doktrinince geçerli kabul edilen bu durumun<sup>22</sup> daha iyi anlaşılması için bir örnek vermeyi yerinde buluyoruz:

X Şirketi, bir kollektif şirkettir ve ticari işletme işletmektedir. X Şirketinin ortaklarından biri olan B ise, X Şirketi ile bir gizli ortaklık sözleşmesi akdetmekte ve bu şirketin işlettiği ticari işletmenin faaliyetlerinin kazançlarına gizli ortak olarak katılmaktadır. İşte bu durum, Alman hukukunda geçerli kabul edildiği gibi, atipik gizli ortaklıkların en önemli türlerinden biri olarak kabul edilmektedir.

<sup>15</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1842.

<sup>16</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 39.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 27.

<sup>19</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 40; Peter, s. 177; SchlegelbergerHGB/Schlegelberger, § 335 Nr. 4.

<sup>20</sup> Bu şirket türlerinin Alman hukukunda tüzel kişiliği bulunmamaktadır.

<sup>21</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 41.

<sup>22</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 35; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 42.

### 3. İkidenden Fazla Sayıda Ortak Bulunması

Bilindiği üzere adi ortaklık ilişkisi en az iki kişiyi gerektirse de kural olarak kişi sayısına bir sınır getirilmiş değildir ve genellikle ikiden fazla kişinin katılımı ile karşılaşılmaktadır. Bundan farklı olarak gizli ortaklık, esasen iki tarafı bir ortaklık ilişkisi olarak tasavvur edilmektedir<sup>23</sup>. Ancak buna rağmen doktrinde ikiden fazla kişinin gizli ortaklık ilişkisine taraf olabileceği kabul edilmektedir. İkidenden fazla kişinin ortaklık ilişkisine taraf olması işletme sahibi ya da gizli ortak taraflarında birden fazla kişinin mevcut bulunması anlamına gelmektedir ve bu iki husus ayrı ayrı incelenmelidir.

#### a. Çok sayıda gizli ortak

Çok sayıda gizli ortağın ortaklık ilişkisinde bulunması üç şekilde gerçekleşebilir<sup>24</sup>. Bunlardan ilki bir işletme sahibinin gizli ortaklar ile ayrı ayrı gizli ortaklık ilişkisi kurmasıdır. Burada hukuki işlem iki tarafı olarak kalmakta; ancak bir ticari işletme üzerinde birden fazla sayıda gizli ortaklık mevcudiyet göstermektedir. İkinci olarak gizli ortakların kendi aralarında bir ortaklık kurması<sup>25</sup> ve bu ortaklığın kişiliğinde işletme sahibi ile sözleşme yapmaları ihtimali akla gelmektedir; bu durumda da ilk duruma benzer şekilde hukuki işlem iki tarafı olarak kalmaya devam edecektir.

Asıl inceleme konusu yapılması gereken ise tek bir gizli ortaklık sözleşmesi çerçevesinde bir işletme sahibinin ve birden fazla gizli ortağın bulunup bulunamayacağıdır. Burada fark edilen özellik, klasik anlamda (iki tarafı) bir sözleşme ilişkisinden uzaklaşıp<sup>26</sup> ortaklık ilişkisi olma özelliği ön plana çıkan bir hukuki işleme vücut veriliyor olmasıdır. Mevcut durumda bu yöndeki anlaşmaların da geçerli bir gizli ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilebileceği ve bu atipik durumun temelde HGB § 230 vd. hükümlerine göre ele alınacağı kabul edilmektedir. Ancak burada işlem tarafının ikiden fazla olması ve ortaklık yapısının ön plana çıkması sebebiyle ortaklıktan çıkma ve çıkarılma gibi kurumların söz konusu olabileceği ve bu durumda BGB'nin ilgili maddelerinin uygulanacağı ifade edilmektedir<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 83; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 45.

<sup>24</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 44; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 83.

<sup>25</sup> Bu ortaklığın gizli ortaklık olup olamayacağı, gizli ortakların kendi aralarında kurdukları bir gizli ortaklığın görünen ortağının daha sonra gizli ortaklık kurup kuramayacağı sorulabilir. Ancak burada iki noktaya dikkat edilmesi gerekir. Birincisi, gizli ortaklığın görünen ortağının akdedeceği sözleşmede sadece ilk gizli ortaklıktaki görünen ortak gizli ortak sıfatını taşıyacaktır. Dikkat edilmesi gereken ikinci nokta ise, ticari işletme unsurunun yokluğunda ilk gizli ortaklığın HGB hükümleri anlamında bir gizli ortaklık niteliği göstermeyeceğidir.

<sup>26</sup> Sözleşmelerin iki tarafı olması asıl ise de ikiden fazla kişinin irade beyanıyla kurulan şirket sözleşmesine de Borçlar Kanununun sözleşmelerle ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Oğuzman/Barlas, s. 156.

<sup>27</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 50.



## b. Çok sayıda işletme sahibi

Bir işletmenin birden çok sahibi olması esasen bir sorun teşkil etmeyecektir; zira gizli ortaklık ilişkisi yine iki taraftan ibaret olacaktır: bir işletmenin sahibi olan kişiler ile gizli ortak(lar). Tartışma gerektiren husus ise, bir gizli ortaklık ilişkisine farklı ticari işletmeler işleten birden fazla ticari işletme sahibinin katılıp katılamayacağıdır. **Zutt**, Alman doktrininde bu sorunun pek az ele alındığını, ancak bu yönde bir gizli ortaklığın genel ilkeler dâhilinde mümkün olduğunu ifade etmektedir<sup>28</sup>. Özellikle faaliyetin çeşitli işletmelere bölüdüğü durumlarda bu şekilde bir gizli ortaklık sözleşmesinin mantıklı olacağı kabul edilmelidir.

## C. Sözleşme Unsuru

Gizli ortaklığın varlığı, işletme sahibi ortak ile gizli ortak arasında gerçekleştirilmiş bulunan bir sözleşmenin varlığına bağlıdır<sup>29</sup>. Bu sözleşmenin BGB § 705<sup>30</sup> anlamında bir ortaklık sözleşmesi olduğu doktrinde kabul edilmiş vaziyettedir<sup>31</sup>. Bununla birlikte taşıdığı kredi fonksiyonu ve ödünç sözleşmesine yakınlığı itibarıyla aynı zamanda klasik bir borçlar hukuku sözleşmesi özelliği de taşımaktadır<sup>32</sup>.

Bir adi ortaklık türü olan gizli ortaklığın sözleşmesi, Kanunda bu yönde bir hüküm bulunmadığından herhangi bir şekilde tabi değildir ve hatta zımnî olarak da gerçekleştirilebilir<sup>33</sup>. Ancak elbette ki gizli ortağın sermaye borcu şekilde bağlı bir devrin gerçekleştirilmesini gerektiriyorsa bu ihtimalde gizli ortaklık sözleşmesinin de o şekilde uygun olarak yapılması gerekecektir<sup>34</sup>.

Sözleşmenin içeriği ile ilgili olarak taraflar geniş bir sözleşme serbestisinden yararlanmaktadırlar; zira HGB § 230 vd. hükümlerinde ya da kıyasen uygulanan BGB § 705 vd. hükümlerinde emredici karaktere seyrek olarak rastlanmaktadır<sup>35</sup>.

## D. Sermaye Unsuru

Ticari işletme sahibinin, gizli ortaklık sözleşmesi ile ticari işletmesini ortaklık

<sup>28</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 51.

<sup>29</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 44 & 53.

<sup>30</sup> Bu maddenin Türk hukukundaki karşılığı olarak TBK m. 620 gösterilebilir.

<sup>31</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 36; **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 54.

<sup>32</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 54. Bu duruma örnek olarak gizli ortağın kâra katılımının alacak hakkı şeklinde gözükmeye verilebilir.

<sup>33</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 36; **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 56; **Otto**, s. 13; **SchlegelbergerHGB/Schlegelberger**, § 335 Nr. 27; **Sudhoff**, s. 38.

<sup>34</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 56; **Otto**, s. 13.

<sup>35</sup> Bu hükümlerin bir listesi için bkz. **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 66; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 72.

menfaatlerini gözeterek işletmek borcu altına girdiği<sup>36</sup> ve gizli ortağın ise buna karşılık olarak bir sermaye payını işletme sahibinin mülkiyetine geçirdiği (HGB §230) bilinmektedir.

Kanunda gizli ortağın borcu olarak sermaye payından bahsedilmiş ise de doktrin burada ifade edilmek istenenin bilançoda gösterilebilir<sup>37</sup>, yani ekonomik değer taşıyan<sup>38</sup> bir malvarlığı değerinin işletme sahibinin malvarlığına geçirilmesi olduğunu kabul etmektedir. Yani söz konusu olan, gizli ortağın edimi ile bir sermaye oluşturulması değil, bu katılım payı ile işletme sahibi ortağın aktifinin artırılmasıdır.

Bu değer gizli ortak tarafından temlik edilmesi gibi, bu borcun üçüncü kişiler tarafından ifa edilmesi de kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Her ne kadar hükmün lafzı bu durumu engeller gözüğe de anlatılmak istenenin sermaye koyma borcunun bulunması zorunluluğu olduğu, yoksa ifanın gizli ortak tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Bu kabulün bir sonucu olarak borcu ifa edecek üçüncü kişinin diğer ortak (işletme sahibi) olması ve bu borcun ifasının işletme sahibince gizli ortağı hedef alan bir bağışlama işlemi ile birlikte gerçekleştirilmesi de hukuken kabul edilmektedir<sup>40</sup>.

Bunun dışında **Zutt**, sermaye koyma borcunun ifası amacıyla devredilen malvarlığı unsurunun değerinin belirlenmesinde ortakların serbest olduklarını belirtmektedir<sup>41</sup>.

### E. Ortak Amaç ve *Affectio Societatis*

Bilindiği üzere ortak amaç ve bu ortak amaca ulaşmak için birlikte çaba göstermek, yani *affectio societatis* adi ortaklığı bir borçlar hukuku sözleşmesinden ayıran, onu bir ortaklık ilişkisi hâline getiren öğedir<sup>42</sup>. Ortak amacın yokluğunda ortaklık ilişkisinin de olamayacağı doktrinde açıkça belirtilmektedir<sup>43</sup>. Bu sebeple bu öğelerin gizli ortaklıkta da bulunması gerektiği ve onu kâra katılmalı ödünç sözleşmesinden ayıran temel noktanın burada kendini gösterdiği ifade edilmektedir<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1854; bkz. aşağıda III/C.

<sup>37</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 12.

<sup>38</sup> Barlas, s. 192.

<sup>39</sup> Oetker/Schubert HGB, § 230 Nr. 79; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 13.

<sup>40</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1844; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 82.

<sup>41</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 13; Sudhoff, s. 31.

<sup>42</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, § 15 Nr. 18; Bilgili, s. 66; Pulaşlı, Şerh, s. 31; Karahan/Akın, s. 41; Şener, s. 9; Tüm ortaklık ilişkileri için aynı yönde Meier-Hayoz/Forstmoser, § 1 Nr. 68; Poroy(Tekinalp/Çamoğlu), s. 25.

<sup>43</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 57; *Affectio societatis*'in asli edim yükümlülüğü olduğu yönünde Pulaşlı, Şerh Cilt I, s. 32.

<sup>44</sup> Poroy(Tekinalp/Çamoğlu), Nr. 72'de yazarlar iç ortaklıkların klasik anlamda *affectio societatis* unsurunu içermediği ancak dışa yansımaya da *affectio societatis*'in bu ortaklıklarda da aranması gerektiği şeklinde görüş beyan etmektedirler.

Ortak amacın, yani ekonomik alanda ulaşılmak istenen özdeş bir hedefin<sup>45</sup> varlığının ve bu hedefe ulaşmak için her ortağın çaba harcadığı gerçeğinin gizli ortaklıklarda var olduğunun bir göstergesi gizli ortağa tanınan denetim ve inceleme haklarıdır (HGB § 233). Ancak korporatif bazı hakların tanınmış olmasının tek başına *affectio societatis*'in varlığını kanıtlamaya yetmediği durumlarla da karşılaşılabilir; zira HGB gizli ortağın zarara katılmadığı aslan payı ortaklıklarına cevaz vermiştir (§ 231/I). İşte gizli ortağın zarara katılmadığı bu hâllerde bilgi alma hakkının çıplak varlığı yetersiz kalabilmektedir.

Doktrinde **Schmidt**<sup>46</sup> ortak amaç unsurunun tek başına incelenmesinin yeterli bir kıstas olmadığı düşüncesinden hareketle, gizli ortaklık ve bu ortaklığın benzediği ifade edilen borç ilişkileri – özellikle de kâra katımlı ödünç sözleşmesi – arasındaki farklılıkları ortaya koymak için bazı ek kriterlerden yararlanmaktadır. Bu kriterlerin mevcudiyeti esasen tarafların ortak bir amaçta uzlaştıklarına ve iradelerinin bu amaç uğruna birlikte çaba göstermeyi de kapsadığına bir karine teşkil etmektedir; ancak bu kriterler üzerinden yapılan inceleme olumsuz bir cevapla sonuçlanmış ise artık ortak amaçtan ve bir ortaklık ilişkisinden bahsedilemeyecektir.

Ölçütlerin en temel olanı gizli ortağın zarara da katılıyor olmasıdır. Hemen yukarıda da ifade ettiğimiz üzere zarara katılmanın olduğu ortaklıklarda zaten bu unsur, kanunun tanımış olduğu bilgi alma hakları ile birlikte ortak amacın varlığını kolaylıkla destekler niteliktedir. Bu ölçüt dışında özellikle kanundakini (HGB § 233<sup>47</sup>) aşan nitelikte inceleme hakları tanınmış olması, gizli ortaklığa yönetsel bazı haklar verilmesi gibi gizli ortağın ortaklıktaki konumunu güçlendiren haklar da iki ortağı birbirine yaklaştırdığından *affectio societatis*'i ortaya koyar niteliktedir<sup>48</sup>. Ayrıca sözleşmenin süresinin belirsiz ya da çok uzun süreli olması gibi ödünç sözleşmelerinin doğasına uymayan unsurların ve gizli ortağın lehine garantiler gibi ödün sözleşmelerinde sıkça görülen şartların yokluğu da ortak amacın ve *affectio societatis*'in varlığına işaret edecektir.

## F. Unsurların Eksikliği

Eksikliğin hukuki etkisi, eksik olan unsura göre değişiklik gösterecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki eğer sözleşme geçerli ise, başka bir unsurun eksikliği sözleşmenin geçerliliğine zarar vermeyecektir<sup>49</sup>; zira ortada geçerli bir irade uyumunun mevcuttur. Ancak şüphesiz ki başka bir unsur eksik olduğunda artık gizli ortaklığın

<sup>45</sup> **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s. 16.

<sup>46</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1842.

<sup>47</sup> Bkz. aşağıda III/D.

<sup>48</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1843.

<sup>49</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 42.

varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır<sup>50</sup>. Eksik olan unsur ortak amaç<sup>51</sup> dışında bir unsur ise (burada verilebilecek en yerinde örnek ticari işletme unsurunun eksikliğidir) çoğu hâlde mevcut hukuki ilişkinin BGB uyarınca bir iç ortaklık olduğu kabul edilecektir. Ancak ortak amaç da yok ise ortada çoğu hâlde ödünç olarak nitelendirilebilecek başka bir hukuki ilişkinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Gizli ortaklığın kuruluşundaki aksaklığın sözleşme unsurundan ileri geldiği hâllerde ortada bir gizli ortaklık ilişkisinin bulunamayacağı sabit olduğu gibi ayrıca iradelerin uyuşmasında ya da diğer şartlarda eksiklikler sebebiyle, sağlıklı herhangi bir hukuki işlemin gerçekleşip gerçekleşmediği de tartışma konusu yapılmak gerekecektir.

Bu konuyla ilgili olarak detaya girmeden<sup>52</sup>, gizli ortaklık sözleşmelerinin geçerliliği ile ilgili sorunların da Borçlar Hukuku'nun genel hususlarına göre çözüleceğini; yokluk, kesin hükümsüzlük ve irade sakatlığı durumlarına bu sözleşme tipinde de pekâlâ rastlanabileceğini söylemekle yetiniyoruz<sup>53</sup>.

## II. Gizli Ortaklık Türleri

Bir iç ortaklık türü olarak gizli ortaklık temelde sözleşme serbestisi sunan ve tarafların bu serbestiden yararlanarak farklı türlerde ortaklıklar yaratmasına imkân tanıyan bir ortaklık türüdür<sup>54</sup>. Gerçekten de gizli ortağın kâra katılma zorunluluğu (§ 231/II), olağanüstü bilgi alma hakları (§ 233/III) ile olağanüstü fesih hakkı (§ 234/I) gibi istisnai hükümler dışında HGB hükümleri de tamamlayıcı niteliktedir<sup>55</sup>. Bu geniş sözleşme özgürlüğünün sonucu olarak uygulamada farklı tür gizli ortaklıklar yoğun bir şekilde kullanılmış ve ayrı bir incelemeye tabi tutulması gereken birer tür hâline gelmiştir. Bu incelemeyi Alman doktrini tipik gizli ortaklık ve atipik gizli ortaklık şeklinde bir ayrıma giderek gerçekleştirmektedir<sup>56</sup>.

Biz de çalışmamızda bu ayrıma sadık kalacak ve gizli ortaklık türlerini tipik ve

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid. Yazarın ortak amaç (gemeinsamer Zweck) unsurunu *affectio societatis*'i de içerir biçimde ele aldığını kabul etmek doğru olur.

<sup>52</sup> Sözleşmeler hukukundan kaynaklanan geniş tartışmalar için bkz. **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 120 vd.

<sup>53</sup> **Poroy(Tekinalp/Çamoğlu)**, Nr. 79; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 120.

<sup>54</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1845.

<sup>55</sup> Diğer kanunlardan kaynaklanan ve gizli ortaklıklara da uygulanması gereken hükümlerin listesi için bkz. **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 72.

<sup>56</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 30 vd.; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 70 vd.; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1845 vd.; **Sudhoff**, s. 41; Atipik gizli ortaklık sözleşme örneği için bkz. **Otto**, s. 6 vd.

atipik olarak ikiye ayıracağız<sup>57</sup>. Bu ayırmadan sonra bu sınıflandırmanın Türk ve İsviçre hukuklarında nasıl ele alındığını paylaşacağız.

### A. Tipik Gizli Ortaklık

Tipik gizli ortaklık ile ifade edilmek istenen Kanundaki (HGB § 230 vd.) yedek hukuk kurallarından ayrılmayan gizli ortaklıklardır<sup>58</sup>. Bunlar gizli ortağın ortaklık-taki konumu ve sayısı gibi konularda sözleşmenin kredi fonksiyonunu ön plana çıkaran kanuni düzenlemelere bağlı kalmakta ve korporatif yapıya doğru bir yönelme göstermekten kaçınmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz ortaklık unsurları da dikkate alınarak gizli ortaklığın kanunen düzenlenen ideal tipinde bulunması gereken temel noktalar şu şekilde belirlenebilir<sup>59</sup>:

Tipik gizli ortaklık iki taraflı bir ortaklık sözleşmesi ile gerçekleştirilir; sözleşmenin bir tarafını gizli ortak, diğer tarafını ise işletme sahibi oluşturur. Bu ortaklıkta sözleşme ile gizli ortağa Kanunla tanınmış olandan daha fazla hak tanınmamış, HGB § 231 – 233 hükümlerindeki düzenlemeden ayrılma olmamıştır. Gizli ortağın aslı borcu olan sermaye koyma borcu, işletme için bir dış kaynak olarak kabul edilir, iç kaynak değildir; zira bu ortaklık ilişkisinde ağır basan, nitelikli kredi ilişkisinin varlığıdır.

### B. Atipik Gizli Ortaklık

Atipik gizli ortaklık, temel olarak, yukarıdaki özelliklerden ayırık bir düzenleme içeren, kanunen tanımlanandan farklı bir hukuki rejime yer vermiş olan tüm gizli ortaklık türleri olarak tanımlanabilir<sup>60</sup>. Kısacası, tipik olmayan tüm gizli ortaklıklar, atipik gizli ortaklıktır.

Atipik gizli ortaklık türlerini sınırlayıcı olarak saymak bu çalışmanın haddi olmadığı gibi, doktrinde de izlenen yöntem yukarıdaki temel hususlardan açık bir şekilde ayrılan yerleşmiş bazı uygulamaları incelemek şeklindedir. Bu sebeple burada öne çıkan üç özellik temelinde atipik gizli ortaklıklara yer vereceğiz.

#### 1. Atipik Hak ve Borçların Varlığı

Hem gizli ortağın hem de işletme sahibi olan aktif ortağın hak ve borçlarında

<sup>57</sup> Bu şekilde bir ayırımın gereksiz olduğu, atipik gizli ortaklığın normal düzenden sapmadan ibaret olduğu görüşünde **Barlas**, s. 196 dn. 189.

<sup>58</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1845.

<sup>59</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1846.

<sup>60</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 230 Nr. 31; **EBJS/Gehrlein**, § 230 Nr. 64; **MünchHdb/Keul**, § 73 Nr. 30; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1846.

kanuni düzenlemeden ayrılmak mümkünse de<sup>61</sup> bu değişikliklerden sadece bazıları ortaklığa atipik olma özelliği kazandıracaktır. Bu etkiye sahip olan değişiklikler, ortaklığın yönetiminde gizli ortağa hak tanıyan düzenlemelerdir<sup>62</sup>.

Gizli ortağa yönetimde söz sahibi olma hakkı, ona oy hakkı tanınması<sup>63</sup> ya da bazı işlemlerde rızasının alınması gibi çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir; önemli olan gizli ortağın herhangi bir şekilde yönetimde söz sahibi olmasıdır.

Doktrinca haklı olarak işaret edilen, gizli ortağa yönetime katılma hakkını içermeksizin temsil yetkisi verilmesinin ortaklığı atipik hâle çevirmeyeceğidir<sup>64</sup>. Bu durumda gizli ortak herhangi bir üçüncü kişi gibi işletme sahibi tarafından kendisine verilen temsil yetkisi çerçevesinde hareket etmekte ve bu temsil ilişkisi, gizli ortaklık ilişkisinden bağımsız olarak niteliğine göre BGB veya HGB'nin temsile ilişkin hükümlerine tabi tutulmaktadır.

## 2. Gizli Ortağın İşletme Malvarlığına Katılımı

Öncelikle belirtmek gerekir ki burada bahsedilen ayrı bir işletme malvarlığının kurulması ve bu malvarlığına aynî bir katılımın gerçekleştirilmesi değildir<sup>65</sup>. Zira tüzel kişiliğe sahip bulunmadığı gibi hak ve borçlara da herhangi bir şekilde ehil görülmeyen gizli ortaklığın ayrı bir malvarlığına sahip olması söz konusu değildir.

Burada ifade edilmek istenen, gizli ortağın kâra katılma sonucunda elde edeceği alacak hakkının kapsamının normalden daha geniş olarak düzenlenmesidir. Kural olarak gizli ortak, işletmenin ortaklık sözleşmesi kapsamında gerçekleştirdiği işlemlerden elde edilen kâra katılmakta, ancak işletmede gerçekleşen değer artışlarından herhangi bir pay almamaktadır. İşte bu şekildeki değer artışlarından da gizli ortağın bir pay alacağı kabul edilmiş ise ortaklık atipik gizli ortaklık olarak kabul edilmektedir. Doktrin bu şekildeki katılımı açıklamak için kullandığı yöntem, gizli ortaklık ile komandit şirket arasında bağ kurmak şeklindedir. Şu hâlde doktrine göre<sup>66</sup>, gizli ortağın malvarlığı değerlerine katılımı, komanditer ortağın komandit şirketteki katılımına benziyor ise ortada bu başlık altında atipik sayılması gereken bir gizli ortaklığın mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu kabulde birlikte yinelenmesi gereken husus, bu benzerliğin kapsama ilişkin olduğu, nitelik bakımından gizli ortağın katılımının hiçbir şekilde aynî özellik gösteremeyeceğidir<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Gizli ortağın kâra katılımının emredici olarak düzenlendiği (HGB § 231/II) unutulmamalıdır.

<sup>62</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1847.

<sup>63</sup> Gizli ortaklığın yönetimi kural olarak işletme sahibine ait bir hak ve borçtur.

<sup>64</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 77; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1847.

<sup>65</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 79.

<sup>66</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 230 Nr. 32; **EBJS/Gehrlein**, § 230 Nr. 65; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1847; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 79.

<sup>67</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1847.

### 3. İkidenden Fazla Ortak Bulunması

Çalışmamızda olduğu gibi doktrinde de sıkça tekrarlandığı üzere, sadece iki tarafın bulunması gizli ortaklık sözleşmesinin temel özelliklerinden biridir; ancak bugün gelinen noktada ikiden fazla kişinin gizli ortaklığa katılımı doktrinca kabul edilmiş bulunmaktadır<sup>68</sup>.

Hem gizli ortağın hem de işletme sahibi aktif ortağın birden fazla olması kabul ediliyor ise de çok sayıda ortağın bulunduğu ortaklıklar, doktrin tarafından atipik gizli ortaklıkların bir türü olarak kabul edilmektedir. Bunun sebebi, ikiden fazla ortağın mevcudiyetinin ortaklık davası ya da ortaklıktan çıkma ve çıkarılma gibi bazı ek hakların gizli ortaklık içerisinde de kullanılmasına imkân tanıyacak olmasıdır.

Karıştırılmaması gereken bir husus, ikiden fazla kişinin bulunduğu hâllerde bile sözleşmede ele alınan ortak türünün yine iki ile sınırlı kalacak olmasıdır. Yani, sözleşme tarafı her kişi gizli ortak ile işletme sahibi sıfatlarından birine sahip olacaktır; yoksa ikiden fazla kişinin bulunduğu hâllerde bu ikili ayrımın ortadan kalkması söz konusu değildir<sup>69</sup>. Ancak yine de ikiden fazla kişinin olması ortaklık ilişkisine etkide bulunacak ve gizli ortaklığın borçlar hukuku niteliği arka plana atılırken korporatif özellikteki bazı hakların kullanımı ön plana çıkacaktır.

### 4. GmbH & Still

Alman hukukunda sıkça karşılaşılan bir başka gizli ortaklık türü ise bir ticaret şirketinin işlettiği ticari işletmeye bir kimsenin gizli ortak olarak katılması ile gerçekleşen ortaklık tipidir. Buradaki hedef genellikle, vergisel avantajlar elde etmektir<sup>70</sup>. Bu tip ortaklıklarda gizli ortağa genellikle tipik gizlilik ortaklık türünde karşılaşılandan daha geniş haklar verilmekte ve GmbH & Still diye adlandırılan bu gizli ortaklıklar genellikle bir *iç komandit ortaklık* özelliği göstermektedir. Bu durumun bir sonucu olarak *actio pro socio* gibi komanditer ortağa ait hakların gizli ortakça kullanılmasına da cevaz verilmektedir<sup>71</sup>.

## C. İsviçre – Türk Hukukunda Durum

Bu hukuk sistemlerinde özel hükümlerin yokluğunda gizli ortaklık, adi ortaklığın özel bir tipi olarak kabul edilmekte ve her hâlde uygulanacak hükümlerin başında uygun düşükleri ölçüde adi ortaklık hukuku hükümlerinin geldiği ifade edilmekte-

<sup>68</sup> MünchHdb/Keul, § 75 Nr. 24; Oetker/Schubert HGB, § 230 Nr. 34 vd.; EBJS/Gehrlein, § 230 Nr. 81 vd.; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 44 vd.

<sup>69</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1848.

<sup>70</sup> Bu hususta detaylı bilgiler için bkz. MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 87.

<sup>71</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1850.

dir<sup>72</sup>. Hâliyle Ticaret Kanunu – Borçlar Kanunu şeklinde bir ayırım yapılmamakta ve hususi olarak ticari işletme işletmek şartı da aranmamaktadır.

Adi ortaklık ile gizli ortaklık arasındaki farkın daha silik olduğu bu hukuk sistemlerinde ortakların hak ve borçları düzenlenirken, iki ortak arasındaki farklılıklar ister istemez HGB kapsamındaki gizli ortaklığa nazaran daha seyrek bir şekilde karşımıza çıkmaktadır<sup>73</sup>. Bu durumun bir sonucu olarak Alman hukukunun atipik gizli ortaklık olarak betimlediği durumlar da Türk ve İsviçre hukukları açısından esasen tipik gizli ortaklığın kapsamına girmektedir. İşte bu sebeple, hukuk sistemimizde tipik – atipik ortaklık ayırımını yapmanın mantıklı olmadığına işaret edilmektedir<sup>74</sup>.

### III. Ortakların Hak ve Borçları

Gizli ortaklıkta hak ve borçlar incelenirken, bu ortaklık türünde katılımcıların eş konumda olmadıklarının akılda tutulması gerekir. Bu doğrultuda sadakat borcu ve sermaye koyma borcu gizli ortaklıkta her iki ortak bakımından söz konusu olsa da içerik bakımından ortağın konumu bazında değişiklik göstermektedir. Yönetim borcunun ve bilgi alma hakkının ise kural olarak ortaklardan sadece belli bir kısmının üzerinde doğacağı aşağıda görülecektir. Kazanca katılmanın ve bu amacın bulunduğu yerlerde varlığı yok sayılamayacak olan zarara katlanmanın çerçevesi ise yine ortağın gizli ortak mı yoksa işletme sahibi aktif ortak mı olduğuna bakılarak çizilebilecektir.

Burada ifade etmek isteriz ki hak ve borçlar ile ilgili açıklamalarımız doktrinindeki diğer çalışmalarla uyumlu olarak tipik gizli ortaklığı esas alarak yapılacak, önemli farklılıkların olduğu durumlarda atipik gizli ortaklıklar için geçerli olan ayırık kabulere de yer verilecektir.

#### A. Sadakat Borcu

Bazı yazarlarca *ortakların en önemli yan*<sup>75</sup> borcu olarak nitelendirilmiş bulunan<sup>76</sup> sadakat borcu, adi ortaklıkların korporatif bir yapıya oturmasına imkân veren ve her ortağın yerine getirmekle yükümlü olduğu bir borçtur<sup>77</sup>. Buna rağmen adi ortaklık hükümlerinde benzer şekilde gizli ortaklık hükümlerinde de bu borcu içeren açık bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, § 15 Nr. 13.

<sup>73</sup> Türk hukukunda iki ortağın da kazanç ve zarara katılımının zorunlu olduğuna ve ortakların tâbi tutulduğu bu özdeş durumun Alman hukukundan ayırık bir sonuç yarattığına ilişkin olarak bkz. Barlas, s. 199.

<sup>74</sup> Barlas, s. 196 dn. 189; Bilgili, s. 217.

<sup>75</sup> Adi ortaklık temelinde asli borç olarak kabul edildiği hususunda bkz. Karahan/Akın, s.55.

<sup>76</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 140.

<sup>77</sup> Adi ortaklıklarda sadakat borcuna ilişkin olarak, Alman hukukunu da dikkate alan detaylı açıklamalar için bkz. Akın, s. 43 vd.

<sup>78</sup> Karahan/Akın, s. 55; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 140.



## 1. Genel Olarak

Diğer ortaklıklarda olduğu gibi gizli ortaklıkta da sadakat borcu kendini en çok, hakların kullanıldığı ve ortaklık ilişkisini ilgilendiren işlerin yapıldığı esnada hissettirmektedir. Bu sebeple hem iç ilişkide hem de üçüncü kişilerin dâhil olduğu işlemlerde kendini gösterir<sup>79</sup>. Bu bilgi ışığında ortaya çıkmaktadır ki bir iç ortaklık olan gizli ortaklıklarda, ortaklığın temsili söz konusu olmadığından sadakat borcunun önemi ticaret şirketleriyle karşılaştırıldığında hafif kalmaktadır<sup>80</sup>.

Buna rağmen, sadakat borcunun her iki ortak için de geçerli olduğu şüpheye yer bırakmaksızın kabul edilmektedir<sup>81</sup>. Sadakat borcunun adı ortaklık ilişkilerindeki en somut temsili olan rekabet etmeme borcunun<sup>82</sup> gizli ortaklıklar için de söz konusu olması bu kesin kabulün yersiz olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak bu durum, sadakat borcunun tek uygulama alanının rekabet yasağı olduğu anlamına gelmemektedir. Özellikle yönetim yetkilerine sahip olan ortağın ki bu ortak kural olarak işletme sahibi aktif ortaktır, ortaklığın yönetiminde dikkate alacağı menfaatlerin belirlenmesinde de sadakat borcu yine önemli bir rol oynayacaktır. Aynı şekilde gizli ortağın denetim hakkını kullanırken sadakat borcunu ve bu vesileyle ortaklığın menfaatlerini dikkate alması gerekecektir<sup>83</sup>.

## 2. Rekabet Etmeme Borcu

Doktrinde bağımsız bir rekabet etmeme borcunun bulunmadığı ve bu borcun asıl kaynağının sadakat borcu ile gizli ortaklığın bir unsuru olarak karşımıza çıkan ortak amaç olduğu ifade edilmektedir<sup>84</sup>.

İşletme sahibi ortak açısından rekabet etmeme borcunun içeriği, yönetim yetkisini elinde bulunduran herhangi bir ortaktan pek de farklı değildir. Bu doğrultuda işletme sahibi işletmenin konusuna giren işlemleri kendisi ya da üçüncü bir kişi hesabına yapamayacaktır, meğerki gizli ortağın bu hususta rızası bulunsun<sup>85</sup>. Ancak doğaldır ki işletme sahibi ortak diğerinin rızası olmaksızın, söz konusu ticari işletme ile alakası bulunmayan işlerle iştigal edebilecektir. İşletme konusuna girmeyen ancak ortak amaca zarar verebilecek nitelikteki faaliyetler de aynı şekilde rekabet yasağı dâ-

<sup>79</sup> Karahan/Akın, s. 56.

<sup>80</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 70.

<sup>81</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 70; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 140; Duden/Hopt, s. 626. İsviçre hukukuna ilişkin olarak aynı yönde Meier-Hayoz/Forstmoser, § 15 Nr. 38.

<sup>82</sup> Karahan/Akın, s. 60.

<sup>83</sup> Akın, s. 44.

<sup>84</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 141; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 71.

<sup>85</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 72; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 141.

hilinde düşünölmelidir; zira rekabet etmeme borcunun kaynağını oluşturan sadakat borcu ortaklığın menfaatlerine öncelik tanımaktadır<sup>86</sup>. Bu öncelik de ortak amacı korumayı gerektirmekte ve bu amaca zarar veren rekabet faaliyetlerini yasaklamaktadır.

Atipik gizli ortaklıklarda karşımıza çıkan yönetime katılma yetkisini haiz gizli ortaklar açısından da işletme sahibi ortak için yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır<sup>87</sup>.

Tipik gizli ortaklar için ise sadakat borcu, daha sınırlı bir çerçevede karşımıza çıkacaktır. Tipik gizli ortak, ortaklık çerçevesinde diğeri ortağın ticari işletmesi üzerinde bazı etkileri haiz konuma gelmektedir. Bu etkisini kendi menfaatleri uğruna kullanmamak ve bu şekilde bir davranışla işletme sahibi ortağa zarar vermemek yükümlülüğü altındadır. Gizli ortağın, ticari işletmenin varlık gösterdiği konularda, ortaklık dışında faaliyette bulunması hâlinde ortaya çıkması muhtemel bu durumu doktrin, rekabet etmeme borcuna dayanarak yasaklamaktadır<sup>88</sup>. Bu sebeple kabul etmek gerekir ki gizli ortaklık dış ilişkide mevcut olmasa ve ortaklardan bazıları yönetim konusunda hiçbir söz hakkına sahip olmasa bile korporatif özellikler barındıran bu ilişkide de rekabet yasakları söz konusu olmaktadır.

### 3. Gösterilmesi Gereken Özen

Bu konuda HGB'de özel bir düzenleme bulunmadığından, ortakların özen borcunu belirlemede kullanılacak kıstas adı ortaklık hükümlerinde aranacaktır. Bu doğrultuda ortaklar BGB § 708 uyarınca, ortaklık işlerinde de kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermekle yükümlüdürler<sup>89</sup>. Şüphesiz ki bu yükümlülük ortaklık işlerini gerçekleştiren işletme sahibi için geçerli olacaktır; ancak dikkat etmek gerekir ki gizli ortak da atipik ortaklık ilişkisinde yönetime katılıyor ise bu yükümlülük altına girmiş olacaktır.

### B. Sermaye Koyma Borcu

Gizli ortak için sermaye borcunun ifası, daha doğrusu gerçekleştirilmesi gereken katılma payı<sup>90</sup>, ekonomik değere sahip bir malvarlığı unsurunun işletme sahibi

<sup>86</sup> Akın, s. 45.

<sup>87</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 71.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> SchlegelbergerHGB/Schlegelberger, § 335 Nr. 38.

<sup>90</sup> Sermaye ile katılma payı arasında, Kanununun lafzı sebebiyle gerçekleştirilen tartışmalar için bkz. Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1865; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 143. Biz terim olarak Barlas'ın haklı bulduğumuz açıklamaları uyarınca katılım payını seçiyoruz, bkz. Barlas, s. 192.

ortağa devri şeklindedir<sup>91</sup>. Bu işlem, gizli ortak için sözleşmeden doğan asli borcu oluşturmaktadır<sup>92</sup>.

İşletme sahibi aktif ortak için bu borcun ifası, ticari işletmenin ortaklık hesabına<sup>93</sup> ve diğer ortakların menfaatleri gözetilerek işletilmesi yoluyla gerçekleştirilecektir. Bu duruma ilişkin detaylı açıklamalara ortakların yönetim borcu incelenirken yer verilecektir.

Gizli ortağın katılma payı hakkında yapılan tartışmaların hacmi, gizli ortaklığa ayrılan yerde önemli bir pay tutmaktadır. Bu durumun asıl sebebi, gizli ortağın ilişkideki katılımının faaliyetler çerçevesinde pek ön plana çıkmaması, silik bir şekilde hissedilen yan borçlar ayrıktutulduğunda, katıldığı kazanca karşılık gelebilecek esas borcun katılma payının ifası olmasıdır. Biz de bu sebeple burada, katılma payının ne şekilde ortaklığa getirilebileceği ile ilgili tartışmalara belli bir ölçüde yer vereceğiz<sup>94</sup>.

Kabul edilen görüş<sup>95</sup>, gizli ortaklıkta katılma payının komandit şirketlerdeki ile aynı anlamda kabul edilmesidir; yani, gizli ortakça getirilen malvarlığı unsuru, para ile ölçülebilen bir değere sahip, bilançolanabilir bir unsur olmalıdır.

Elbette ki bu malvarlığı değerinin işletme sahibi ortağa devrini sağlayan tasarruf işleminin temelinde, borçlandırıcı işlem olarak gizli ortaklık sözleşmesi bulunmalıdır; taraflar arasındaki başka bir hukuki işlem dolayısıyla gerçekleştirilen ifa, katılma payının getirilmesi borcunun ifasını sağlamayacaktır<sup>96</sup>.

Katılma payının belirlenmesi hususunda taraflara önemli ölçüde serbesti sağlayan Kanun hükümlerine rağmen, yine de borçlar hukukunun temel kurallarına uygun olarak sözleşme ile belirli ya da en azından belirlenebilir bir katılma payı taahhüdü gerçekleştirilmiş olmalıdır<sup>97</sup>.

HGB § 230 hükmü katılma payının ticari işletme sahibinin malvarlığına girecek şekilde ifa edilmesi<sup>98</sup> gerektiğini belirtmektedir. Bu durumun işin doğasından kaynaklandığı açıktır; zira gizli ortaklık bir iç ortaklık olduğu için katılma payının devrinin yönelebileceği bir ortaklık malvarlığı mevcut değildir. Bu sebeple katılma

<sup>91</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1854; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 74; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 72.

<sup>92</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 142; Peter, s. 182.

<sup>93</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1854.

<sup>94</sup> Bu husustaki bazı tartışmaların paylaşıldığı sermaye unsuru başlığı için bkz. I/D.

<sup>95</sup> MünchHdb/Seffer/Erhardt, § 83 Nr. 10; GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 75; MünchKommHGB/Schmidt, § 230 Nr. 144.

<sup>96</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 76.

<sup>97</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 230 Nr. 77.

<sup>98</sup> Çeviri için bkz. Barlas, s. 181.

payı olarak konulan malvarlığı unsuru için gerekli olan tasarruf işlemi, işletme sahibi aktif ortağın mamelekindeki aktifleri artıracak şekilde gerçekleştirilmelidir<sup>99</sup>.

Katılma payının kural olarak ortaklık süresince aynı ölçüde kalması gerekirse de sözleşme serbestisi dâhilinde gizli ortağın türlü periyotlarda katılma payını geri almasını sağlayacak anlaşmalar yapılabilecektir<sup>100</sup>. Ancak dikkat etmek gerekir ki sermaye unsuru, ortaklığın temel unsurlarından biridir. Katılma payının geri verilmesi konusundaki çok sert düzenlemeler, eldeki hukuki işlemin esasen bir ödünç sözleşmesi olduğunun düşünülmesine sebep olacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki gizli ortağa katılma payını artırma ya da katılma payının ticari faaliyetler sonucu zarar edilerek erimesi sonucu ek ödemelerde bulunma benzeri yükümlülükler kanunen yüklenmiş değildir<sup>101</sup>; zira gizli ortağın komanditer ortağa benzer durumu da bu tipte ek ödemelerin ortaklığın yapısına tam olarak uymayacağını göstermektedir.

Katılma payının ifasında karşılaşılan sorunlar ile ilgili olarak HGB ile özel hükümler öngörülmediğinden, burada uygulanacak olan kuralların borçlar hukukunun temel ilkelerine bakılarak tespit edilmesi gerekecektir. Ancak şu hususa yeniden dikkat çekmek gerekir ki eğer ikiden fazla sayıda ortağın bulunduğu bir atipik gizli ortaklık mevcutsa, artık ilişkinin korporatif yapısı ağır basacağından ortakların her birine katılma payının ifasını dava yolu ile talep etme (*actio pro socio*) imkânı tanınamacaktır.

### C. Yönetim Borcu

Yönetim borcunun, işletme sahibinin katılma payı olduğunu yukarıda belirtmiştik<sup>102</sup>. İşletme sahibi olan aktif ortak, sahip olduğu ticari işletmeyi ortak amaca ulaşmak için yönetecektir<sup>103</sup>. İşletme sahibinin yönetimle yükümlü olması, ortaklığın doğasının gerektirdiği bir sonuçtur; keza aynı şekilde gizli ortağın yönetimle ilgili borçlarının bulunmaması da doğal karşılanmalıdır<sup>104</sup>. Ancak bazı hâllerde gizli ortağa yönelik olarak yönetimle ilgili haklar ve bu haklara bağlı olarak borçlar öngörülmesi de mümkün olmaktadır<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 80.

<sup>100</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 230 Nr. 80; **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 84.

<sup>101</sup> **MünchHdb/Seffer/Erhardt**, § 83 Nr. 18; **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 83.

<sup>102</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 85.

<sup>103</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1854.

<sup>104</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 178; **SchlegelbergerHGB/Schlegelberger**, § 335 Nr. 39.

<sup>105</sup> Detaylı bilgi için bkz. **SchlegelbergerHGB/Schlegelberger**, § 335 Nr. 42.

### 1. İşletme Sahibi Ortak Tarafından Yönetim

İşletme sahibi, ticari işletmeyi ortakların menfaatine yürütmekle yükümlüdür<sup>106</sup>; ancak bu yükümlülüğün nereye kadar uzandığı, daha doğrusu yönetim kapsamına hangi işlemlerin girdiğinin incelenmesi gerekmektedir.

Doğal olarak, işletmenin olağan, yani günlük işlerinde yönetim tek başına işletme sahibine aittir. Bu konularda gizli ortağın rızasına ihtiyaç olmadığı gibi, gizli ortağın itirazlarının da işlemin geçerliliği üzerinde hiçbir etkisi bulunmayacaktır. Zira işletme sahibine bağımsız olarak hareket edebileceği bir faaliyet alanı sağlanması<sup>107</sup> da ortaklığın düzgün bir şekilde işleyişi için gerekli olmaktadır.

Günlük işleri aşan, alışılmışın dışındaki işlemler ile ilgili olarak doktrin, kural olarak işletme sahibinin yine tek başına yetkili olduğunu kabul etmektedir<sup>108</sup>. Ancak bu işlemler için gizli ortağa sözleşme ile itiraz hakkı tanınmasının makul bir yaklaşım şekli olacağı ve bu yönde bir hak tanınmamış olsa bile olağanüstü işler hakkında işletme sahibinin açıklama yapma borcunun bulunacağı ifade edilmektedir<sup>109</sup>.

Bununla birlikte olağanüstü işlemlerin de iki kategoriye ayrılması ve ticari işletmede çok temel değişiklikler gerçekleştiren işlemlerin üçüncü bir grup olarak kabul edilmesi yine gizli ortaklığın niteliği itibarıyla gerekli görülmektedir. Bu üçüncü gruba giren işlemlere örnek olarak ticari işletmenin konusunu değiştirecek işlemler verilebilir. İşletme sahibi bu yönde bir karar almak istiyorsa ya da mesela ticari işletmenin<sup>110</sup> yerini değiştirmek şeklinde bir talebi varsa, artık gizli ortağın da rızasına ihtiyaç duyacaktır<sup>111</sup>. Olağanüstü işler arasında gizli ortağın rızasını gerektirenler ve gerektirmeyenler şeklinde sağlıklı bir ayırım yapabilmek için kanaatimce şu unsurun temel alınması gerekmektedir: Ticari işletmeye getirilecek değişiklik, gizli ortaklık sözleşmesinde somutlaşmış bulunan ortak amacın gerçekleşmesini imkânsız kılacak ya da zorlaştıracak veya ticari işletmeye sözleşme taraflarının ortak menfaatinin haklı göstermediği önemli ekonomik külfetler yükleyecek ise gizli ortağın rızası aranmalıdır.

Dikkat edilmesi gereken bir nokta, bu rızanın gizli ortaklık kapsamında aranacak olmasıdır. Gerçekten de işletme sahibi, üçüncü kişiler nezdinde ticari işletmenin geniş anlamda yönetimi yetkisine sahip olduğu ve dış ilişkide gizli ortak bilinmedi-

<sup>106</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 85.

<sup>107</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 88.

<sup>108</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 178. Konuyu iç ortaklıklar başlığı altında inceleyen Poroy ise olağan – olağanüstü iş ayrımını burada da yapmak gerektiğini ve gizli ortağın olağanüstü işlerin yönetimine katılması gerektiğini savunmaktadır; **Poroy (Tekinalp/Çamoglu)**, s. 42.

<sup>109</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 178.

<sup>110</sup> Dikkat edilsin ki ortaklığın değil.

<sup>111</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 86; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 230 Nr. 178.

ği<sup>112</sup> için tüm bu önemli değişiklikler üçüncü kişiler nezdinde geçerli olarak kabul edilecektir<sup>113</sup>. Bu işlemlere rızası olmayan ve menfaatleri ihlâl edilen gizli ortağın elindeki tek imkân, zararlarının işletme sahibi tarafından tazminini talep etmek olacaktır.

## 2. Gizli Ortak Tarafından Yönetim

Kural olarak gizli ortağın yönetime katılma yetkisi ya da yönetimden doğan bir borcu yoktur. Ancak bu yönde bir karar taraflarca ortaklık sözleşmesi kapsamında geçerli olarak alınabilir<sup>114</sup>.

Bu yönde bir anlaşma yapılmış ise çoğu zaman, gizli ortağa komanditer ortağın- kine benzer haklar tanınmaktadır<sup>115</sup>. Bu genelleme, ortakların geniş bir sözleşme serbestisinden yararlandığını unutturmamalıdır. Zira taraflar gizli ortağa sadece temsile yönelik yetkiler verebilecekleri gibi<sup>116</sup>, dar anlamda yönetim yetkisi ile sınırlı haklar tanımakla da yetinebilirler. Hatta ortakların yönetimle ilgili konuları aralarında paylaşmaları bile mümkün görülmektedir<sup>117</sup>.

## D. Denetim Hakkı

Alman kanun koyucusu, gizli ortağın denetim hakkını HGB § 233 ile düzenlemiştir. İlgili madde hükmü aşağıdaki şekildedir<sup>118</sup>:

*“Gizli ortak yıllık bilançonun bir suretinin verilmesini isteme ve bunun doğruluğunu defter ve belgelerle karşılaştırarak inceleme hakkına sahiptir.”*

*Gizli ortağın bunun ötesinde BGB § 716 ile adi ortaklıkta idare hakkından yoksun ortağa tanınmış bulunan hakları kullanması söz konusu değildir.*

*Ancak gizli ortak, istisnaen, haklı sebeplerin varlığı halinde diğer bilgilerin verilmesini mahkeme eliyle isteyebilir.”*

Gizli ortağa tanınan bu haklar HGB § 166 hükmü ile komanditer ortağa tanı-

<sup>112</sup> Biliniyor olsa da bu durum gizlilik unsurunda bir değişiklik yapmadığından bu ihtimalde de metindeki ile aynı sonuca ulaşmak gerekecektir.

<sup>113</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 87.

<sup>114</sup> **EBJS/Gehrlein**, § 230 Nr. 63; **Oetker/Schubert HGB**, § 230 Nr. 84; **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 94; **MünchHdb/Seffer/Erhardt**, § 80 Nr. 4; **SchlegelbergerHGB/Schlegelberger**, § 335 Nr. 42. Bu ihtimalde artık atıtipik gizli ortaklıktan bahsedilmektedir.

<sup>115</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 94.

<sup>116</sup> Bu durum, gizli ortağa işletme sahibi tarafından tanınan borçlar hukuku anlamında temsil yetkisi ile karıştırılmamalıdır.

<sup>117</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 94.

<sup>118</sup> Çeviri için bkz. **Barlas**, s. 182.

nan haklara benzemektedir<sup>119</sup>. Doktrinde **Zutt**, bu hükmün güncelleştirilmesi gerektiğini, günümüz ihtiyaçlarını, özellikle atipik gizli ortaklık durumlarını karşılamakta yetersiz kaldığını ifade etmiştir<sup>120</sup>.

Kanun koyucunun HGB § 233 ile düzenlediği denetim hakkı, daha doğrusu bilgi alma hakkı (*Informationsrecht*), ilk fıkrasında olağan bilgi alma hakkını, üçüncü ve son fıkrasında ise olağanüstü bilgi alma hakkını düzenlemiş bulunmaktadır. Biz de incelememizde bu ayrımı dikkate alacağız.

### 1. Olağan Bilgi Alma Hakkı

Gizli ortağın HGB § 233/I ile düzenlenmiş bulunan olağan bilgi alma hakkı esasen dört imkânı içermektedir. Bu imkânlardan ilk üçü kanunun lafzından kaynaklanmakta iken sonuncusu esas kaynağını doktrin ve yargı uygulamasında bulmaktadır<sup>121</sup>:

- Bazı evrakların suretinin istenmesi,
- Defter ve belgelerin incelenmesi,
- Bu dokümanların doğruluğunun kanıtlanması,
- Bilgi vermekle yükümlü olan kişiden bilgi ve rapor alınması.

Bu kaynaklar dışında bilgi alma hakkı, mantıki temelini ortaklık ilişkisinde bulmaktadır<sup>122</sup>. Gizli ortağın, işletme sahibinin karşısında sıradan bir alacaklıdan daha öte bir konumda bulunduğunu<sup>123</sup> ve aradaki ilişkinin daha sıkı olduğunu kanıtlayan bir husus da işte bu bilgi alma hakkıdır.

Bilgi alma hakkının yöneldiği kişi ise, doğal olarak işletme sahibi olacaktır. İşletme sahibinin gerçek kişi olduğu durumlarda bu kişiden, bir ortaklık olduğu durumlarda ise bu ortaklıktan talepte bulunmak gerekir<sup>124</sup>.

Bilgi alma hakkının konusunun, tipik gizli ortaklıklarda ticari işletmenin işleyle ilgili bilgiler olduğu kabul edilmektedir. Gizli ortaklık kendisini ilgilendiren bilgilere erişim hakkına sahiptir ve bu bilgilerin sınırı çizilirken istenilen bilgilerin,

<sup>119</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 233 Nr. 1; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 233 Nr. 1; **Kötter**, s. 226.

<sup>120</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 233 Nr. 2.

<sup>121</sup> **MünchHdb/Erhardt/Seffer** § 81 Nr.6; **GroßKommHGB/Zutt**, § 233 Nr. 2.

<sup>122</sup> Bu sebeple devredilemeyecekleri yönünde **EBJS/Gehrlein**, § 233 Nr. 2; **GroßKommHGB/Zutt**, § 233 Nr. 3.

<sup>123</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 233 Nr. 3.

<sup>124</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 233 Nr. 4. Bu durumun ayrı olarak belirtilmesi anlamsız gibi dursa da ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmadığı, mesela bir komandit şirket olduğu durumlarda talebin ortaklara yöneltilmesi gerekip gerekmediği sorulabilir. Bu sorunun cevabı olumsuzdur, talep yine de ortaklığa yöneltilcektir.

daha doğrusu bilgileri içeren belgelerin ticari işletmenin kazancıyla ilgili olup olmadığına bakılmaktadır. Zira ortaklık ile ilişkisi kazançla katılma ile sınırlı olan (tipik) gizli ortak için öğrenmesinde menfaati olan bilgiler, ticari işletmenin kazancı ile ilgili olanlardır<sup>125</sup>.

Bu sebeple gizli ortaklığın bir suretini talep edebileceği belgeler temelde işletme sahibinin yıllık bilançosu ve buna bağlı olarak yapılan kâr – zarar hesaplamalarıdır<sup>126</sup>.

Bilgi alma hakkı kapsamında tartışılan başka bir konu, işletme sahibi ortağın adi ortaklıktaki yönetici ortağına benzer bir hesap verme borcu (BGB § 713 atfı ile BGB § 666) olup olmadığıdır. Doktrinin bu konudaki yaklaşımı, ekseriyetle olumludur<sup>127</sup>. Yıllık hesaplarla ilgili gerekli açıklamaları içeren bir raporun işletme sahibi ortakça sunulması gerektiği savunulmaktadır<sup>128</sup>.

## 2. Olağanüstü Bilgi Alma Hakkı

Mahkeme kanalıyla kullanılacak olan olağanüstü bilgi alma hakkı, HGB §233/III ile düzenlenmiştir<sup>129</sup>.

Belirtmek gerekir ki birinci ve üçüncü fıkra düzenlemeleri büyük paralellik içeriyor olsa da iki hükmün ayrıldığı noktalar da mevcuttur. Bu noktalardan ilki emredici olma hususundadır, ikincisi ise olağanüstü bilgi alma hakkı uyarınca ilk fıkradakinden farklı olarak gerekli görülen diğer açıklamaların (*sonstige Aufklärungen*) da talep edilebilecek olmasıdır<sup>130</sup>.

Olağanüstü bilgi alma hakkının kullanılabilmesi için mahkemeden bu yönde bir talepte bulunmak gerekmektedir. Ancak bu talebin mahkemece olumlu karşılanması, ortada bu talebi haklı kılan *önemli (haklı) sebeplerin (wichtiger Grund)* bulunmasına bağlıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi içtihatları uyarınca önemli bir sebebin varlığı, gizli ortağın § 233/I ve varsa sözleşme ile tanınmış diğer bilgi alma hakları tarafından yeterli ölçüde korunamıyor olması ve zarara uğrama tehlikesinin bulunduğu hâllerde kabul edilecektir<sup>131</sup>.

<sup>125</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 233 Nr. 6.

<sup>126</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 233 Nr. 7; MünchKommHGB/Schmidt, § 233 Nr. 9.

<sup>127</sup> EBJS/Gehrlein, § 233 Nr. 13; Oetker/Schubert HGB, § 233 Nr. 19; GroßKommHGB/Zutt, § 233 Nr. 9. Bu hakkın sadece ikiden fazla ortaklı gizli ortaklıklar için söz konusu olduğu yönünde Kort, DStR 1997, s. 1376.

<sup>128</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 233 Nr. 9.

<sup>129</sup> Bu fıkranın da ilk fıkra gibi HGB §166 ile benzerlik gösterdiği yönünde bkz. GroßKommHGB/Zutt, § 233 Nr. 12.

<sup>130</sup> Oetker/Schubert HGB, § 233 Nr. 16; EBJS/Gehrlein, § 233 Nr. 14; GroßKommHGB/Zutt, § 233 Nr. 14.

<sup>131</sup> MünchHdb/Erhardt/Seffer, § 81 Nr. 16; Oetker/Schubert HGB, § 233 Nr. 16; GroßKommHGB/Zutt, § 233 Nr. 13; EBJS/Gehrlein, § 233 Nr. 15.



### 3. Bilgi Alma Hakkı Yönünden Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı

Hâkim görüş, ilk fıkradaki düzenlemenin sözleşme ile değiştirilebileceği, ancak mahkeme kanalıyla kullanılan olağanüstü bilgi alma hakkına ilişkin üçüncü fıkra düzenlemesinin emredici olduğu yönündedir<sup>132</sup>. Bu sebeple, gizli ortağın bilgi alma hakkı temelde sözleşmeye konu edilebilecek ise de tamamen kaldırılması, her hâlükârda mahkemeye başvurulabileceğinden, mümkün olmayacaktır.

Belirtildiği gibi bilgi alma hakkının sözleşme ile sınırlandırılması mümkündür. Ancak unutmamak gerekir ki bu hak, gizli ortaklıkta korporatif düzenin taşıyıcı kolonlarından biridir. Bu sebeple bilgi alma hakkının önemli biçimde kısıtlanması, ortada gizli ortaklığın bulunmadığı ve ilişkinin başkaca bir hukuki ilişki, çoğu hâlde ödünç sözleşmesi olduğu yönünde bir emare teşkil edecektir.

#### E. Kazanç ve Zarara Katılma

HGB § 231 ve § 232, gizli ortaklıkta kazanca ve zarara katılımı düzenlemektedir. Gizli ortağın katılımının sınırlı olduğu ve *affectio societatis* unsurunun silik bir şekilde görüldüğü bu ortaklık türünde elde edilen kârın paylaşılmasının diğer ortaklık türlerine nazaran daha fazla ön planda olduğu iddia edilebilir; zira temeldeki kredi fonksiyonu bunu gerektirmektedir.

Ortakların durumunu ayrı ayrı incelemeye geçmeden önce HGB § 231/I hükümünden bahsetmekte yarar görüyoruz. Bu hüküm, sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacak genel kuralı koymaktadır ve şu şekildedir:

*“Gizli ortağın kazanca ve zarara katılımı belirlenmemiş ise, duruma uygun düşen bir pay kararlaştırılmış kabul edilir.”*

Kanun koyucunun somut bir temel koymaktan uzak düzenlemesinin sorun yaratacağından bahisle doktrinde bu hususun sözleşmede düzenlenmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir<sup>133</sup>. Somut olay bazında inceleme yapmayı gerektiren<sup>134</sup> bu hükmün, tarafları memnun eden sonuçlar elde etmekte yetersiz kalacağı açıktır.

Bu hükmün ikinci fıkrası ise gizli ortağın durumuna ilişkin bir takım kurallar getirmektedir. HGB § 231/II şu şekildedir:

*“Ortaklık sözleşmesinde gizli ortağın zarara katılmayacağı kararlaştırılabilir; kazanca katılmaktan ise hariç tutulamaz.”*

<sup>132</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 233 Nr. 25; MünchKommHGB/Schmidt, § 233 Nr. 17.

<sup>133</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1858; MünchKommHGB/Schmidt, § 231 Nr. 9; Peter, s. 183.

<sup>134</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 231 Nr. 8.

### 1. Kazancı Paylaşma

Gizli ortaklıklarda kazanç paylaşımı ile ilgili temel sorunlar, gizli ortaklığın hangi kazançlar üzerinde hakkı olduğu ve tarafların kazançta katılmasının sözleşme ile engellenip engellenemeyeceği konularından ileri gelmektedir. Bu hususta temel düzenleme HGB § 231/II hükmünün ikinci kısmı olup burada *gizli ortağın kazançta katılmaktan hariç tutulamayacağı* belirtilmektedir.

#### a. Gizli ortağın durumu

HGB § 231/II tek bir cümlede hem emredici hem de tamamlayıcı hükme yer vermiş bulunmaktadır. Gizli ortağın zarara katılımının sözleşme ile kaldırılabileceğini söyleyen hükmün ortaklara gizli ortağın zarara katılma rejimi hakkında önemli bir hareket alanı sağladığı açıktır; buna karşın son kısımda kazançta katılması emredici bir şekilde düzenlenmiştir<sup>135</sup>. Emredici hükme aykırılığın sonucu ise sözleşmenin geçersizliği olmayacaktır; sözleşmede gizli ortak olarak belirtilen kişinin kâra katılmıyor olması sadece ortada HGB kapsamında bir gizli ortaklık olmadığı anlamına gelecek, ancak sözleşme başka tür bir hukuki işleme yönelik olarak geçerli kabul edilecektir<sup>136</sup>.

Gizli ortaklığın kazançta katılımı ile ilgili olarak taraflar, bu emredici kural ile bağlı olsalar da ayrıntıları serbestçe belirleyebileceklerdir. Özellikle katılımın oranı bakımından yüzdeler bir dilim tercih edebilecekleri gibi gizli ortağın katılım payının ticari işletmenin net varlıklarına oranını da esas alabilirler<sup>137</sup>.

Bunun dışında gizli ortağın kazançtan bağımsız olarak belli bir miktara hak kazanacağı ya da katılım payı için faiz ödeneceği vb. anlaşmalar da geçerli olacaktır<sup>138</sup>; ancak bu türdeki anlaşmalar yapılırken tarafların ortaklığı ortadan kaldıracak şekilde sert düzenlemeler yapmamaya dikkat etmesi gerekmektedir. Şöyle ki gizli ortağın kazancı sabitleştiği ölçüde ortaklığın aldığı riske katılma oranı düşecek ve riskle beraber ortak amaç unsuru da ortadan kalkabilecektir. Bu durumun sonucu olarak işlemin ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekebilecektir.

Kazancın hesaplanması ile ilgili olarak HGB § 233 ile bazı kurallar öngörülmüştür. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, kazanç ve zarar her faaliyet yılının sonunda hesaplanacaktır ve payına düşen miktar gizli ortağa ödenecektir. Ortakların farklı bir düzenleme yapması mümkündür, hüküm emredici değildir.

Hesaplama esas alınacak unsur da ayrı bir sorun teşkil etmektedir; zira gizli ortaklık bir tüzel kişi olmadığı gibi, esasen ticari işletmeyi işleten konumunda da

<sup>135</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 231 Nr. 2; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 231 Nr. 20.

<sup>136</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 231 Nr. 2 & 9.

<sup>137</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 231 Nr. 3; **GroßKommHGB/Zutt**, § 231 Nr. 4.

<sup>138</sup> **EBJS/Gehrlein**, § 231 Nr. 4; **GroßKommHGB/Zutt**, § 231 Nr. 5.

değildir. Bu durumun bir sonucu olarak gizli ortaklığın adına düzenlenmiş bilançolar ile karşılaşmak da mümkün olmamaktadır<sup>139</sup>. Defter tutma borcu altında bulunan kişi esasen işletme sahibi olan ortaktır<sup>140</sup>. Ancak bu defter tutma borcuna ek olarak doktrin, işletme sahibi ortağın gizli ortaklık ile ilgili olarak gelir ve giderleri beyan edebilecek şekilde hesap tutmuş olması gerektiğini, bu durumun yönetim yetkisini elinde bulundurmasından kaynaklanan bir yan borç niteliği taşıdığını ifade etmektedir<sup>141</sup>.

İnceleme gerektiren bir başka konu ise gizli ortağın hangi kazançlardan pay alacağı hususudur. Tipik gizli ortaklıkta gizli ortağın kazançta katılma hakkı, sadece ticari işletmenin konusu çerçevesinde gerçekleştirilmiş bulunan faaliyetlerden elde edilen kâra yöneliktir<sup>142</sup>. İlk olarak bu tanımın dışında bırakılan husus, işletme sahibinin söz konusu ticari işletme dışındaki özel işlerinden elde ettiği gelirlerdir<sup>143</sup>. İkinci olarak gizli ortak işletmenin varlıklarında, özellikle duran varlıklarında zaman içerisinde gerçekleşen değer artışlarından da herhangi bir pay alamayacaktır. Bu kalemlerin hesap dışında tutulması gerekmektedir<sup>144</sup>.

Bilindiği üzere atipik gizli ortaklıkların bir türü de gizli ortağın malvarlığına olan katılımının daha geniş bir şekilde düzenlendiği ortaklıklardır. İşte bu durumu anlatır şekilde, eğer gizli ortak ticari işletmenin varlıklarındaki değer artışlarından da, komanditer ortağa benzer şekilde pay elde ediyorsa, ortada atipik gizli ortaklık var demektir<sup>145</sup>.

Tüm bu incelemeler sonrasında, tarafların arasındaki anlaşmaya uygun ve gizli ortağın payına düşen bir kazancın ortaya çıktığı anlaşılırsa, işletme sahibi bu miktarı nakden ödemek durumundadır, meğerki taraflar başkaca bir ödeme şeklinde anlaşmış olsun<sup>146</sup>. Gizli ortağın hakkı, bir alacak hakkıdır ve borçlar hukuku esasları uyarınca devredilebileceği, haczedilebileceği ve benzeri diğer hukuki işlemlere konu edilebileceği belirtilmektedir.<sup>147</sup>

<sup>139</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 2; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 232 Nr. 11.

<sup>140</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 2; Gizli ortağın bilgi alma hakkına konu edilen belgeler de bu sebeple esasen işletme sahibine ait olan belgelerdir.

<sup>141</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 2; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 232 Nr. 13; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1858.

<sup>142</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 232 Nr. 7; **Peter**, s. 183.

<sup>143</sup> Zarara katlanma için de aynı ölçüt kabul edilecektir.

<sup>144</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 232 Nr. 9; **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 6; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1859.

<sup>145</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 19; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 232 Nr. 11.

<sup>146</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 23.

<sup>147</sup> *Ibid.* Aynı şekilde genel kurallar çerçevesinde faiz de işletilmesi gerektiği yönünde **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 24.

Kanun koyucu, HGB § 232/II ve § 232/III'de gizli ortağın bu alacak hakkı ile ilgili bazı özel düzenlemeler öngörmüştür. Bu düzenlemelere göre, gizli ortak elde ettiği tutarı, ticari işletmenin ileriki zamanlarda maruz kaldığı zararlar sebebiyle geri ödemek ile yükümlü değildir; yine aynı fıkra göre uğranılan zararlar gizli ortağın katılma payının erimesine sebep olmuş ise, zarar edilen bu yıllardan sonra elde edilen kazançlar öncelikle sermayenin tamamlanması için kullanılacaktır (HGB §232/II)<sup>148</sup>. Bu hükmün de aksi kararlaştırılabilir<sup>149</sup>.

HGB § 233/III hükmü ise şu şekildedir:

*“Gizli ortak tarafından tahsil edilmeyen kazanç, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, gizli ortağın sermayesini artırmayacaktır.”*

Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, sözleşme ile farklı düzenlemeler yapılması mümkündür.

## **b. İşletme sahibinin durumu**

İşletme sahibinin kazançta katılımı ile ilgili olarak kabul edilen görüş, sözleşme serbestisinin gizli ortakta karşılaşılandan daha geniş olduğu ve hatta bu ortağın kâra katılımının tamamen kaldırılabilceği şeklindedir. Ancak bu durumun, yani ortaklardan birinin kârdan pay alamamasının, ortak amacı ortadan kaldırıp kaldırılmayacağı tartışılması gerekmektedir. Bu soruya verilen cevap, işletme sahibinin ticari işletmesini işletmekte ve bu işletmenin kâr elde etmesinde kazançta katılmak dışında da menfaatleri olabileceği yönündedir<sup>150</sup>. Özellikle arada bir inanca işlem bulunduğu ya da gizli ortağın ekonomik anlamda tek işletmeci olduğu hâllerde<sup>151</sup> böylesi bir düzenleme yapılması düşünülebilir.

## **2. Zarara Katlanma**

### **a. Gizli ortağın durumu**

Gizli ortağın zarara katlanması konusunda emredici bir düzenleme olmadığı gibi, Kanun açıkça sözleşmeyle bu durumun düzenlenebileceğini ifade etmiştir (HGB § 231/II). Ancak kanunen tanınmış olan bu imkânın kullanımında yine de çok dikkatli olunması gerekmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, gizli ortağın alacağı riskler esasen ortak amacın

<sup>148</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 232 Nr. 32; SchlegelbergerHGB/Schlegelberger, § 337 Nr. 14.

<sup>149</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 232 Nr. 33.

<sup>150</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 231 Nr. 10; MünchKommHGB/Schmidt, § 231 Nr. 25.

<sup>151</sup> Bu duruma örnek olarak işletme sahibi ortağın bir ticaret şirketi olduğu ve bu ticaret şirketinin tüm hisselerine gizli ortağın sahip olduğu hâl gösterilebilir.

varlığını ortaya koymakta ve ortaklık ilişkisinin borçlar hukuku sözleşmesinden ayrılmasına imkân tanımaktadır. Bu sebeple, gizli ortağın zarara katılmayacağı yönündeki anlaşmalar ortada ortaklık sözleşmesinin bulunmadığı hususunda şüpheye yol açabilecek<sup>152</sup> ve hukuki ilişkinin niteliğinin anlaşılabilmesi için başkaca unsurların incelenmesi gerekecektir.

Gizli ortağın zarara katılmayacağı yönündeki anlaşma çoğu hâlde sözleşmede bu konuda açık bir hükmün varlığını gerektirecekse de istisnai olarak somut olaydan da kaynaklanabilecektir. Özellikle asgari kâr paylarının çok yüksek ve stabil bir şekilde öngörüldüğü durumlarda gizli ortağın elde edeceği menfaatler zarardan etkilenmeyecek ve açık bir düzenleme olmasa bile gizli ortağın zarara katılmadığının kabul edilmesi gerekecektir.

Gizli ortağın zarara katılma miktarı ise HGB § 232/II'nin ilk cümlesinde düzenlenmiştir. Hükmün lafzına göre *gizli ortak zarara sadece ödediği ya da ödemekte geciktiği sermaye tutarına kadar katılacaktır*. Bu hükmün kötü bir şekilde kaleme alındığını ifade eden<sup>153</sup> doktrine göre, buradan anlaşılması gereken gizli ortağın borcunun komanditer ortağa benzer şekilde düzenlenmiş olduğudur<sup>154</sup>. Buna göre, gizli ortağın borcu sözleşmede belirlenmiş olan katılma payını ifa ile sınırlıdır, daha sonra gerçekleşen zararlar sebebiyle başka ifalarda bulunmasını gerektiren bir yan borcu yoktur<sup>155</sup>. Bu durumun tek istisnası ortaklığın daha sonra kâr elde etmesi ve bu kâr kullanılarak geçmiş yıllardaki zararların erittiği katılma payının tamamlanmasıdır<sup>156</sup>.

## b. İşletme sahibinin durumu

Kanunda açıkça ifade edilmemişse de işletme sahibinin de zarara katılmayacağına kararlaşdırılabileceği kabul edilmektedir<sup>157</sup>. Bu ihtimalde iç ilişkide zarara gizli ortak tek başına katlanmaktadır<sup>158</sup>. Ancak dikkat etmek gerekir ki zarara katılmaya yönelik bu anlaşma iç ilişkide hüküm ifade edeceğinden, dış ilişkide kendi adına işlem yapan işletme sahibi ortağın üçüncü kişiler karşısındaki sorumluluğunda herhangi bir değişiklik olmayacaktır<sup>159</sup>.

<sup>152</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 231 Nr. 11.

<sup>153</sup> **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1859.

<sup>154</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 29.

<sup>155</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 232 Nr. 31.

<sup>156</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 232 Nr. 30.

<sup>157</sup> **EBJS/Gehrlein**, § 231 Nr. 12; **GroßKommHGB/Zutt**, § 231 Nr. 14; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 231 Nr. 25.

<sup>158</sup> Bu duruma atipik gizli ortaklıklarda yönetim yetkileri esasen gizli ortağa ait iken rastlanabilecektir. **GroßKommHGB/Zutt**, § 231 Nr. 14.

<sup>159</sup> *Ibid.*

## F. Haklar Üzerinde Tasarruf

Hakların devredilebilir nitelikte olup olmadığı hususunda, hakların ortaklık ilişkisinden doğup doğmadığına göre ayırım yapılmaktadır.

Gizli ortağın kazanç payını talebe yarayan alacak hakkının ya da işletme sahibi ortağın vadesi gelmiş katılma payının ifasını talep hakkının, malvarlıksal nitelikleri sebebiyle üçüncü kişilere serbestçe devredilebileceği açıktır<sup>160</sup>. Ancak ortaklıktan doğan ve geniş anlamda yönetime ilişkin olan hakların (gizli ortağın kanunda tanınmış denetim hakkı ya da sözleşmesel diğer yönetim hakları gibi) devri ise mümkün olmamaktadır<sup>161</sup>.

Ortaklık haklarının, daha doğrusu ortak sıfatının devrinin mümkün olduğu hâller de mevcuttur. Gizli ortak yerine başka bir kimsenin ortak olarak girmesi, diğer ortağın rızası<sup>162</sup> ya da bu durumun sözleşmede olumlu bir şekilde düzenlenmesi hâlinde geçerli kabul edilir. Yine bu yolla sınırlı aynî hakların tanınması da olanaklıdır<sup>163</sup>.

Ancak işletme sahibinin ortak sıfatını devri düşünülemez; zira gizli ortaklık ile ticari işletme arasında kurulan bağlantı, işletmeden bağımsız bir işletme sahibi ortak sıfatına izin vermemektedir<sup>164</sup>. Ancak işletme sahibinin bir tüzel kişi olduğu ve yapısal değişikliklere tabi tutulduğu durumlarda, işletme sahibi ortak değişse bile, ticari işletmenin devredilmiş olması ve yapısal değişikliklerde kabul edilen külli halefiyet ilkesi sebebiyle cevaz verilmiş bir ortaklık sıfatını devir durumuyla karşılaşılmaktadır.

## IV. Gizli Ortaklıkta Sona Erme ve Tasfiye

Gizli ortaklıkta sona erme sebepleri, temelde adi ortaklık ile benzer şekilde düzenlenmiş ise de gizli ortaklıkların taşıdığı özellikler nedeniyle farklılık arz eden durumlar da mevcuttur. Bu kısımda ilk olarak gizli ortaklıktaki sona erme sebepleri esasen adi ortaklıkla karşılaştırmalı olarak incelenecek, ikinci olarak ise gizli ortaklıkta tasfiyenin özel durumu, daha doğrusu gizli ortaklıkta tasfiyenin mümkün olmaması açıklanacaktır. Zira gizli ortaklığın malvarlığı bulunmadığından, doğal olarak tasfiyeye konu edilecek bir husus da söz konusu değildir. Bu sebeple gizli ortaklıkta sona ermenin, aynı zamanda yok olma anlamına geldiği kabul edilir<sup>165</sup>.

<sup>160</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 97.

<sup>161</sup> **SchlegelbergerHGB/Schlegelberger**, § 335 Nr. 48.

<sup>162</sup> İkinden çok ortaklı atipik gizli ortaklıklarda diğer tüm ortakların rızası aranacaktır. **GroßKommHGB/Zutt**, §233 Nr. 97.

<sup>163</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 230 Nr. 91 vd.; **EBJS/Gehrlein**, § 230 Nr. 72; **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 100; **Koller/Kindler/Roth/Morck**, § 230 Nr. 26.

<sup>164</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 230 Nr. 98.

<sup>165</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 2; **Schmidt**, Gesellschaftsrecht, s. 1859; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 234 Nr. 1; **SchlegelbergerHGB/Schlegelberger**, § 339 Nr. 2.

## A. Sona Erme

Gizli ortaklıkta sona erme, yani yok olma hâlleri aşağıda kısa açıklamalarla birlikte belirtilecektir; ancak şunu da eklemek gerekir ki ortakların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde başkaca hâller öngörmeleri de mümkündür<sup>166</sup>.

### 1. Sona Erme Sebepleri

#### a. Sürenin sona ermesi ve şartın gerçekleşmesi

Sürenin sona ermesi gibi, ortaklık sözleşmesinde belirtilmiş bir bozucu şartın gerçekleşmesi ile de gizli ortaklık sona erecektir. Bu hususta gizli ortaklık ile adi ortaklık arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>167</sup>.

#### b. İşletme sahibi ortağın ölümü

HGB ile gizli ortağın ölümünün ortaklığı sona erdirmeyeceği ifade edilmişse de (HGB § 234/II), benzer bir sonuç işletme sahibi ortağın ölümü için öngörülmüştür. Zaten işletme sahibi ortağın durumu ile adi ortaklıktaki herhangi bir ortağın durumu arasında bu hususta pek fark bulunmamaktadır<sup>168</sup>. Bu sebeple işletme sahibi ortağın ölümünün, gizli ortaklığı sona erdirdiği kabul edilmektedir<sup>169</sup>.

Ancak ortaklar sözleşmede öngöreceklere bir hüküm ile ortaklığın işletme sahibi ortağın ölümünden sonra da devam edeceğini kararlaştırabilirler<sup>170</sup>. Bu hâlde ortaklık sona ermeyecek ve işletme sahibi ortağın mirasçıları, ticari işletmeyi ortaklık menfaatine işletmeye devam edeceklerdir. Geçiş sırasında yaşanabilecek sorunları önlemek amacıyla, ortaklığın işletme sahibi ortağın ölümünden sonra da devam edeceği hususunun, detaylı düzenlemelere tabi tutulması önerilmektedir<sup>171</sup>.

#### c. Amacın gerçekleşmesi ya da imkânsız hâle gelmesi

Bu konuda da gizli ortaklık, adi ortaklık hükümlerine (BGB § 726) uygun şekilde son bulacaktır. Amacın gerçekleşmesi ya da gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi, adi ortaklığı sona erdiren iki farklı durumdur.

<sup>166</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 32.

<sup>167</sup> **MünchKommHGB/Schmidt**, § 234 Nr. 3; **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 5.

<sup>168</sup> Hatta adi ortaklıktaki mirasçıların devam borcunun gizli ortaklık açısından da uygulanacağı yönünde bkz. **MünchKommHGB/Schmidt**, § 234 Nr. 8 vd.; **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 13.

<sup>169</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 15; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 234 Nr. 7. Ölüm karnesi hâlinde ortaklığın sona ereceği, ancak gaipliğin sadece haklı sebeple feshe imkân tanıyacağı hususunda bkz. *Ibid*

<sup>170</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 33.

<sup>171</sup> **MünchHdb/Polzer**, § 91 Nr. 27; **EBJS/Gehrlein**, § 234 Nr. 12; **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 34; **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 30.

Amacın gerçekleştiğini tespit daha kolay iken, ne zaman imkânsız hâle geldiği hususunda inceleme yapmak gerekli olabilmektedir. İmkânsızlık, hukuki ya da iktisadi sebeplerden kaynaklanabilecektir<sup>172</sup>. Burada önemli olan husus imkânsızlığın geçici olmaması, ortaklığın varlığını anlamsız kılacak şekilde süreklilik içermesidir.

#### d. Ortaklardan birinin iflası

Ortakların iflâsı da yine adi ortaklıkta olduğu gibi gizli ortaklığın sona ermesine sebep olacaktır<sup>173</sup>. Gizli ortaklık ilişkisinde tipik olarak iki ortak bulunduğundan, birinin iflası da her hâlükârda ortaklığı sona erdirecektir; yani bu husus, emredici olarak düzenlenmiştir<sup>174</sup>. Ancak doktrin atipik gizli ortaklıklarda, ikiden fazla ortağın bulunduğu ihtimallerde adi ortaklık için düzenlenmiş bulunan çıkarılma müessesesinin (BGB § 736) burada işletilebileceği ve ortaklığın devam ettirilebileceği görüşündedir<sup>175</sup>.

HGB § 236 ile sona ermenin işletme sahibi ortağın iflası ile gerçekleşmesine ilişkin olarak iki özel düzenleme getirilmiştir. Bilindiği üzere gizli ortağın kazanca katılma hakkı, işletme sahibi ortaktan talep edilebilecek bir alacak hakkı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple Kanun, gizli ortağı da herhangi bir alacaklı olarak kabul etmiş ve diğer ortağın iflası hâlinde alacağını iflas masasına yazdırmasına imkân tanımıştır. Ancak zararın gizli ortağa düşen miktarı bu alaktan fazla ise, hâliyle ortada gizli ortak lehine bir bakiye bulunmadığından, böylesi bir imkân söz konusu olmayacaktır (HGB § 236/I).

HGB § 236/II ile de aynı şekilde ortaklar arasındaki borçlar hukuku ilişkisi gündeme gelecek ve katılma payını henüz ifa etmemiş bulunan gizli ortağın, bu borcu iflas masasına ödemesi gerekecektir.

#### e. Ortaklık kararı

Ortaklığın, tüm ortakların bu yöndeki irade açıklamaları sonucunda alınacak bir karar ile sona erdirilmesi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli kabul edilen bir sona erme sebebidir<sup>176</sup>. Oy çoğunluğu ile bu yönde bir karar alınabilmesi gizli ortaklıkta iki şartın varlığına bağlanmıştır. İlk olarak işin doğası gereği, ikiden fazla ortağın bulunduğu atipik bir gizli ortaklık mevcut olmalıdır; aksi takdirde çoğunluk

<sup>172</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 234 Nr. 16; GroßKommHGB/Zutt, § 234 Nr. 7.

<sup>173</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 234 Nr. 11; GroßKommHGB/Zutt, § 234 Nr. 8.

<sup>174</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 234 Nr. 11.

<sup>175</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 234 Nr. 1; GroßKommHGB/Zutt, § 234 Nr. 9; bu imkânın aynı şartları haiz bir gizli ortaklıkta ortaklığın feshini isteyen ortak için de kullanılabilmesi yönünde bkz. MünchKommHGB/Schmidt, § 234 Nr. 19.

<sup>176</sup> Karahan/Akın, s. 101; Poroy(Tekinalp/Çamoğlu), s. 80; GroßKommHGB/Zutt, § 234 Nr. 6.



ile oybirliği zaten aynı sayıya (iki) işaret edecektir. Aranacak olan ikinci şart ise, gizli ortaklık sözleşmesinde bu yönde bir hükmün bulunmasıdır<sup>177</sup>. Bu iki şartın varlığı hâlinde ortaklık, çoğunluğun bu yöndeki kararı ile de sona erdirilebilir.

### f. Olağan fesih

HGB § 234/I hükmü ile gizli ortaklığın olağan feshine ilişkin olarak kolektif şirket hükümlerine atıf yapılmış ve ortaklığın feshini istemeye, bu hükümler uyarınca gizli ortak ve işletme sahibi ortak gibi, gizli ortağın alacaklısının<sup>178</sup> da yetkili olduğu ifade edilmiştir.

HGB'nin ilgili § 132, § 134 ve § 135 hükümlerine göre, belirsiz süreli ortaklık en az altı ay önceden yapılacak fesih beyanı ile ve faaliyet yılı sonunda hüküm ifade edecek şekilde sona erdirilebilecektir<sup>179</sup>.

Aynı TBK m. 640 hükmünde olduğu gibi, burada da ortaklardan birinin ömrü boyunca sürmek üzere kurulmuş olan ya da belirli bir süre için kurulup da bu sürenin bitiminden sonra da devam ettirilen ortaklıklar, belirsiz süreli ortaklık olarak kabul edilmiştir (HGB § 134).

HGB § 234 ile BGB 723'e yapılan atfın bu maddenin üçüncü fıkrasını da içerdiğini kabul eden doktrin<sup>180</sup>, olağan fesih hakkının sözleşme ile kaldırılamayacağını ifade etmektedir. Ancak, süreler vb. hususlarda sözleşme ile değişiklik yapılması ve hatta ortaklar için farklı kuralların benimsenmesi mümkündür<sup>181</sup>.

### g. Olağanüstü fesih

Kanun koyucu olağanüstü fesih hakkını ise BGB § 723 hükmüne atıf yaparak düzenlemiştir. Ticaret şirketlerindeki düzenlemeden farklı olarak olağanüstü fesih hakkı, daha doğrusu haklı sebeple fesih hakkı mahkeme kararı gerekmeksizin fesih beyanı ile kullanılabilir<sup>182</sup>.

Haklı sebepten anlaşılması gereken, somut olayda beyanda bulunan ortaktan

<sup>177</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 6.

<sup>178</sup> İşletme sahibi ortağın alacaklısına ise fesih imkânı tanınmadığı ve tanınmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. **MünchHdb/Polzer**, § 91 Nr. 19; **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 52; **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 22; **EBJS/Gehrlein**, § 234 Nr. 31.

<sup>179</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 2; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 234 Nr. 44.

<sup>180</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 12; **MünchHdb/Polzer**, § 91 Nr. 7; **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 23; **EBJS/Gehrlein**, § 234 Nr. 25; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 234 Nr. 47.

<sup>181</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 12; **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 22; **MünchHdb/Polzer**, § 91 Nr. 6 & 7.

<sup>182</sup> **MünchHdb/Polzer**, § 91 Nr. 8; **EBJS/Gehrlein**, § 234 Nr. 27; **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 24.

sürelî sözleşmelerde sürenin sonuna, diğêr durumlarda olağan fesih hakkını kullansa idi ortaklığın sona ereceği ana kadar ortaklık ilişkisini devam ettirmesinin beklene-meyecek olmasıdır<sup>183</sup>.

Belirtmek gerekir ki bu hüküm emredici olup, ortakların sözleşme ile haklı sebeple fesih imkânını kaldırmaları mümkün değildir<sup>184</sup>.

## h. Ortak sıfatlarının birleşmesi

Gizli ortak ile işletme sahibi ortak sıfatlarının tek kişide birleşmesi ile de ortaklığın sona ereceği ifade edilmektedir<sup>185</sup>. Misal olarak işletme sahibinin, gizli ortağın tek mirasçısı olarak terekeye küllen halef olması hâlinde tek bir kişi hem işletme sahibi, hem de gizli ortak sıfatlarına sahip olacaktır. Bu ihtimalde borç ilişkisinin alacaklı ve borçlu tarafları birleşecek (*konfusion*) ve borç ilişkisi, yani gizli ortaklık ortadan kalkmış olacaktır.

## 2. Gizli Ortağın Ölümü

HGB § 234/I uyarınca gizli ortaklık, gizli ortağın ölümünden sonra da devam edecektir<sup>186</sup>. Bu sebeple, ortakların ölümünün ortaklığa etkisi tamamen farklı olmaktadır. Burada, kural olarak ortaklık gizli ortağın mirasçılarının murisin yerini alması ile devam edecektir. Kanun koyucunun bu tercihinin sebebi, gizli ortağın silik bir ortak portresi (komanditer ortağa benzer şekilde) çiziyor olmasıdır. Ancak bu durumun aksinin sözleşme ile kararlaştırılması ve gizli ortağın ölümünün ortaklığın yok olmasına yol açması da mümkündür.

Gizli ortağın ortaklıktan doğan hakları, külli halefiyet gereği miras ortaklığına geçecektir<sup>187</sup>. Mirasın paylaştırıldığı noktada ise, bir ya da birkaç mirasçının ortaklıktan doğan hakları edinmesinin işletme sahibinin rızasına bağlı olduğu ifade edilmektedir<sup>188</sup>. Bu rızanın ortaklık sözleşmesi ile verilmesi de mümkündür<sup>189</sup>. Kanaatimizce rıza mecburiyeti, *affectio societatis* unsurunun varlığı ve gizli ortaklığın nihayetinde bir ortaklık olması ile ilişkilidir ve makul kabul edilmelidir.

<sup>183</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 25; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 234 Nr. 49.

<sup>184</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 19; **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 28; **Peter**, s. 185.

<sup>185</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 31; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 234 Nr. 60.

<sup>186</sup> **EBJS/Gehrlein**, § 234 Nr. 35; **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 39.

<sup>187</sup> Atipik gizli ortaklıklara ilişkin olarak bu durum tartışmalı kabul edilmekte ve ortaklığın küllen geçişine ilişkin olarak ortaklık sözleşmesine hüküm konulması tavsiye edilmektedir. Bu yönde bkz. **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 39.

<sup>188</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 40; **EBJS/Gehrlein**, § 234 Nr. 36. Tersî ihtimalde, yani işletme sahibinin öldüğu ihtimalde, eğer sözleşmesel bir anlaşma var ve gizli ortaklık devam edecek ise, bu sefer gizli ortağın rızası gerekeceği yönünde bkz. **GroßKommHGB/Zutt**, § 234 Nr. 10.

<sup>189</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 234 Nr. 40.

Cevaplanması gereken diğer bir soru ise, mirasçıların gizli ortaklığı devamı mecbur olup olmadığıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu soruya HGB § 234/II hükmünde cevap verilmiş değildir ve bu hüküm emredici olmadığından taraflar arzu ettikleri şekilde düzenleme yapabilir, kanun hükümlerinin detay içermemesinin yarattığı sorunların önüne geçebilirler<sup>190</sup>. Ancak bu yönde düzenlemelerin yokluğunda, kanaatimce mirasçıların da ortaklığı feshetme imkânı olduğu kabul edilmelidir. Zira kanun hükümlerinin gizli ortağın ortaklığa etkisini dikkate alarak tanımış olduğu ortaklığı devam ettirme imkânı, bir zorunluluk arz etmemelidir. Etki ne kadar sili olursa olsun ortada borçlar hukuku sözleşmesini aşan bir sözleşme ve şahıs şirketlerine yaklaşan bir ortaklık yapısı mevcut bulunduğundan, ortakların ortak olup olmama hususunda şahsi söz hakları bulunmalıdır.

### 3. Yapısal Değişikliklerde Durum

Ticari işletmeyle ilgili bazı yapısal değişikliklerin gerçekleştirilmesi ya da ortaklardan birinin birleşme vb. yapısal değişikliklere maruz kalması esasen gerekli unsurlarda bir eksilmeye yol açmayacağından gizli ortaklığın sona ermesi de söz konusu olmayacaktır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, her bir değişikliğin ortak amacın varlığını ortadan kaldıracığıdır; eğer, başlı başına bir sona erme sebebi olmayan değişiklikler, ortak amaç veya *affectio societatis* unsurlarını ortadan kaldıracak nitelikteyse, o andan itibaren bir gizli ortaklık ile karşı karşıya olunmadığı kabul edilmelidir. O andan sonra muhtemeldir ki hukuki ilişki borçlar hukuku sözleşmesi niteliği taşıyacaktır<sup>191</sup>. Aynı şekilde sona ermeye yol açmayan değişikliklerin ortaklara ortaklığı haklı sebeple fesih imkânı vermesi de olasıdır<sup>192</sup>.

### B. Tasfiye

Gizli ortaklığın tasfiyeye tabi tutulabilecek bir malvarlığı bulunmadığını ifade etmiştik<sup>193</sup>. Bu durumun sonucu olarak sona erme, gizli ortaklık için aynı anda yok olma anlamına gelecektir. Ortaklık tasfiyeye tabi tutulmasa ve ortakların tasfiye payları hesaplanmasa da son bulan hukuki ilişki sebebiyle sözleşme taraflarının haklarının düzenlenmesi gerekmektedir. Kanun koyucu da gizli ortaklıkla ilgili son iki hükümde bu durumu düzenlemiştir.

### 1. Genel Olarak

HGB § 235/I uyarınca sona ermeyi takiben ortaklar arasında gerçekleştirilecek

<sup>190</sup> Oetker/Schubert HGB, § 234 Nr. 41.

<sup>191</sup> MünchKommHGB/Schmidt, § 234 Nr. 30 vd.

<sup>192</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 234 Nr. 20.

<sup>193</sup> GroßKommHGB/Zutt, § 235 Nr. 1; Schmidt, Gesellschaftsrecht, s. 1861; Peter, s. 188.

bir hesaplaşma sonrasında gizli ortağın alacağına nakdî karşılığı belirlenmek durumundadır. Bu belirleme ile işletme sahibinin, gizli ortağa ifa etmesi gereken para borcu ortaya çıkar<sup>194</sup>.

Tipik gizli ortaklıkta bu borç, katılma payının iadesini ve gerçekleştirilen faaliyetler sonucunda kazanılmış ancak henüz ödenmemiş kazançları içermektedir<sup>195</sup>. Ancak bu hüküm emredici olmadığından, tarafların gizli ortağın alacağı uzlaşma payının içeriğini serbestçe kararlaştırması da mümkündür<sup>196</sup>.

## 2. HGB § 236

Bu hüküm, sona ermenin işletme sahibi ortağın iflasına bağlı olarak gerçekleştiği durumlarda gizli ortağın hak ve borçlarını düzenlemektedir.

Hükümün ilk fıkrasına göre gizli ortak, uzlaşma payı hesabı sonrasında bir alacak hakkı edinecek ise, yani kendisine düşen pay katlanması gereken zararları aşılıyor ise, bu tutarı iflas masasına alacak olarak yazdırabilecektir (HGB § 236/I). Bu durumda gizli ortak da herhangi bir iflas alacaklısı konumunda olacaktır<sup>197</sup>.

Ancak korunması gerekenin iflas masasının alacağı olması da mümkündür. Gizli ortağın ifa etmediği sermaye koyma borcu bulunuyor ise ve sözleşmede gizli ortağın zarara katlanmayacağı yönünde bir hüküm de yoksa<sup>198</sup> bu ortak, zararın kendi payına düşen kısmını kapatılabilmek amacıyla borcunu iflas masasına ifa etmek zorunda kalabilecektir (HGB § 236/II).

## 3. HGB § 235/II

Sözleşme ile aksi kararlaştırılabilecek olan<sup>199</sup> bu iki hüküm ile sona erme sırasında tamamlanmamış işlerin akıbetinin ne olacağı düzenlenmiştir. Gizli ortaklıkta tasfiye payının olmaması ve bunun hesabı için gerçekleştirilecek geniş çaplı muhasebe işlemlerinin yokluğu, uzlaşma payı esnasında dikkate alınan miktarın tamamlanmış işlerden doğan kazançla sınırlı olmasına yol açmaktadır.

Bu durumun gizli ortaklık aleyhine doğurduğu sonuçları bertaraf etmek adına

<sup>194</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 235 Nr. 2; **Kötter**, s. 227.

<sup>195</sup> Gizli ortağın ortaklık malvarlığına daha geniş katılımını öngören atipik gizli ortaklık tipi için bkz. II/B; ve ayrıca bu durumun tasfiyeye etkisi hususunda **GroßKommHGB/Zutt**, § 235 Nr. 14 vd.

<sup>196</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 235 Nr. 3.

<sup>197</sup> **EBJS/Gehrlein**, § 236, Nr. 8; **Oetker/Schubert HGB**, § 236 Nr. 6; **GroßKommHGB/Zutt**, § 236 Nr. 8; **MünchHdb/Polzer**, § 93 Nr. 6.

<sup>198</sup> **Oetker/Schubert HGB**, § 236 Nr. 8 vd.; **GroßKommHGB/Zutt**, § 236 Nr. 9.

<sup>199</sup> **GroßKommHGB/Zutt**, § 233 Nr. 28; **MünchKommHGB/Schmidt**, § 235 Nr. 48.

HGB, sona erme esnasında tamamlanmamış işlerin işletme sahibi ortak tarafından yürütüleceğini ve gizli ortağın bu işlerden doğacak olan kâr ve zarara katılacağını düzenlemiştir (HGB § 235/I).

Kanun koyucu, gizli ortağa bu işlerden doğan bir alacak hakkı tanımakla yetinmemiş, her faaliyet yılı sonunda o yıl tamamlanmış ve ayrıca henüz devam eden işler hakkında bilgi alma yetkisi de vermiştir (HGB § 235/II).

## SONUÇ

Gizli ortaklık hem yatırımcılar hem de işletme sahipleri tarafından tercih edilebilen, ticaret hayatının ciddi ihtiyaçlarından bazılarına cevap veren önemli bir kurumdur. Onu diğer ortaklık türlerinden ayıran en önemli özelliği ise taraflardan birine sağladığı gizlilik, anonim olma imkânıdır. Bu imkândan yararlanmayı tercih eden kişiler genellikle, ellerindeki malvarlığı unsurlarını ticarete değerlendirmek isteyen, ancak türlü sebepten adlarının bilinmesini istemeyen kişilerdir.

Şeffaflık günümüz şirketler hukuku teorisinde kendine gittikçe daha sık yer buluyor ise de bu ilkenin temelinde üçüncü kişilerin ekonomik menfaatlerini korumanın en önemli yeri tuttuğu açıktır. Gizli ortaklığın hukuki konumu bakımından üçüncü kişileri tehlikeye atmadığı, işlem yaptıkları taraf konusunda hukuken bir yanılığa maruz bırakmadığı ve taraf olarak kabul ettikleri kişiye ait malvarlığından alacaklarını tatmin etme olanaklarının sınırlandırılmadığı düşünülürse, bu ortaklık tipi bakımından gizlilikten korkmanın yersiz olduğu da anlaşılacaktır.

Sağladığı bu avantajlar ve ticari hayatta tuttuğu önemli yere rağmen gizli ortaklık, İsviçre ve Türk hukuklarında kendilerine kaynak olarak ancak adi ortaklık hükümlerini bulabilmektedir. Bu ortaklık tipinin de unsurları bakımından bir adi ortaklık türü olduğunda tartışma yok ise de ortakların iki farklı rejime bağlanmış olması adi ortaklık hükümlerinin buradaki uygulanabilirliğini önemli ölçüde sınırlamaktadır. Bu sebeple yorum yaparken yararlanabileceğimiz adi ortaklık hükümleri gibi kurumun yapısına uymayan bazı emredici adi ortaklık hükümleri de gizli ortaklık karşısında işlevsiz kalmaktadır. Bu sebeple uygulanacak hükümler, korporatif açıdan benzerlik gösterdiği şahıs şirketlerinde de aranabilmektedir. Sonuçta gizli ortaklık, bir ortaklık ilişkisidir ve kişiler sözleşme tarafı sıfatından daha sıkı bir ilişkiyi anlatan ortak sıfatına layık görül müştür.

Ortaklıklar ile ödünç sözleşmeleri arasında bir yerlere oturabileceğimiz bu ortaklık türü, önemi sebebiyle Alman pozitif hukukunda kendine yer bulmuştur. Alman Ticaret Kanunu 230 vd. paragraflarda gizli ortaklığı bir ortaklık türü olarak düzenlemiş, ancak bu düzenleme sırasında onun kredi fonksiyonunu dikkate almayı da ihmal etmemiştir. Kanun koyucu ortakların kâr ve zarara katılmada son derece serbest bir rejimde hareket etmelerine imkân tanımış, yönetim yetkilerini kural ola-

rak işletme sahibi olan ortakta bırakmış; buna karşılık gizli ortağa menfaatlerini koruyabilmesi için bir takım denetim hakları ile kazanç payını alacak hakkı olarak talep etme imkânı tanımıştır. Ancak tüm ortaklık ticari işletme etrafında dönecek şekilde tasarlanmış, işletilen işletme ticari olmadığı takdirde HGB hükümleri uyarınca bir gizli ortaklığın bulunmayacağına hükmedilmiştir.

Alman hukukundaki bu sınırlayıcı hükümler, özel düzenlemenin bulunmadığı Türk ve İsviçre hukukları için gereğinden büyük bir kısıtlama teşkil ettiklerinden, ülkemiz hukukunda gizli ortaklığın, Alman hukukundaki hem kanuni, yani tipik, hem de kanunen düzenlenmiş olandan ayırık düzenlemeler içeren, yani atipik gizli ortaklığı kapsadığı kabul edilmektedir.

Malvarlığı bulunmayan ve bu sebeple tasfiyesi de söz konusu olmayan – ki bu da onu diğer adi ortaklıklardan ayıran önemli bir husustur – gizli ortaklığın içine sokulacağı hukuki çerçeve adi ortaklıklar ile diğer şahıs ortaklıklarına ait hukuki kurallar harmanlanarak ortaya konulacaktır; dikkat edilmesi gereken nokta, ortakların hak ve borçlarının ne şekilde düzenlendiği ve onlara ortaklıkta tanınan yerin hangi kurumla benzerlik gösterdiği.

## KISALTMALAR

<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>bkz.</b>	Bakınız
<b>dn.</b>	Dipnot
<b>HGB</b>	Handelsgesetzbuch
<b>m.</b>	Madde
<b>Nr.</b>	Numara (Nummer - Randnummer)
<b>s.</b>	Sayfa
<b>TBK</b>	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>vb.</b>	Ve benzeri
<b>vd.</b>	Ve devamı

## KAYNAKÇA

- Akın, Murat Yusuf. **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**. 1. Baskı. İstanbul: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, 2002.
- Barlas, Nami. **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Bilgili, Fatih. **Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri**. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Canaris, Claus-Wilhelm (Ed.). **Handelsgesetzbuch: Großkommentar (Begründet von Hermann Staub)**. 4. Baskı, Berlin: de Gruyter, 2004. (anılış: *GroßKommHGB/Yazar*)

- Duden, Konrad / Hopt, Klaus J. **Handelsgesetzbuch: Beck'sche Kurz-Kommentare (begründet von Adolf Baumbach)**. 24. Baskı. München: Beck, 1980.
- Ebenroth, Carsten Thomas / Boujong, Karlheinz / Joost, Detlev / Strohn, Lutz. **Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342e**. 3. Baskı. München: C. H. Beck / Franz Vahlen, 2014. (anılış: *EBJS/Yazar*)
- Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang / Hildebrandt, Wolfgang / Schröder, Georg. **Schlegelberger Handelsgesetzbuch 2. Band**. Berlin: Verlag Franz Vahlen, 1955. (anılış: *SchlegelbergerHGB/Yazar*)
- Gummert, Hans / Weipert, Lutz (Hrsg.). **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft**. 4. Baskı. München: C. H. Beck, 2014. (anılış: *MünchHdb/Yazar*)
- Karahan, Sami (Ed.). **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2013. (anılış: *Karahan/Yazar*)
- Koller, Ingo / Kindler, Peter / Roth, Wulf-Henning / Morck, Winfried. **Handelsgesetzbuch: HGB**. 8. Baskı. München: C. H. Beck, 2014.
- Kort, Michael. "Das Informations- und Prüfungsrecht des stillen Gesellschafters gemäß § 233 HGB", **DStR**, 1997, Heft 35, s. 1372-1376.
- Kötter, Hans-Wilhelm. **Heymann – Kötter Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen**. 20. Baskı. Berlin: de Gruyter, 1950.
- Meier-Hayoz / Forstmoser. **Droit suisse des sociétés**. 1. Baskı. Berne: Stämpfli Editions, 2015.
- Oetker, Hartmut (Hrsg.). **Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB)**. 4. Baskı. München: C. H. Beck, 2015. (anılış: *Oetker/Yazar HGB*)
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami. **Medeni Hukuk**. 15. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Otto, Heinz. **Die stille Gesellschaft**. 2. Baskı. Heidelberg: Heidelberger Fachbücherei, 1969.
- Peter, Karl. **Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen**. 3. Baskı. Berlin: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1971.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin. **Ortaklıklar Hukuku I**. 13. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014. (anılış: *Poroy(Tekinalp/Çamoğlu)*)
- Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013. (anılış: *Pulaşlı, Genel Esaslar*)
- Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Şerhi**. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015. (anılış: *Pulaşlı, Şerh*)
- Schmidt, Karsten. **Gesellschaftsrecht**. 4. Baskı. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2002. (anılış: *Schmidt, Gesellschaftsrecht*)
- Schmidt, Karsten (Hrsg.). **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band III**. 2. Baskı. München: C. H. Beck / Franz Vahlen, 2007. (anılış: *MünchKommHGB/Yazar*)

Sudhoff, Heinrich. **Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften**. 6. Baskı. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985.

Şener, Oruç Hami. **Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.



# TAHVİLLERE SAĞLANAN KÂR PAYI HAKKI VE HAK SAHİPLERİNİN KORUNMASI

## (The Right to Dividends Provided For Bonds and Protection of Right Holders)

Yrd. Doç.Dr. Buket ÇATAKOĞLU\*

### ÖZET

Makalede borçlanma yoluyla finansman temin etmede kullanılan bir sermaye piyasası aracı ve menkul kıymet olarak tahvillere sağlanan kâr payı hakkının hukuki dayanağı, niteliği, ekonomik bakımdan taşıdığı önem, hakkın kullanımına ilişkin esaslar ve tasarruflarını kâr payı hakkı içeren tahvillere yatıran hak sahiplerinin korunması hususları incelenmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Kâra katılmalı tahviller, kâr payı, şarta bağlı alacak hakkı, sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi, oydan yoksun pay.

### *Abstract*

In this paper, which is used to provide financing through debt capital market instruments and securities, bonds, provided that the right to the dividends is examined. The legal basis, characteristic and economic importance of the right, the principles for the use of the right and protection of right holders who deposited their savings in bonds that include the right to dividends are dealt with issues.

**Keywords:** Adjustment bonds, dividend, contingent claim, profit sharing loan agreement, non-voting shares.

### GİRİŞ

Kârdan pay alma hakkı, tahvil yatırımcıları bakımından, ortaklıklar hukuku anlamında şirkete katılma payının karşılığı ve hukuki semeresi olan kâr payını değil, şirket kazancından verilecek belirli bir oranı ifade etmektedir.

---

\* Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

Tahviller, ihraççı ile yatırımcılar arasındaki ödünç sözleşmesi<sup>1</sup> temeline dayalı olarak ihraç edilen, yatırımcılarına dönemsel faiz geliri ile taksitler halinde yahut da vade sonunda tek bir seferde olmak üzere anapara ödemesi yapılmak suretiyle itfa edilen bir borçlanma aracı ve geniş anlamda sermaye piyasası aracı türüdür. Bu bağlamda tasarruf sahiplerini söz konusu sermaye piyasası aracına yatırım yapmaya yönelten asıl faktör, ihraççının kâr ya da zarar etmesinden bağımsız olarak belirli dönemlerde ödemeyi yükümlendiği ve bu anlamda sabit getiri imkanı sunan faiz getirisidir. Ancak özellikle ihraççının kazançlı geçirdiği bir faaliyet dönemi sonunda, yatırımcıların net dönem kârındaki artışa paralel olarak elde edecekleri getirinin de artması olanağı, tahviller gibi sabit getiri garantisi taşıyan borçlanma araçlarında söz konusu değildir. Bu durum, sermaye piyasasının devamlı surette gelişimini ve piyasanın yeni araçlarla çeşitlendirilmesi suretiyle dinamikliğini hedef alan düzenleyiciler tarafından da düşünülmüş ve tahvillerin faiz getirisine ek olarak ihraççı şirketin kârından da pay alabilecek ya da sadece ihraççı kârına katılmayı sağlayacak biçimde ihracı mümkün kılınmıştır. Bu bağlamda çalışmamız, tahvillere sağlanan kâr payı hakkını ve bu tahvil türüne yatırım yapan hak sahiplerinin korunması meselesini, TTK ve sermaye piyasası mevzuatımız çerçevesinde incelemeyi ve önerilerimizi paylaşmayı amaçlamaktadır.

## I. Hakkın Hukuki Dayanağı

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından yayımlanan II-31.1 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği'nin<sup>2</sup> 16. maddesi, "*tahvillere kârdan pay verilmesi*" başlığını taşımaktadır. Maddede ihraççıların, esas sözleşmelerinde veya varsa özel mevzuatlarında hü-

<sup>1</sup> Türkiye'deki uygulamaya göre anonim ortaklıklar, ortak sayılarını ve sermayelerini artırmadan piyasaya başvurarak borçlanmakta ve karşılığında piyasada dolaşım yeteneği olan tahvil ihraç etmektedirler. Dolayısıyla bir tahvile yatırım yapıldığında, esasında ödünç para verilmiş olur. Karşılığında ise anapara ve belirli bir oranda getiri (faiz) elde edilir. Tahvil hamilinin şirkete kullandığı sermaye yabancı sermayedir ve tahvil hamili tahvili çıkaran kuruluşun uzun vadeli alacaklıdır (Babuşcu, Şenol/ Hazar, Adalet, Menkul Kıymetler ve Diğer Sermaye Piyasası Araçları, Ankara, (Ağustos) 2007, s.31-32; Samuncu, Meral, Türkiye'de Menkul Sermaye Piyasası ve Bankacılıkta Uygulama Alanları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987, s.31-32). Tahvil ihraççı ve halka arzı, esasında iki yönü bulunan bir işlemdir. Zira bir yandan SerPK'da "sermaye piyasası araçlarının satışı" kenar başlığını taşıyan m.12'de açıkça ifade edildiği üzere, bir menkul kıymet satışı karşısında bulunulmaktadır; diğer yandan satışa çıkarılan menkul kıymetlerde kendisini gösteren hak, ödünç vermeden doğan bir alacak hakkıdır (Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, 4. Baskı, İstanbul, 2008, s.341). Tahvillerin adı veya ticari ödünçten farklı hükümlere bağlanması, ödünç sözleşmesinin birçok noktada anılan menkul kıymetlere uymaması veya hukuk dogmatikinden bazen değişik olumsuz sonuçlar çıkabileceği düşüncesi bu temeli değiştirmez. Tahvillere yatırım yapan hak sahipleri, ödünç veren ve dolayısıyla alacaklı, ihraççılar ise ödünç alan ve dolayısıyla borçlu sıfatına sahiptir. Bir adet tahvil, bütünlük gösteren bir tertibe ait ihraç borcunun bir parçasını oluşturur (Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/ Çamoğlu, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, (Eylül) 2010, s. s.629, N.1259).

<sup>2</sup> RG: 07.06.2013, S.28670.

küm bulunmak şartıyla tahvillere kârdan pay verebilecekleri belirtilmektedir. Buna göre ihraççılar, tahvil yatırımcılarına sağlayacakları kârdan pay alma hakkının yerine getirilmesinde, yani tahvillere ödeyecekleri kâr payının belirlenmesinde üç esastan birini tercih edebilecektir. Bu esaslar şöyledir: a) Faiz ve buna ek olarak tahvile kârdan pay verilmesi, b) Kâr payının faizden daha az olması halinde faiz ödenmesi; faiz getirisine eşit veya daha fazla kâr payı tahakkuk etmişse kâr payının ödenmesi, c) Bir faiz öngörülmezsizin tahvile kârdan pay verilmesi.

Esasında tahvil yatırımcılarının ihraççı şirketin kârından pay alma hakkı, mevzuatımızda çok daha önceden beri mevcut olan bir imkandı. Anonim şirket esas sözleşme içeriğini düzenleyen 6762 sayılı TTK (eTK) 279/V hükmünde; kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kazancından sağlanacak özel menfaatler, sözleşme içeriğine yazılacak hususlar arasında sayılmıştı. Burada şirket kazancından yararlandırılacak kişiler arasında sayılan “diğer kimseler” arasına tahvil sahiplerinin de gireceği doktrinde kabul edilmekteydi<sup>3</sup>. Bunun dışında eTK’da tahvillerin düzenlendiği m.420-433 hükümleri arasında kâra katılma hakkı veren tahvili önleyici açık ya da kapalı bir hüküm bulunmamakta; aksine m.421’de ikramiyeli ve ikramiyesiz tahvillerden söz edilmek suretiyle çeşitli türde tahvillere geçerlik tanındığı görülmekteydi<sup>4</sup>. Nihayetinde, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 22 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’yla<sup>5</sup> da tahvillere kârdan pay verilebileceği özel olarak düzenlenmiş, ardından da konuya ilişkin bir SPK Tebliği<sup>6</sup> yayımlanmış ve bu tahviller “kâra iştirakli tahviller”<sup>7</sup> olarak adlandırılmıştı. Tahvillere kârdan pay alma hakkı verilmesi, şu anki mevzuatımız açısından da aynen devam etmektedir. Yukarıda II-31.1 sayılı Tebliğ’de buna imkan veren hükümleri az evvel belirttik. Tebliğ’de yer alan bu hükümlerin dayanağını, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m.19/V’teki; “halka açık ortaklıklar tarafından.....pay sahibi dışındaki kimselere kârdan pay dağıtılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şarttır.....” şeklindeki düzenleme oluşturmaktadır. Ayrıca TTK’da da buna paralel nitelikte düzenlemeler mevcuttur.

<sup>3</sup> Arslanlı, Halil, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, C. II-III, İstanbul, 1960, s.309; Tekinalp, Ünal (Poroy, Reha/ Çamoğlu, Ersin), Ortaklıklar Hukuku, C.I, 2. Baskı, İstanbul, 1975-1976, s.602; İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, 1989, s.428; İmregün, Oğuz, “Sermaye Piyasasının Tekevvününde Tahviller, Çeşitleri ve Oynadıkları Rol”, III’üncü Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs 1963), Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1964, s.263-264; s.272.

<sup>4</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar C.I, s.602; Çevik, Orhan Nuri, Anonim Şirketler, 4. Baskı, Ankara, (Mart) 2002, s.841.

<sup>5</sup> RG: 29.08.1974, S.14991.

<sup>6</sup> II/7 sayılı Kâra İştirakli Tahvil İhraç Esasları Tebliği, RG: 18.11.1983, S.18220. Kurul bu Tebliğ’i 1992 yılında yeniden düzenlemiştir. Bkz. II/16 sayılı Tebliğ, RG: 14.07.1992, S.21284.

<sup>7</sup> Söz konusu Kurul Tebliği hükümleri doğrultusunda kâra iştirakli tahvillerin özellik, nitelik ve türleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Üçışık, Güzin, “Kâra İştirakli Tahviller”, MÜHAD, C.IV, S.1-3, (Ocak-Aralık) 1989, s.53 vd.

Öncelikle “*borçlanma senetleriyle alma ve değiştirme hakkını içeren menkul kıymetler*” başlıklı m.504'teki “*her çeşidi ile tahviller*” ibaresi, buna ek olarak eTK.279/V'in karşılığını oluşturan m.339/II'nin (f) bendinde; “.....*diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler*”in anonim şirket esas sözleşme içeriğine dahil unsurlar arasında zikredilmesi, tahvillerin sadece faiz ödeme taahhüdünü içeren adi tahviller şeklinde değil, kârdan pay alma hakkını içerenler de dahil, farklı türlerde ihracının mümkün olduğunu göstermektedir.

## II. Hakkın Niteliği ve Hukuki Temeli

### A. Niteliği

Tahvillere sağlanan kârdan pay alma hakkı, aynı zamanda bu hakkı içeren tahvillerin farklı bir tahvil türü olarak anılmasını sağladığından, tahvil yatırımcılarının kâr payı hakkına ilişkin olan açıklamalarımız, tabiatıyla kâra katılmalı tahvil türünün nitelik ve özellikleri anlamına gelecektir.

Bu bağlamda anılan tahviller, bir yandan şirketlerin finansman olanaklarını genişletmek, diğer yandan küçük tasarruf sahiplerinde sermaye birikimini özendirme amacıyla, özellikle Amerikan ekonomisinde yaygın olarak uygulanmış ve başarıya ulaşmış bir finansman yöntemi olarak, Türk piyasalarında da denenmesi hedefiyle ihdas edilmiş bir borçlanma aracıdır<sup>8</sup>. Bu tahvillerin en önemli özelliği, değişmez orandaki faiz yerine, şirketin kârı ile birlikte değişebilen nitelikte gelir sağlamasıdır<sup>9</sup>. Adi tahvillerde şirket borcunun miktarı sadece verilen ödünç miktarına bağlı olup değişmemekte, kâra katılma hakkı sağlayan tahvillerde ise verilen ödünç miktarının yanı sıra şirketin elde edeceği kâra göre belirmektedir<sup>10</sup>. Söz konusu tahvil yatırımcılarının ihraççı şirketin kârından pay alma hakları, eğer yatırımcılara maktu faiz ve buna ek olarak kârdan pay alınması taahhüt edilmemişse, ancak şirketin kâr elde etmesi halinde mümkündür. Bu şart gerçekleşmediği takdirde tahvil sahibinin herhangi bir ödeme talebinde bulunması mümkün değildir. Dolayısıyla kârdan pay alma hakkı ya da diğer bir ifadeyle kâra katılmalı tahviller, şarta bağlı bir borç ilişkisinden doğmakta, yatırımcıların alacağı da şarta bağlı olacak niteliği göstermektedir<sup>11</sup>.

Sözleşme hukukunda şart, hukuki bir sonucun gelecekte gerçekleşmesi şüpheli olumlu veya olumsuz bir olaya bağlanmasıdır<sup>12</sup>. Şarta bağlı borç ilişkisi de, sonuçları-

<sup>8</sup> Çevik, s.841.

<sup>9</sup> Tekinalp, Ünal, “Kâra İştirakli Tahvil”, Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, C.XI, S.10, (Ekim) 1974, s.3.

<sup>10</sup> Üçışık, s.54.

<sup>11</sup> Üçışık, s.54.

<sup>12</sup> Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989, s.7-8; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2013, s.1161; Hatemi, Hüseyin/ Gök-

nın doğması veya ortadan kalkması, gelecekte gerçekleşmesi belirsiz bir olaya bağlanmış olan borç ilişkisidir. TBK'da "koşula bağlı borçlar" başlığı altında (m.170-176) düzenlenen şart sayesinde taraflar, hukuki işlem ve sözleşmelerini gelecekteki olaylara ve bunların olası gelişmelerine uyarlama imkanı bulurlar<sup>13</sup>. Böylece tahvillere sağlanan kâr payı hakkı sayesinde yatırımcılar, başlangıçta tespit edilen sabit bir getiri oranına razı olmak yerine, özellikle ihraççının kazançlı bir faaliyet dönemi sonunda ödeyeceği çok daha yüksek miktarda bir gelire sahip olma, yani ihraççı ile arasındaki borç ilişkisinin, ihraççının yükselen kâr grafiğine göre şekillenmesi imkanına sahip olmaktadır.

Hukuki işlemin, örneğin bir sözleşmenin sonuçlarını doğurması, gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı ise, geciktirici şart söz konusudur (TBK.170/D)<sup>14</sup>. Belirsiz olay gerçekleştiği anda hukuki sonuçlar ortaya çıkar. Bu aşamaya kadar sözleşme askıdadır. Taraflar şart gerçekleşmeden önce de sözleşmeyle bağlı olmakla birlikte, hüküm ve sonuçlar ancak şartın vukuundan itibaren doğar. Şart gerçekleşmeden alacak hakkı doğmadığı için, alacaklı borçludan ifayı talep ve dava edemez. Alacağın muaccel olması ve zamanaşımına uğraması da söz konusu olmaz. Alacaklının askı döneminde sözleşmeden doğacak hak üzerinde sadece beklenen (muntazar) bir hakkı<sup>15</sup> vardır. Alacaklı, şart gerçekleşmese bile borçlunun iflası halinde alacağını iflas masasına yazdırabilir, alacağın korunması için diğer tedbirlerin alınmasını isteyebilir ve tespit davası açabilir<sup>16</sup>.

Geciktirici şarta bağlı borçlandırıcı hukuki işlem ve sözleşmelerin bu özellikleri, kâr elde etmeye bağlı olarak şirket kârından pay alma hakkı verir tarzda ihraç edilen tahvillerden doğan alacak ve borcun niteliğiyle örtüşmektedir. Zira burada yatırımcıların söz konusu hakkının doğmasının ön koşulu, şirketin kâr etmesidir. Bu ise yatırımcıların tahvil satın aldıkları anda henüz bilmedikleri, ihraççının faaliyet dönemi boyunca sergileyeceği başarılı bir yönetim ile iktisadi, ticari ve mali konularda, basiretli bir tacir ya da işadınının aynı ekonomik koşullarda göstereceği istikrarlı davranış ve politikalara, özetle gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlıdır. Bu

ayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s.337; Uygur, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, 3. Baskı, Ankara, (Temmuz) 2013, s.1042.

<sup>13</sup> Eren, s.1162.

<sup>14</sup> Eren, s.1171; Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler, s.57; Uygur, s.1044.

<sup>15</sup> Beklenen (muntazar) haklar, henüz kazanılmamış, ama ileride kazanılması muhtemel hakları ifade etmek üzere kullanılan bir tabirdir. Beklenen hakların tipik örneği şarta bağlı haklardır. Hak sahibi olma beklentisi içindeki kimse, en erken geciktirici şartın gerçekleşmesiyle birlikte hakkı iktisap eder. Hak sahibi olmayı bekleyen kimsenin hukuki durumunu ise beklenti olarak ifade etmek mümkündür (Nomer, Haluk N., Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, (Nisan) 2002, s.1; 9).

<sup>16</sup> Eren, s.1172-1173; Hatemi/Gökyayla, s.342-343; Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler, s.143-144; 146 vd.; Erdoğan, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, (Kasım) 2013, s.203; Uygur, s.1048 vd.

nedenle kâra katılmalı tahvillerden doğan alacak hakkını, geciktirici şarta bağlı bir alacak ve buna bağlı olarak da beklenen bir hak olarak değerlendirmemiz gerekir.

Tahvil sahipleri bakımından bu beklenen hakkı, şartın gerçekleşmesi, yani şirketin kâr elde etmesi durumunda, tesis edilen hakkın hak sahipleri tarafından kazanılmasının daha önce hukuken sağlanmış bir görüntüsü, olarak ifade etmek mümkündür<sup>17</sup>.

## B. Hukuki Temeli

Tahvillerin yatırımcılarına sağladığı kârdan pay almaya ilişkin hakkın, şarta bağlı alacak niteliğini yukarıda incelemeye çalıştık. Ancak bu hakkın ihraççı ile yatırımcılar arasındaki ne tür bir hukuki ilişkiden kaynaklandığını tespit etmemiz, hak sahiplerinin farklı hukuki nitelendirmelere göre ihraççı karşısındaki konumunun daha güçlü ya da zayıf olmasını etkileyeceğinden, gerekli ve önemlidir.

Öncelikle bu hakkı içeren ve eskiden kullanılan tabirle kâra iştirakli, bizim kullanmayı uygun bulduğumuz deyimle de kâra katılmalı tahvillerin ilk kez düzenlendiği 22 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı döneminde, bir para alacağını ifade eden tahvilin, borçlu şirketin kârına katılma ve kârdan pay alma imkanı sağlamasının, alacak-borç ilişkisine ve bunu düzenleyen emredici kurallara aykırı olduğu, bir para hakkının kâra iştirak ediyorsa alacak değil sermaye niteliği kazanacağı, bunun en önemli sonuçlarından birinin de para alacağının ve sahibinin borçlu şirketin sorumluluk ve zararına katılması olduğu; bir anonim şirketin emrine bu tarzda para verildiğinde, bu paranın sahipleri ile anonim şirket arasındaki ilişkinin bir adi şirket teşkil ettiği ileri sürülmüştür<sup>18</sup>. Bu görüş uyarınca, gerek borç para ve gerekse bu paranın sahipleri, şirketin üçüncü kişilere olan borçlarına ve gereğinde şirket zararına muhatap olacak; ancak işçi ve memurlara ayrılan küçük kâr paylarının bunlara ortaklık sıfatı vermemesinde olduğu gibi, esas alacak ve borç niteliğini koruyan ve dolayısıyla belli veya değişir bir faiz karşılığı anonim şirketlere verilen tahvil karşılığı para, ikinci derecede olmak üzere kâra katılmakla, alacak-borç niteliğini kaybetmeyebilecektir. Kâra katılmalı tahviller bakımından Türk Hukukunda mümkün olan tek yol da budur<sup>19</sup>.

Doktrinde *Tekinalp*, bize göre de isabetli olarak, yukarıda belirtilen görüşe karşı çıkmış ve tahvil sahiplerine sadece şirket kazancına katılma hakkı tanınmasının ortaklık ilişkisine işaret etmeyeceğini, ortaklık için zorunlu bir unsur olan “*affectio societatis*” unsurunun sözleşmede açıkça veya zımnen ifade edilmesi gerektiğini, taraflardan birinin tek hakkı ve olanağı kâra katılma olan bir ilişkiye ortaklık demenin mümkün olmadığını, kâra katılmanın ortaklık ilişkisinden doğan hak, borç ve yükümlerin sa-

<sup>17</sup> Karş. Pulaşlı, Şarta Bağlı İşlemler, s.144.

<sup>18</sup> Domaniç, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978, s.1027.

<sup>19</sup> Domaniç, Anonim Şirketler, s.1027.

dece bir kesimini oluşturduğunu belirtmiştir<sup>20</sup>. Dolayısıyla kâra katılma hakkının ve bu hakkı sağlayan tahvil türünün temelini oluşturan hukuki ilişki, kanaatimizce, bir sonuca katılmalı ödünç (tüketim ödünçü) sözleşmesidir<sup>21</sup>. Sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi, sonuca katılmalı borç ilişkisinin bir türüdür. TBK'da ürün kirası ve hizmet sözleşmelerinde açıkça öngörülen belli bir faaliyet sonucu oluşan üründen (m.357/II) ya da kârdan pay alma (m.403/I), yani kısaca sonuca katılma esası, TBK.26-27'de ifadesini bulan sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca, diğer sözleşme tiplerinde de kararlaştırılabilir. Nitekim ödünç sözleşmesinde de faiz yerine sonuca katılma esasının getirilebileceği, yani faiz yerine ya da maktu faize ek olarak kârdan bir pay verilebileceği genellikle kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Zira ödünç alanın faiz şeklinde bir karşı edimde bulunması, tüketim ödünçü sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. TBK.386'da ödünç alanın borcu, sadece ödünç verenin kendisine verdiği para ya da diğer misli şeyin karşılığında, nitelik ve miktarca eşit aynı neviden şeyleri geri verme borcu olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla tüketim ödünçü sözleşmesi kural olarak ivazsız sözleşmelerdendir. Ancak adi işlemlerde sözleşme ile faiz kararlaştırılması (TBK.387/I), ticari işlemlerde de kanun hükmü gereği faiz alınması durumunda (TBK.387/II) tüketim ödünçü sözleşmesi ivazlı olabilmektedir<sup>23</sup>. Bu bakımdan bir miktar paranın ödünç verilmesi nedeniyle bir karşı edim kararlaştırılacak ise, bunun mutlaka faiz biçiminde olması zorunlu değildir. Karşı edimin sonuca katılma şeklinde belirlenmesi de mümkündür. Çünkü bu esas temelde TBK'ya aykırı değildir, hatta kanunda başka (ürün kirası ve hizmet) sözleşmelerde açıkça benimsenmiştir<sup>24</sup>.

Ödünç sözleşmesinin değişik bir türünü oluşturan sonuca ya da kâra katılmalı ödünçü; ödünç verenin belirli amaçla kullanılmak üzere bir miktar paranın mülkiyetini ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da ödünç verene bu kullanımdan elde edeceği kârdan belli bir pay vermeyi ve sözleşmenin süresi sonunda aynı miktar parayı iade etmeyi karşılıklı olarak yükümlendikleri sözleşme, olarak tanımlayabiliriz. Bu işlemde bir teşebbüse (münferit tacir ya da ticaret şirketi) bir miktar para ödünç verilir ve faiz yerine kârdan bir pay alınır<sup>25</sup>. Maktu bir faiz ve buna ek olarak kârdan pay verilmesi de kararlaştırılabilir. Ayrıca kâr garantisi verilebilir<sup>26</sup>. Sonuca katılmalı

<sup>20</sup> Tekinalp, Kâra İştirakli Tahvil, s.3.

<sup>21</sup> Aynı yönde bkz. Kuntalp, Erden, Kâr Ortaklığı Belgesi, Ankara, 1983, s.19; Üçışık, s.55.

<sup>22</sup> Kuntalp, Erden, Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi (Kavram ve Hukuki Niteliği), TBB Yayınları, Ankara, 1980, s.5-6; Tandoğan, s.334; Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1. Baskı, İzmir, (Ocak) 2013, s.644; Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara, (Eylül) 2013, s.390.

<sup>23</sup> Tandoğan, s.299; Aydoğdu/ Kahveci, s.637-638; Zevkliler/ Gökyayla, s.392; Remzi, Mehmet/ Aydın, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, 2013, s.155-156.

<sup>24</sup> Kuntalp, Ödünç, s.6-7.

<sup>25</sup> Kuntalp, Ödünç, s.7-8.

<sup>26</sup> Tandoğan, s.334; Aydoğdu/ Kahveci, s.644.

ödünçte, ödünç alınan paranın belirli bir amaçta, yani kâr getiren bir faaliyette kullanılması gerekir. Oysa diğer ödünç sözleşmelerinde, alınan paranın böyle bir amaca tahsisi zorunlu değildir. Sözleşmenin ayırıcı diğer tipik unsuru da, ödünç verenin, ödünç alanın aldığı parayla girişeceği iktisadi faaliyetten elde edeceği kârdan belli bir pay almasıdır. Bu pay sözleşmede gösterilecek bir oran, net veya brüt kârın ya da satış tutarının belli bir oranı veya maktu bir oran olabilir<sup>27</sup>.

Sonuca ya da kâra katılmalı ödünçün yukarıda yer verdiğimiz tanım ve unsurlarını incelediğimizde, tahvillerin kârdan pay alma hakkı içerir biçimde ihracının temelinde de aynı hukuki ilişkinin özelliklerini görmemiz mümkündür. Zira tahvillerin kâra katılmasız biçimde ihracında da ödünç sözleşmesi temeline dayalı bir ilişki vardır. Ancak burada yatırımcılara şirketin kâr etmesi şartına bağlı bir getiri değil, ihraççının zarar etmesi halinde dahi yatırımcıların talep edebileceği sabit ya da değişir oranlı olarak tespiti mümkün bir faiz geliri taahhüt edilmektedir. İşte kâra katılmalı tahvillerin adi tahvillerden ayrıldığı nokta da burada karşımıza çıkmakta, anılan tahvillerde belirleyici unsur faiz yerine kâra katılma olmaktadır. Bunun sonucu olarak faizin ihraççı riskinden bağımsız olarak ödenmesi, kâra katılma hakkının şarta bağlı niteliği gereği anılan tahvillerde mümkün olamamakta; kâr elde edilemediği takdirde tahvil sahiplerine herhangi bir ödeme yapılmamaktadır. Elbette kâr garantisi verilen ya da faize ek olarak kârdan pay alma hakkı sağlayan tahviller bunun istisnasını oluşturur. Bunun dışında söz konusu tahvilleri ve bu bağlamda tahvillerin sağladığı kâr payı hakkının temelini sonuca katılmalı ödünç olarak nitelendirmemizin bir diğer önemli sebebi, ihraççının vade sonunda tahvillerin anaparasını yatırımcılara geri ödemekle yükümlü olmasıdır. Nitekim yukarıda sonuca katılmalı ödünç tanımlarken, ödünç alanın sözleşme süresi sonunda aynı miktarda parayı iade yükümünden bahsetmiştik. Aynı yükümlülük kâra katılmalı tahvillerde ödünç alan konumundaki ihraççı açısından da söz konusudur. Tüm bu değerlendirmelerimiz, sonuca katılmalı ödünçün, bu kez bir sermaye piyasası ve borçlanma aracı olan kâra katılmalı tahvil ihracı şeklinde karşımıza çıktığını göstermektedir.

### III. Hakkın Ekonomik Bakımdan Taşındığı Önem

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere tahvillerin kâra katılmalı olarak ihracı, sonuca katılmalı ödünç sözleşmesi temeline dayanmaktadır. Bu sözleşme ise karma bir sözleşme niteliğinde olmayıp, tüketim ödünç sözleşmesinin bir türüdür<sup>28</sup>. Yani her ne kadar TBK'daki düzenleme gereği faizi esas alan bir yapıda olmasa da, tüketim ödünç sözleşmesinin asli unsurlarını<sup>29</sup> taşımaktadır. Faiz bu asli unsurlar arasında

<sup>27</sup> Kuntalp, Ödünç, s.8-11; Tandoğan, s.334-335.

<sup>28</sup> Kuntalp, Ödünç, s.14; Tandoğan, s.334.

<sup>29</sup> Bu asli unsurlar TBK.386'daki tanımdan çıkaracağımız, ödünç verenin bir miktar para ya da misli bir şeyi ödünç alana devretmesi ve ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermesidir.



yer almaz ve faiz yerine kâra katılmanın kararlaştırılmış olması, sözleşmenin ödünç niteliğini etkilemez<sup>30</sup>. Dolayısıyla kâra katılma hakkı veren tahvil yatırımcıları ile ihraççı şirket arasında temelde bir ödünç sözleşmesi bulunduğundan, yatırımcılar kârdan pay alma hakkına sahip olsa da pay sahibi haline gelmezler ve şirkete verdikleri anapara için şirket alacaklısı sıfatına sahiptirler<sup>31</sup>. Bu sıfatlarından ötürü de şirket malvarlığı üzerindeki hakları pay sahiplerinin haklarından önce gelir. Ayrıca onların bu alacağı güvence altına alınabilir, yani alacakları için kişisel veya aynı güvence verilebilir. Paylar içinse böyle bir durum söz konusu olamaz<sup>32</sup>. Yani tahvillere sağlanan kâra katılma hakkı sayesinde yatırımcılar, hem pay sahipleri için öngörülen son derece önemli mali bir imkandan yararlanmış olmakta, hem de şirket alacaklısı sıfatlarını yitirmeyerek şirket malvarlığı üzerinde pay sahiplerinden öncelikli olarak hak iddia edebilmektedirler.

Tasarruf sahipleri ihraççının gereksinim duyduğu krediyi pay almak suretiyle temin etme yolunu seçtiklerinde, ihraççının kârına ve fakat aynı zamanda zararına da katılmak zorundadırlar. Bu tehlike ile karşı karşıya kalmamanın en emin yolu ise, pay sahibi olmayarak yalnızca borç vermeyi tercih etmektir. Bu durumda kredi veren tasarruf sahipleri, faiz adı altında kredi miktarı ve süresine bağlı sabit bir gelir elde ettiği gibi, sürenin sonunda verdiği miktarı aynen geri alır. Ancak borç vermenin bu üstünlüğüne karşın, alınan kredi sayesinde ihraççının artan girişim kârlarından tasarruf sahipleri yararlanamayacaktır. Ayrıca borç alan ihraççı da bu durumun dezavantajını yaşayacak, zarar etse dahi aldığı kredi için faiz ödeme yükümlülüğünden kurtulamayacaktır<sup>33</sup>. İşte kârdan pay alma hakkı sayesinde tahviller, temelindeki sonuca katılmalı ödünç sözleşmesinin özelliği olarak, pay sahipliğinin ve borç vermenin sakıncalarını giderip, yalnızca yararlı yönlerini bünyesinde birleştiren bir borçlanma aracı türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira söz konusu araçların ihracıyla yatırımcılardan ödünç alınan paranın karşı edimini artık faiz değil, bu paranın kullanımı sonucu ortaya çıkacak kârın bir payı oluşturmaktadır. Yatırımcılar ise kârdan pay

<sup>30</sup> Kuntalp, *Ödünç*, s.14.

<sup>31</sup> Bir anlamda kâra katılmalı ödünç veren olarak adlandırabileceğimiz yatırımcılar, ihraççının alacaklısı durumundadırlar ve zarar etmesi halinde ayrıca bir kâr payı isteyemezler de, verdikleri anaparayı geri almaları ve ihraççının iflası halinde anaparaya ilişkin alacaklarını iflas masasına kaydettirmeleri mümkündür. Oysa ihraççının pay sahipleri zarar halinde sadece kâr payı alamamak değil, aynı zamanda yatırımları anaparayı, yani sermayeyi de tamamen kaybetme tehlikesi karşısında bulunurlar (Tandoğan, s.335-336).

<sup>32</sup> İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s.429; İmregün, *Tahviller*, s.272.

<sup>33</sup> Bu husus esasında anonim şirketin ihraç ettiği paylar ile tahviller arasındaki farklılıkların anlaşılmasına bağlıdır. Söz konusu farklılıklar hakkında bilgi edinmek için bkz. Tekil, Fahiman, *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul, 1998, s.462-463; Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C.II, 2. Baskı, Ankara, (Ocak) 2014, s.1731-1732; Ünal, Oğuz Kürşat, *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı*, 1. Baskı, Ankara, 2005, s.105-106.

almalarına karşılık ödünç alan ihraççının pay sahibi<sup>34</sup> sıfatını kazanmazlar. Dolayısıyla ödünç veren olarak yatırımcılar, yalnızca kredilendirdikleri ihraççı girişimlerinin kârından pay alıp, girişimlerin zararına katılmazlar<sup>35</sup>.

İhraççılar tahvillerini kâr payı hakkı içerir biçimde halka arz ettiklerinde, ihtiyaç duydukları mali kaynağı hem pay ihraç eder gibi kâr elde edilmesine bağlı olarak ve dolayısıyla zarar da etse ödemek zorunda olduğu faiz yükü altına girmeden, hem de oy dengesini bozmayıp yönetimdeki kontrolü ellerinde tutmak suretiyle sağlama imkanını elde edeceklerdir. Tasarruf sahipleri yönünden de söz konusu tahviller, sabit faiz getirisinin doğurduğu sakıncaları bertaraf etmektedir. Ayrıca bu tahvillerde ödenecek getiri sadece kârdan verilecek bir pay şeklinde değil, faize ek olarak kâr payı veya kâr payı ile faizden hangisi yüksekse onun ödenmesi şeklinde belirlenebilmektedir. İşte özellikle belirli oranda faize ek olarak kâr payı verilmesi ya da faizden yüksek olduğu için kâr payı verilmesi kombinasyonlarında yatırımcılar, kâr yükselmelerine karşı çok duyarlı ve buna karşılık kâr düşüşlerinden etkilenmeyen, kısaca payların rizikolarını taşımadan onun avantajlarını barındıran son derece cazip bir yatırım aracına sahip olmuş olurlar<sup>36</sup>.

#### IV. Hakkın Kullanımına İlişkin Esaslar

##### A. Hakkın Kullanımı İçin Gereken Koşullar

Buraya kadar tahvillere verilecek kârdan pay alma hakkına (=kâra katılmalı tahvillere) ilişkin açıklamalarımızda, söz konusu tahvil sahiplerinin bu haktan ancak şirketin kâr etmesi halinde faydalanabileceğini ve bu bağlamda yatırımcıların kâr payı hakkının şarta bağlı nitelikte olduğundan söz ettik. Burada şirketin kâr etmesinden anlaşılması gereken, belli bir dönem sonunda şirketin malvarlığında meydana gelen artıştır<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Doktrinde bir görüş, yatırımcılarına hiç faiz getirmeyip sırf kâra katılma hakkı veren tahvillerin oydan yoksun pay –ve söz konusu tahvil sahiplerinin de oydan yoksun pay sahibi– olarak nitelendirilebileceği ve bu tip tahvil çıkarmanın TTK.434'te (eTK.373/I) ifade edilen, her payın sahibine en az bir oy hakkı vereceğine ilişkin düzenleme karşısında kanuna karşı hile oluşturacağı ve bu nedenle mümkün olamayacağı savunmasının akla gelebileceğini ifade etmiştir. Ancak aynı görüş, bu savunmanın yerinde olmayacağını, sırf kâra katılma hakkı veren tahvil sahiplerinin oy hakkından yoksun olmalarına karşılık, öncelikle bunların pay sahipleri gibi dağıtılabılır kârdan değil, şirketin brüt kârından pay aldıklarını, ayrıca şirkete verdikleri anapara için şirket alacaklısı sıfatını koruduklarını, dolayısıyla şirket malvarlığı üzerindeki haklarının pay sahiplerinden önce geldiğini; bu nedenle sırf kâra katılma hakkı veren tahvil çıkarılmasında TTK.434'ün (eTK.373/I) dolanılmasının söz konusu olmadığını belirtmiştir (İmregün, Anonim Ortaklıklar, s.429; İmregün, Tahviller, s.272).

<sup>35</sup> Kuntalp, Ödünç, s.7.

<sup>36</sup> Üçışık, s.57.

<sup>37</sup> Birsnel, Mahmut T., Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket İle Pay Sahibi Arasındaki Menfaat Çatışması, Ankara, 1971, s.1. Yargıtay da anonim şirketin kâr pa-

İşte tahvil sahiplerinin kâr payı hakkının doğumu ve kullanımı için gereken ön şart, öncelikle şirketin faaliyet dönemi sonunda işlerinin verimli gitmesi suretiyle aktif kalemleri toplamının pasif kalemleri toplamını aşması, kısaca dönem kârının gerçekleşmesidir<sup>38</sup>. TTK'da da “net dönem kârı” ifadesi kullanılmış ve kâr payının ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabileceği belirtilmiştir (m.509/II)<sup>39</sup>. Net dönem kârı ise bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kârı ifade etmektedir. Zira anonim şirketin bilançosunda geçmiş yıl zararı/zararları varken yıllık kâr dağıtılamaz. Bu yasak sermayenin korunması ilkesi gereğidir ve anonim şirketlere ilişkin evrensel bir kuraldır<sup>40</sup>. TTK.508/II hükmü uyarınca yıllık kâr ise yıllık bilançoya göre hesaplanıp belirlenir. Yıllık bilançoda merkez kavram sonuç açıklamadır. Sonuç olumlu ise kâr, olumsuz ise zarar var demektir. İşte gerek pay sahiplerinin gerekse kâra katılmalı tahvil sahipleri gibi şirket kârına katılan diğer kimselerin, dağıtılmaya tahsis olunan kâra katılma hakkı, yıllık bilançodaki net dönem kârına; net dönem kârı da genel kurulca kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre tespit edilerek kararlaştırılır<sup>41</sup>.

Net dönem kârının gerçekleşmiş olması genel kurulun dağıtım kararı için yeterli değildir. Şirketin aktif toplamının, borçları ile ödenmiş sermayesi ve kanuni yedek akçe toplamından fazla olması ve kârın gerçekten elde edilmesi<sup>42</sup> halinde dağıtılabılır kârın varlığından söz edilebilir<sup>43</sup>. Nitekim Yargıtay da dağıtılması gereken kârın gerçeği yansıtmadığı durumlarda, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerine karşı

---

yını dağıtabilmesi için şirketin esas sermayesini aşan bir değer fazlasının, yani *kâr*'ının bulunması gerekir, diyerek kâr kavramının ifade ettiği bu anlamı doğrulamıştır (Yarg. TD., 03.04.1967, E.1343, K.1352, Eriş, Gönen, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, C.III, Ankara, 2013, s.3369).

<sup>38</sup> Erimez, Rüştü, Vergi Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçeler, 2. Baskı, İstanbul, 1976, s.33.

<sup>39</sup> Bu hükmün eTK'da karşılığını teşkil eden m.470/II metnindeki “safî kâr” terimi uygulamada ve öğretilerde açıklıktan yoksun bir kavram olarak nitelendirilerek eleştirilmiştir. Zira buradaki kâr kavramının dönem kârını mı yoksa bilançoda geçen yıldan aktarılan kârı da içerebilecek olan bilanço kârını mı ifade ettiği belli değildir. Dönem kârı bu tartışmaları ortadan kaldıracak açıklıktadır (Gerekçe, TTK.509/II).

<sup>40</sup> Gerekçe, TTK.509/II. Hükmün gerekçesinde ayrıca, net kârın vergi öncesi veya sonrası kârı ifade etmesinin bir şirketler hukuku sorunu olmadığı belirtilmiştir.

<sup>41</sup> Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1405; Birsal, s.10; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s.291; 293; Tekil, s.384-385; Tekinalp (Poroy/Çamoglu), Ortaklıklar 2010, s.466, N.902.

<sup>42</sup> Bunun anlamı, kârın her halde şirket kasasında bulunmasının gerekmeyp, hukuk ve muhasebe yönünden gerçekleşmiş, yani kesinleşmiş bir kârın varlığıdır. Bu itibarla TTK.79 vd. hükümlerindeki “varlıklar ile borçların değerlendirme ölçüleri”ne uygun şekilde hazırlanmış bir bilanço varsa ve aktif tablo emredici hükümlere uygun olarak gerçek değerleri yansıtıyorsa, dağıtılabılır kâr mevcut demektir. Örneğin aktifteki kalemlerin değerleri bir yıl önceki oranla yüksek gösterilerek elde edilen fazlalık kâr sayılamaz, daha doğru bir deyimle gerçek olmayan kâr olur (Birsal, s.6-7; Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1407).

<sup>43</sup> Birsal, s.5; Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1406-1407.

eTK.309 ve 336 hükümleri uyarınca dava haklarının olduğuna karar vermiştir<sup>44</sup>. Kanaatimizce böyle bir durumda TTK.553 gereği yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davasını, alacaklı sıfatıyla kâra katılmalı tahvil sahipleri de menfaatleri gereği açabilmelidir. Dağıtılabılır kârın önemini bu şekilde belirttikten sonra, tahvil sahiplerinin alacağının bağlı olduğu ve geciktirici şart olarak nitelediğimiz kârın gerçekleşmesinden sonra alacaklarının hangi hukuki pozisyonda olduğu ve buna bağlı olarak haklarını nasıl kullanıp koruyacakları hususunu aydınlatmamız gerekir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, anonim şirketlerde kâr payı, net dönem kârından veya serbest yedek akçelerden kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrıldıktan (TTK.523/I) ve –varsa– geçmiş yıllar zararı indirildikten sonra kalan tutardan dağıtılır<sup>45</sup>. Kâra katılmalı tahvil sahiplerinin kâr payı, genel kurulun net dönem kârından genel kanuni yedek akçe ve pay sahiplerine ödenmiş sermayelerinin %5'i oranında birinci tertip kâr payı *ödenikten*<sup>46</sup> sonra kalan tutardan dağıtılabılır. Ancak bu tutarın da %10'unu genel kurul kanuni yedek akçeye ayırmak zorundadır (TTK.519/II, c)<sup>47</sup>.

SerPK'da da kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça, intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği ve belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamayacağı, düzenlenmiştir (m.19/II). Tahvil sahipleri bu hükümde zikredilmemiş, ancak bu kanuna dayanılarak çıkarılan II-19.1 sayılı Kâr Payı Tebliği'nin<sup>48</sup> aynı yöndeki düzenlemesinde "...*pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, pay sahipleri için belirlenen kâr payı nakden ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz, denilmiştir (m.5/III). Dolayısıyla tahvil sahiplerine de kâr payı dağıtılabilmesi, pay sahipleri için belirlenen kâr payının ödenmesine bağlıdır. Ayrıca halka açık şirketler açısından tahvillere ödenecek kâr payının, ihraççıların esas sözleş-*

<sup>44</sup> 11. HD., 10.11.1992, E.8501, K.10521 (Eriş, C.III, s.3362). *Tekinalp* bu kararı eleştirmiş ve bilançonun gerçeği yansıtmadığı, genel kurulun da bu bilançoya dayanarak dağıtım kararı aldığı durumlarda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine eTK.309'a göre değil, genel hükümlere dayanılarak bir dava açılmasının düşünülebileceğini, ancak bu davanın temelinin de zayıf olacağını ileri sürmüştür (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, s.466, N.902a).

<sup>45</sup> Yanlı, Veliye, "Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı", Batider, C.XXX, S.1, 2014, s.8 ; Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1412; Birsal, s.11.

<sup>46</sup> TTK.519/II, c bendinin eTK'daki karşılığı olan m.466/II'nin 3. bendindeki "ayrıldıktan sonra" ifadesi TTK'da "ödenikten sonra" şekline dönüşmüştür. Dolayısıyla tahvil sahipleri gibi kârdan pay alacak diğer kimselere kâr dağıtımı yapılabilmesi için, artık pay sahiplerine herhangi bir ödeme yapılmadan hesaben %5'lik bir kâr payı ayrılması, yeterli olmayacaktır. Bu asgari oranın pay sahiplerine aynı zamanda ödenmesi zorunludur (Yanlı, s.18-19).

<sup>47</sup> Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1414; Yanlı, s.11; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s.298.

<sup>48</sup> RG: 23.01.2014, S.28891.

mesinde pay sahipleri için belirlenen kâr payı miktarını da azaltmaması gerekmektedir (II-31.1 sayılı Tebliğ m.16/III).

Bu bağlamda tahvil sahiplerinin kâra katılma hakkı, mutlaka esas sözleşmede düzenlenmesi gereken ve pay sahiplerine dağıtılacak ikinci tertip kâr payını kısıtlayan bir faktör olarak değerlendirilebilir<sup>49</sup>. İşte kanun ve esas sözleşme hükümleri gereğince zorunlu ayırmalar yapıldıktan sonra geriye kalan şirket kârı veya bu amaç için kullanılacak serbest yedek akçeler (TTK.523/II, b) dağıtılabılır kârı oluşturur<sup>50</sup>. Dağıtılabılır kârın tahvil sahipleri bakımından kâr payı halini alabilmesi ise, bilançonun genel kurul tarafından onaylanmasına, ardından da genel kurulun ayrı bir dağıtım kararı vermesine<sup>51</sup> bağlıdır. Genel kurul kararı olmadan kâr dağıtımı yapılamaz ve bu amaçla bir dava açılmaz<sup>52</sup>.

Bu husus TTK dışında SerPK'da (m.19/I), II-31.1 sayılı Tebliğ (m.16/IV) ve II-19.1 sayılı Tebliğ'de (m.4/I) de ifade edilmiştir. Buna göre öncelikle halka açık şirketler tarafından pay sahibi dışındakilere ve bu kapsamda tahvil sahiplerine kârdan pay verilebilmesi için esas sözleşmede veya varsa özel mevzuatlarında hüküm bulunması zorunludur (SerPK.19/V; II-31.1 sayılı Tebliğ m.16/I; II-19.1 sayılı Tebliğ m.5/IV). Bunun dışında tahvillere ödenecek kâr payı, Kurul'un sermaye piyasası araçları bir borsada işlem gören ortaklıklar için belirlediği finansal tablo ve raporlamaya ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde hazırlanmış yıllık finansal tablolarının ve kâr payı dağıtım kararının ihraççı genel kurulunca onaylanmasını müteakip dağıtılır (II-31.1 sayılı Tebliğ m.16/IV). Tebliğ'de genel kurulun kâr dağıtım kararını onaylamasından söz edilse de, bu hükmün SerPK ve TTK hükümlerine aykırı olarak yorumlanamayacağını ve burada olsa olsa yönetim kurulunun dağıtılacak kâr payı oranına ilişkin önerisini<sup>53</sup> içeren kararın onaylanmasından söz edildiğini düşünüyoruz.

Genel kurulun kâr dağıtım kararıyla birlikte, tahvil sahiplerinin geciktirici şarta bağlı hakları alacak hakkına dönüşür<sup>54</sup>. Bu karar mahkemece iptal edilmemek koşu-

<sup>49</sup> Birsal, s.12.

<sup>50</sup> Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1415; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s.299.

<sup>51</sup> Genel kurul kârın dağıtım konusunda münhasır yetkili organdır ve bu yetkisini yönetim kuruluna devredemez (TTK.408/II, d). Yönetim kurulu sadece genel kurulun bu kararını yerine getirmekle yükümlüdür. Söz konusu karar genel kurulun olağan toplantı ve karar yeter sayıları ile alınır (Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1408; Birsal, s.13-14; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s.293; Tekil, s.385).

<sup>52</sup> Karayalçın, Yaşar, Muhasebe Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1988, s.135-136.

<sup>53</sup> eTK.327'de düzenlenen yönetim kurulunun "kazanç miktarı tayinine dair teklif"te bulunma yetkisine ilişkin hüküm, bu hükmün karşılığı niteliğindeki TTK.517-518'e alınmamıştır. Ancak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yayımladığı Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriklerinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG:28.08.2012, S.28395) hükümleri (m.12,d) incelendiğinde, dağıtılacak kâr payı oranına ilişkin önerinin yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunda yer alacağı anlaşılmaktadır (Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1411).

<sup>54</sup> Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler Umumi Hükümler, C.I, 3. Baskı, İstanbul, 1960, s.212; Birsal,

luyla<sup>55</sup> değiştirici yenilik doğurucu nitelikte olup, karar verilmedikçe tahvil sahipleri şirkete karşı kâr payı istemiyle dava açamazlar<sup>56</sup>. Yenilik doğurucu nitelikte olan bu karar, daha sonra alınacak bir kararla kaldırılamaz veya dağıtım oranı düşürülemez. Bu amaçla alınan genel kurul kararları geçersizdir. Zira genel kurulun üçüncü bir kişiye ait alacak üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi yoktur<sup>57</sup>. Genel kurulun kârın dağıtılmamasına karar vermesi ise, kâr payının alacak olarak dava edilebilmesine engeldir<sup>58</sup>.

## B. Hakkın Muacceliyeti

Tahvil sahiplerinin kâr payına ilişkin alacak haklarının muaccel olması, şirketten talep edilebilir olmasını ifade eder ve genel kurulun dağıtım kararıyla birlikte ayrıca ödeme tarihini belirlemesi gerekir<sup>59</sup>. Genel kurul kâr dağıtım tarihini belirleme konusunda yönetim kurulunu<sup>60</sup> yetkilendirebilir. Eğer kâr dağıtım kararında bir tarih

---

s.15; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s.299; Tekil, s.386; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, s.478, N. 914; Pulaşlı, şerh, C.II, s.1416; Karahan, Sami/ Huysal, Ayeğül, şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya, (Aralık) 2013, s.525; Bozgeyik, Hayri, "Halka Açık Anonim şirketlerde Kâr Dağıtımı", Batider, C.XX, S.3, (Haziran) 2000, s.121-122; 143; Ateşağaoglu, Erdem, Vergi Hukuku Bakımından Anonim şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı, 1. Baskı, İstanbul, (Ocak) 2012, s.37; Yavuz, Mustafa, "Anonim şirketlerde Kâr Payı Alma Hakkını Kısıtlayan Unsurlar", Mali Çözüm Dergisi, (Kasım-Aralık) 2013, s.95, [http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/120malicozum/9\\_mustafa\\_yavuz.pdf](http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/120malicozum/9_mustafa_yavuz.pdf). Bu husus Yargıtay tarafından da içtihat birliği ile kabul edilmiştir: 11.HD., 09.10.1990, E.7693, K.6376; 11. HD., 26.03.1998, E.9240, K.2241 (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, s.478, N.914); HGK, 03.06.1992, E.11-276, K.365; 11. HD., 25.05.2007, E.3925, K.8054; 11. HD., 26.03.1998, E.9240, K.2211 (Eriş, C.III, s.3357, 3359-3361).

<sup>55</sup> Karar iptal davasına konu olsa bile, talebin reddedilmesi kaydıyla, tahvil sahibinin alacak hakkı karar tarihinde doğmuş olur. Bu tarihten sonra şirketin zarar etmesi bu hakkı etkilemez ve tahvil sahibi şirketin iflasi halinde alacaklı olarak iflas masasına katılır (Karayalçın, s.136; Birsnel, s.23).

<sup>56</sup> Birsnel, s.15; Tekil, s.386; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, s.478, N. 914; Ateşağaoglu, s.38; Bozgeyik, s.143. Yarg. HGK, 03.06.1992, E.11-276, K.365; 11. HD., 25.05.2007, E.3925, K.8054; 11. HD., 26.03.1998, E.9240, K.2211 (Eriş, C.III, s.3357, 3359-3361).

<sup>57</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, s.478, N. 914; Birsnel, s.15; Pulaşlı, şerh, C.II, s.1416.

<sup>58</sup> Bozgeyik, s.122; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, s.478-479, N. 914b; "....Genel kurul kararıyla kâr payının dağıtılmamasına karar verilmiş iken, bu genel kurul kararının iptali istenmeden, kâr tespiti davası açılmaz..." Yarg. 11. HD., 23.06.1994, E.1263, K.5420 (Eriş, C.III, s.3361). Benzer yönde bkz. Yarg. 11. HD., 13.06.1994, E.6655, K.4983 (Eriş, C.III, s.3361-3362); 11. HD., 07.11.2002, E.6988, K.10119 (UYAP Mevzuat ve İçtihat 2013).

<sup>59</sup> Pulaşlı, şerh, C.II, s.1416; Birsnel, s.16; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, s.478, N. 914a. Nitekim Yargıtay bir kararında, şirket genel kuruluna kâr payının en geç Eylül 1988 sonuna kadar dağıtılacağı kararı alındığından, bu tarihten önce kâr payının istenemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. 11. HD., 10.06.1991, E.2311, K.3872 (Eriş, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Ticari İşletme ve şirketler, 3. Baskı, Ankara, 2004, s.2655-2656).

<sup>60</sup> Yönetim kurulu şirketin likidite durumuna göre uygun bir tarih tespit etmelidir. Yönetim kurulu böyle bir tarih tespit etmez veya dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacak kadar uzak bir tarih tespit

belirtilmemiş ve bu konuda yönetim kuruluna yetki verilmemişse, kâr payına ilişkin alacak hakkı genel kurul kararının alındığı tarihte muaccel olur<sup>61</sup>. Dağıtım tarihini belirleme yetkisi yönetim kuruluna bırakıldığı halde kurul hiçbir tarih saptamamışsa, hesap yılının bağımsızlığı gereği olarak, hesap yılının son günü muacceliyet gerçekleşir<sup>62</sup>. Hak sahiplerinin söz konusu ihtimallere göre alacaklarını beş yıl içinde talep etmeleri gerekir, aksi halde alacak zamanaşımına uğrar (II-19.1 sayılı Tebliğ m.12)<sup>63</sup>.

## V. Hak Sahiplerinin Korunması

### A. TTK Çerçevesinde Hak Sahiplerinin Korunması

Anonim şirketlerde kâr dağıtımını konusuna işletme finansmanı açısından bakıldığında, gittikçe farklı boyutlar kazanan ekonomik şartların, şirketleri öncelikle firma değerini yükseltmeye yarayacak politikalar üretmeye zorladığı, bunun da yüksek kâr dağıtımını arka plana ittiği görülmektedir. Oysa küçük pay sahipleri için yüksek kâr payı elde etmek son derece önemlidir<sup>64</sup>. Özellikle SerPK'ya tabi halka açık anonim şirketlerde yönetime katılma düşüncesi ve imkanı olmayan küçük pay sahiplerinin yüksek kâr payı hedefi, söz konusu şirketlerin ihraç ettiği ve şirket kârına katılma hakkı sağlayan pay dışındaki diğer menkul kıymetlerin yatırımcılarında da söz konusudur. Zira bu yatırımcıların şirket yönetimine katılma düşünceleri değil, hakları dahi yoktur ve şirkete karşı üçüncü kişi durumunda olup, pay sahipleri ile tek ortak noktaları kâr payı hakkına sahip olmalarıdır. Tek amaçları ise yüksek oranda kâr payı elde etmektir. Dolayısıyla yukarıda değindiğimiz kâr dağıtım politikası hususunda şirket ile pay sahipleri arasındaki menfaat çatışması, kâra katılmalı tahvil sahipleri ile ihraççı arasında da yaşanacaktır. Bu durumda hakkaniyete uygun olan çözüm, kâr dağıtımının şirketi mali yönden zayıf düşürecek düzeye ulaşmaması, fakat finansman ihtiyacı için de sadece “kâr dağıtmama” yoluna gidilmemesidir.

Bilindiği üzere anonim şirketlerin yıllık kârı üzerinde tasarruf yetkisi münhasıran genel kurula ait olup (TTK.408/II-d), kâr dağıtımını konusunda geniş bir takdir yetkisi vardır. Fakat genel kurul bu konuda tamamen serbest olmayıp, kanun ve esas sözleşme ile öngörülen sınırlamalara uymak zorundadır. Buna göre öncelikle yıllık kârın %5'i ödenmiş sermayenin %20'sini bulana dek yedek akçe ayrılmalı, pay sahiplerine %5 kâr payı ödenmeli ve geri kalan tutarın %10'unu da tekrar yedek akçeye

---

ederse, kâr payı alacaklısı tahvil sahibi, şirket aleyhine ifa davası açabilir ve makul tarihten itibaren gecikme faizi ödenmesini talep edebilir (Karayalçın, s.137).

<sup>61</sup> Yasaman, Hamdi, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992, s.192; Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1417-1418; Bozgeyik, s.144.

<sup>62</sup> Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1418; Bozgeyik, s.144.

<sup>63</sup> Yarg. 11. HD., 10.11.1994, E.4615, K.8376 (Eriş, C.III, s.3361).

<sup>64</sup> Bozgeyik, s.118-119.

ayrılmalıdır (TTK.519). Bunun dışında dağıtılabilir kârın esas sözleşme ile, isteğe bağlı yedek akçe (TTK.521) veya yöneticiler, çalışanlar, işçiler lehine yardım ve hayır amaçlı yedek akçe ayrılması suretiyle sınırlandırılması (TTK.522) da mümkündür<sup>65</sup>. Fakat en önemli kısıtlama, kanun ve esas sözleşme ile öngörülme dahi genel kurula başka yedek akçe ayırma yetkisi verilmesidir (TTK.523/II)<sup>66</sup>. İşte tahvil sahipleri bakımından yukarıda bahsettiğimiz menfaat çatışması bu durumda gündeme gelmektedir. Genel kurul bu hükme dayanarak bazen hiç kâr dağıtılmamasına veya çok düşük oranda dağıtılmasına karar verebilmektedir. Genel kurulun kanunda verilen bu yetkiyi kötüniyetle<sup>67</sup> suiistimali ve keyfi davranması halinde de tahvil sahiplerinin kâr payı hakkı ihlal edilmektedir.

TTK.523/II hükmündeki şartlar dahilinde kanun ve esas sözleşmede öngörülme de genel kurula verilen ve olağanüstü yedek akçe<sup>68</sup> adı verilen bu yedek akçe ayırma yetkisinin sınırını, her hak ve yetkide olduğu gibi dürüstlük kuralları çizecektir<sup>69</sup>. Dolayısıyla genel kurulun şirketin devamlı gelişmesi için bu hakkı kullanırken, kârdan pay alma amacıyla şirkete finansman sağlayan tüm hak sahiplerinin olduğu gibi, tahvil sahiplerinin de yeterince kâr elde etme amacını gözetmesi gerekir<sup>70</sup>. Nitekim genel kurul kararlarının madde hükmünde belirtilen amaçları taşıyıp taşımadığının gerekçeleriyle<sup>71</sup> ortaya konulması ve bunun için gerekirse uzman görüşü alınması gerektiği Yargıtay içtihatlarında da önemle vurgulanmıştır<sup>72</sup>.

<sup>65</sup> Yedek akçe türleri hakkında geniş bilgi için bkz. Ateşgöğlü, s.56 vd.

<sup>66</sup> Bu hüküm uyarınca genel kurul; a) aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekirse, b) Bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince karlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülyorsa, kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir.

<sup>67</sup> Yargıtay da bir kararında uzun yıllar boyunca davalı şirket genel kurulunda kâr payı dağıtımını yolunda bir karar alınmamasının, *kötüniyetli* bir davranış olarak kabulünü mümkün kılacak hususların kanıtlanmaması halinde, kâr payı dağıtımının yapılamayacağına hükmetmiştir (11. HD., 08.03.2012, E.10281, K.3488), (Eriş, C.III, s.3359).

<sup>68</sup> Tekinalp, Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Baskı, İstanbul, 1979, s.280; Erimez, s.269; Ateşgöğlü, s.70 vd.

<sup>69</sup> Yargıtay da bunu doğrular şekilde; “iyiniyet kurallarıyla bağdaştığı ölçüde, ortaklığın devamlı kâr payı dağıtımını sağlamak için kârdan yedek akçe ayrılabilir” içtihadında bulunmuştur (HGK, 26.11.1986, E.11-6, K.1000), (Eriş, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara, (Mart) 1995, s.779).

<sup>70</sup> Pulaşlı, Şerh, C.II, s.1408-1409.

<sup>71</sup> Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmeliğin (RG: 28.08.2012, S.28395), yıllık faaliyet raporunun finansal durum başlıklı 12.maddesinin (d) bendinde de, *kâr dağıtımını yapılmayacaksa, bunun gerekçesi ile birlikte ayrıca, dağıtılmayan kârın nasıl kullanılacağına ilişkin önerinin* de yer alması aranmaktadır.

<sup>72</sup> “...anonim şirketler eTK.469/2’de (TTK.523/2) öngörülen bu hakkını keyfi bir şekilde kullanma yetkisine sahip bulunmamaktadır. ....davalı şirketin hangi gerekçeye dayandığını açıklaması ve bu konudaki ispat külfetinin de davalı şirkete yükletilmesi gerekir. ....gerekirse yeni bir bilirkişi kurulu aracılığıyla gerçekten kâr payından bir bölümün ihtiyari yedek akçeye ayrılması kararının (şirketin inkişafı veya mümkün mertebe istikrarlı kâr payı dağıtmaya) yönelik olup



Doktrinde genel kurulun sadece esas sözleşme ile pay sahiplerine tahsis edilen kârdan olağanüstü yedek akçe ayrımı yapabileceği ve esas sözleşme ile kâra katılma hakkı verilen üçüncü şahıs durumundakilerin haklarına dokunarak onlara tahsis edilen kaynağı olağanüstü yedek akçeye ayıramayacağı ifade edilmiştir<sup>73</sup>. Ancak TTK.523/II hükmündeki sınırlama, m.519'daki zorunlu ayırım ve ödemeler gerçekleştirildikten sonra kalan ve hem pay sahipleri için ikinci tertip kâr payını hem de kârdan pay alacak diğer kimselere verilecek kârı oluşturan dağıtılabılır kârdan yapılabılacağından, uygun ve yararlı olduğunda da bu kârın tümü yedek akçeye ayrılabilirdiğinden<sup>74</sup>, kanaatimizce bu sonucun kabulü için ancak kanunda açıkça düzenlenmesi icap eder. Nitekim intifa senetleri için kanun koyucu bu hususu açıkça belirtmiştir. TTK.348'de, dağıtılabılacak kâr mevcut ise, şirket kârın dağıtılmamasını kararlaştırmış olsa bile kurucu intifa sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alacağı hükme bağlanmıştır. Aynı sonuç, TTK.502'de bu hükme yapılan atıf dolayısıyla net kâra katılma hakkı veren (katılma) intifa senetleri hakkında da uygulanacaktır<sup>75</sup>. Fakat tahviller hakkında böyle bir hüküm TTK ve SerPK'da yoktur. Eğer kâra katılmalı tahvillere yatırımcının ilgisi artırılmak isteniyorsa, böyle bir korumanın tahvil hamillerine de tanınması yararlı ve isabetli olacaktır. Zira tahvil sahiplerinin böyle bir durumda azınlık ya da küçük pay sahiplerinin kullanabileceği haklı nedenle fesih (TTK.531) ya da iptal davası (TTK.445) açma hakları yoktur. Dolayısıyla tahvil hamilleri, iptal davası yolunu işleten küçük pay sahiplerinin, doktrin<sup>76</sup> ve Yargıtay ka-

---

olmadığı (makul ve objektif ölçüler) içinde değerlendirildikten sonra hasıl olacak sonuç daire-sinde....", 11. HD., 09.02.1982, E.487, K.479; "...Olağan dışı yedek akçe ayrılabilirdiği öngörülerek anılan koşullarla kâr payı dağıtmama kararı alınabilmesi olanaklı kılınmıştır. Bu konuda kâr payının gereksiz biçimde azaltılması ya da dağıtılmamasının anonim ortaklıklara karşı güven ve ilgiyi sarsabileceğinin ve kararın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmaması kuralı da özenle gözetilmelidir", 11. HD., 14.10.1982, E.3556, K.3887; 11. HD., 04.06.1986, E.2782, K.3425; 11.HD., 28.09.1992, E.2334, K.9298; 11. HD., 04.12.1992, E.6928, K.11163), (Eriş, Anonim Şirketler, s.782 vd.). 2007 tarihli bir kararında da Yargıtay bu isabetli düşüncesini, daha detaylı ve bilimsel gerekçelere dayandırarak devam ettirmiştir: "...TTK'nun 469/2 hükmünce kârın bulunması halinde, dağıtılmayıp yedek akçede ayrılması mümkündür. Ancak anonim ortaklık yasada öngörülen bu hakkı keyfi şekilde kullanmak yetkisine sahip değildir. Genel kurul bu yolda takdir hakkını kullanırken objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmalıdır.....yargılama sırasında alınan...iki ayrı bilirkişi raporunda, yönetim kurulunun kâr teklifinde ileri sürdüğü gerekçeler şirket kayıtları ile birlikte de değerlendirilmemiştir. Mahkemece, şirket kayıtları üzerinde yapılacak bilirkişi incelemesi ile, yönetim kurulunun teklifinde gösterilen gerekçelerin yerinde olup olmadığı araştırılarak...alınan kararın objektif iyiniyet kurallarına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken....." diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur (11. HD., 23.11.2007, E.7658, K.14806), (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar 2010, s.469, N.906).

<sup>73</sup> Erimez, s.144-145.

<sup>74</sup> Tekinalp, Bilanço, s.343.

<sup>75</sup> Yavuz, s.94-95.

<sup>76</sup> Keyfi şekilde kârın dağıtılmamasına veya cüzi miktarda dağıtılmasına ilişkin genel kurul kararını iptal eden mahkemenin, kârın dağıtımı hakkında karar verebileceğini savunan görüş için bkz. Arslanlı, Halil/Domanıç, Hayri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, C.III, İstanbul,

rarlarında<sup>77</sup> benimsenen, mahkemenin kâr dağıtımına karar vermesi gibi çok önemli bir imkandan da yararlanamayacaklardır. Bu nedenle söz konusu yatırımcıların korunması, intifa senetlerinde olduğu gibi, kâr payı haklarını her durumda alacaklarına ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmasına bağlıdır. Yahut da eTK'da öngörülen tahvil sahipleri genel kurulu (m.430), eskiden olduğu gibi şirket lehine tahvil sahiplerinin haklarını kısıtlayan bir kurul değil, şirket menfaatleri ile yatırımcıların haklarını dengeli biçimde gözeten özel bir kurul olarak yeniden düzenlenmelidir.

## B. Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Hak Sahiplerinin Korunması

Öncelikle SerPK'da yer alan örtülü kazanç aktarımı yasağına ilişkin düzenleme (m.21), halka açık anonim şirketlerin kârlarını azaltarak veya artmasına engel olarak yaptıkları hileli işlemleri yasakladığı için, tahvil hamillerinin kâr payı alacaklarının hiç veya yeterince ödenmemesi tehlikesine karşı önleyici nitelikte önemli bir düzenlemedir.

Bu hüküm uyarınca halka açık anonim şirketler ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar, ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasak olduğu gibi; esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıkla-

1989, s.454; Moroğlu, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6. Baskı, İstanbul, 2012, s.300; Karahan, Sami, "Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararını İptal Eden Mahkeme, Kârın Dağıtılmasına Karar Verebilir Mi?", Regesta, C.3, S.1, 2013, s.25 vd. Doktrinde *Pulaşlı*, bu durumda mahkemenin genel kurul kararını yenilik doğurucu anlamda değiştiremeyeceğini ve mahkemeden genel kurul kararının yerine yeni bir karar alınmasının kural olarak talep edilemeyeceğini kabul etmekle beraber, bunun tek istisnasının hakkın kötüye kullanılması olduğunu belirtmektedir (Pulaşlı, Şerh, C.I, s.933; C.II, s.1410).

<sup>77</sup> TD., 13.02.1965, E.3723, K.3263; 11. HD., 15.10.1985, E.4091, K.5289; 11. HD., 08.04.1986, E.1195, K.1250. Bu konuya ilişkin yakın dönemde verdiği bir kararda Yargıtay, kâr dağıtımı için esas alınacak hususları şöyle tespit etmiştir: "...somut olayda da davalı şirketin kuruluşundan beri kâr payı dağıtmadığı.....ve davalı şirketin direngen hale geldiği anlaşıldığından, davacı ortağın kâr payının tespit ve tahsilini mahkemeden isteme hakkı olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece, davalı şirketin faaliyet gösterdiği sektörün genel gelişimi, davalı şirketin ekonomik faaliyet ve amaçları ayrıca şirket işlemlerinin devamlı gelişmesini veyahut mümkün olduğu kadar istikrarlı kâr payı dağıtılmasını temin bakımından.....yılında davalı şirketin kâr payı dağıtmasının gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, ne oranda dağıtması gerektiği yolunda bu sabada uzman kişilere bilirkişi incelemesi yaptırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekir iken, sadece şirket bilançosu esas alınarak yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi yerinde değildir", 11. HD., 16.05.2003, E.13209, K.5053 (Karahan, Kâr Dağıtımı, s.23-24 ve dn.5).

rını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılmaktadır (m.21/I ve II).

Halka açık şirketler, yatırımcıların kararlarını etkileyen bilgileri zamanında ve doğru olarak iletmelidirler. Kâra katılmalı tahvil sahipleri bakımından kârın doğru tahakkuku ve kâr hakkındaki bilgilerin doğru olması, yatırım kararlarında birincil etkiye sahiptir. Örtülü kazanç aktarımı halinde, malvarlığına etkisi bir yana, kâr düşük olacağından yatırımcıların kararı olumsuz olacak ve tahvillerin değeri de düşecektir. İşte SerPK.21 hükmü ile, halka açık anonim şirketlerde kontrolü elinde bulunduran kişi veya grubun, şirket kârını azaltan veya artmasını engelleyen özel yönetimsel uygulamalarına karşı sermaye piyasası yatırımcıları korunmaktadır. Böylece grup şirketler ile yapılan ve halka açık şirketin kaynaklarını grup şirketlere ve halka açık şirkete ortak olan veya olmayan ilişkili kişilere<sup>78</sup> aktaran işlemler yoluyla yatırımcı haklarının ihlali önlenmekte; gücü ve kontrolü elinde bulunduranların şirket yönetim kurulu üzerinden yapacakları/yaptırabilecekleri şirket kârını azaltan ya da artmasını engelleyen kaynak transferi işlemlerine hukuken müdahale imkanı doğmaktadır<sup>79</sup>.

Ayrıca sadece aktif davranışla kârın azaltılması veya artmasının engellenmesi değil, pasif şekilde kârı korumak ve artırmak için beklenen faaliyetleri yapmayarak ilişkili kişilerin kârının artmasını sağlamak da örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında sayılmış ve koruma kapsamı genişletilmiştir<sup>80</sup>. Hükümdeki örtülü işlem kavramı da sadece fiyat farkı bulunan işlemleri kapsar şekilde dar yorumlanamaz. Çünkü uygulamadaki kârı azaltıcı işlemlerin çoğu, örneğin ilişkili şahıs yararına ihaleye girilmemesi, yüksek fiyat verilmesi veya bazı işlerin onlara nakledilmesi gibi yollarla gerçekleştirilmektedir. Finans masraflarının yüklenilmesi veya yükletilmesi de örtülü işlem kapsamına girer<sup>81</sup>. İşte bu gibi hileli ya da muvazaalı işlem ve uygulamalar ile tahvil sahiplerinin kâr payı hakkı için hayati önem taşıyan şirket kazancının ilişkili kişiler yararına azalmasını yasaklayan kanun koyucu, hak sahiplerinin bu yasağın

<sup>78</sup> İlişkili kişi veya taraf sayılabilmek için; işletme üzerinde, bir veya birden fazla aracı yoluyla doğrudan veya dolaylı kontrole ya da önemli bir etkiye sahip olan kişi veya başka bir işletme olmak; işletmenin, bir veya birden fazla aracı yoluyla, üzerinde doğrudan veya dolaylı kontrole ya da önemli bir etkiye sahip olduğu başka bir işletme olmak ve kontrole sahip ortakların aynı olması, ortakların yakın aile üyeleri olması veya kilit yöneticilerin aynı olmasından dolayı işletme ile ortak kontrol altında bulunan başka bir işletme olmak gerekmektedir (İlişkili Taraflar (Bağımsız Denetim Standartları 50) Hakkında Tebliğ / Türkiye Denetim Standartları Tebliği No: 23, m.10/a, A4-A7 Paragrafları), (RG: 29.01.2014, S.28897).

<sup>79</sup> Karş. Kaya, Arslan, "Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK M.21)", İÜHFİM, C.LXXI, S.2, 2013, s.193-194.

<sup>80</sup> Kaya, s.196.

<sup>81</sup> Tekinalp, Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul, 1982, s.77; Akbulak, Sevinç/Akbulak, Yavuz, Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, 1. Baskı, İstanbul, (Ağustos) 2004, s.395.

ihlali halinde korunmaları için gereken tüm tedbir ve düzenlemeleri de öngörmüştür. Hükme aykırılığın özel hukuk alanındaki ilk sonucu, halka açık şirket ile onun iştiraki veya bağlı şirketi yöneticilerinin ve kaynak aktarılan kişilerin tazminat sorumluluğunun doğmasıdır<sup>82</sup>. Bunun dışında kazanç aktarımının Kurul'ca tespiti halinde, halka açık şirketler ile bağlı şirketler, Kurul'ca belirlenecek süre içinde, kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte iadesini talep ederler. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar, aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır (SerPK.21/IV). İade davasını açmaya Kurul da yetkilidir (SerPK.94). Ayrıca Kurul, ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını istemeye, gerektiğinde durumu ilgili mercilere intikal ettirmeye; bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurul'ca tespiti tarihinden itibaren 3 ay ve her halde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren 3 yıl içinde iptal ve 5 yıl içinde de butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya; mahkemenin izniyle ilgili yetkililerin imza yetkilerini kaldırmaya, haklarında suç duyurusunda bulunulan ilgilileri ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar görevden almaya, ilk genel kurula kadar görev yapmak üzere yeni yönetim kurulu üyeleri atamaya da yetkilidir (SerPK.92/I).

Son olarak SerPK.110/I-b'de, SerPK.21/I'de belirlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına giren eylemin, güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturduğu düzenlenmiştir. Ancak bu durumda 5237 sayılı TCK.155/II'ye göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz. Ayrıca güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi, etkin pişmanlık göstererek m.21/IV'te yer alan ödemenin yanı sıra, bunun iki katı parayı Hazineye; a) henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde hakkında cezaya hükmolunmaz, b) soruşturma evresinde ödediği takdirde verilecek ceza yarısı oranında indirilir, c) kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde ise, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir (SerPK.110/III).

Örtülü kazanç aktarımı yasağı dışında Kurul Tebliği ile öngörülen hakkın korunmasında etkili diğer düzenlemeler ise şöyledir: Öncelikle II-31.1 sayılı Tebliğ'de, aynı koşullara sahip tahvillere ödenecek kâr payının, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut tahvillerin tümüne, bunların ihraç ve vade tarihleri dikkate alınmadan dağıtılacağı

<sup>82</sup> Tekinalp, Esaslar, s.77. SerPK'da bu yasağın ihlalinin sonuçlarını düzenleyen hükümlerde (m.21/IV, m.92, m.94 ve m.110) doğrudan ilgili şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu düzenlenmiş değildir. Ancak örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılığın şirkete zarar verdiği kesin olarak kabul edilmiştir. Yönetim kurulu bu yolda karar almış ve uygulamışsa, tazminat sorumluluğundan kurtulma olasılığı çok düşüktür. Zira böyle bir karar bulunmasa bile, yönetim kurulunun bu işlemlerden haberdar olduğunun veya özen yükümlülüğü kapsamında haberdar olması gerektiğinin gösterilmesi, sorumluluğun doğması için yeterli olacaktır. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirildiğine dair en az sekiz yıl saklanması öngörülen bilgi ve belgeler (SerPK.21/III), yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulabilmeleri için son derece önemlidir (Bozatosun, N. Ayşe Odman, Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, 1. Baskı, Ankara, (Mayıs) 2013,151-152).

düzenlenmiştir (m.16/V). Böylece aynı koşullar altındaki tahvil yatırımcıları arasında, kâr payı dağıtımına ilişkin olarak eşitlik ilkesine aykırı uygulamalar önlenmeye çalışılmıştır.

II-19.1 sayılı Tebliğ'de yer alan kamuyu aydınlatmaya ilişkin düzenleme de, aynı şekilde tahvil yatırımcılarının kâr payı haklarının korunmasında son derece etkilidir. Zira söz konusu düzenleme uyarınca, payları borsada işlem gören şirketlerin kâr dağıtımına ilişkin yönetim kurulu önerisi, şekli ve içeriği Kurul'ca belirlenen kâr dağıtım tablosu ile birlikte Kurul'un özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulmalı ve kâr dağıtım tablosu en geç olağan genel kurul gündeminin ilan edildiği tarihte kamuya açıklanmalıdır (m.8/I). Benzer yönde düzenleme payları borsada işlem görmeyen şirketler için de öngörülmüştür (m.8/II). Böylece tahvil sahipleri daha genel kurulda kâr dağıtımına ilişkin karar alınmadan, yönetim kurulunun bu konudaki önerisinin ilanı sayesinde önceden bilgi sahibi olacak ve bu çerçevede ellerindeki tahvili ikincil piyasada satmanın mı, yoksa itfa edilinceye kadar ellerinde tutmanın mı daha faydalı bir yatırım kararı olacağı konusunda doğru karar verebileceklerdir.

## SONUÇ

Borçlanma yoluyla finansman sağlamada kullanılan bir sermaye piyasası aracı ve menkul kıymet olarak tahvillere ihraççı kârından pay verilmesi, gerek TTK ve gerekse sermaye piyasası mevzuatımız çerçevesinde mümkündür. Kurul Tebliği uyarınca ihraççılar tahvillere ödeyecekleri kâr payının belirlenmesinde üç esastan birini tercih edebilecektir: a) Faiz ve buna ek olarak tahvile kârdan pay verilmesi, b) Kâr payının faizden daha az olması halinde faiz ödenmesi; faiz getirisine eşit veya daha fazla kâr payı tahakkuk etmişse kâr payının ödenmesi, c) Bir faiz öngörülmeksizin tahvile kârdan pay verilmesi.

Tahvillere sağlanan kâr payı hakkı sayesinde yatırımcılar ihraççının sadece kârına katılıp zararını üstlenmemekte; ihraççılar da yönetimdeki kontrolü kaybetmeden ucuz bir finansman yöntemi elde etmektedir. Böylece yatırımcılar hem pay sahipleri için öngörülen önemli bir mali hakka sahip olmakta, hem de alacaklı sıfatlarını yitirmeyerek şirket malvarlığı üzerindeki öncelikli konumlarını sürdürmektedir. Özellikle belirli oranda faize ek olarak kâr payı verilmesi ya da faizden yüksek olduğu için kâr payı verilmesi kombinasyonlarında yatırımcılar, kâr yükselmelerine karşı çok duyarlı ve buna karşılık kâr düşüşlerinden etkilenmeyen, kısaca payların rizikolarını taşımadan onun avantajlarını barındıran son derece cazip bir yatırım aracına sahip olmuş olurlar. Ancak söz konusu tahvillere ilginin artırılması, kâra katılmalı tahvil yatırımcısına pay sahiplerine oranla kârda imtiyaz tanınmasına ve benzer nitelikte bir menkul kıymet olarak katılma intifa senedi yatırımcılarına sağlanan birtakım hukuki korumaların onlar için de öngörülmesine bağlıdır.

**KAYNAKÇA**

- AKBULAK, Sevinç/AKBULAK, Yavuz. Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, 1. Baskı, İstanbul, (Ağustos) 2004.
- ARSLANLI, Halil. Anonim Şirketler Umumi Hükümler, C.I, 3. Baskı, İstanbul, 1960 (Umumi Hükümler).
- ARSLANLI, Halil. Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, C. II-III, İstanbul, 1960.
- ARSLANLI, Halil/ DOMANIÇ, Hayri. Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, C.III, İstanbul, 1989.
- ATEŞAĞAOĞLU, Erdem. Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı, 1. Baskı, İstanbul, (Ocak) 2012.
- AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan. Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 1. Baskı, İzmir, (Ocak) 2013.
- BABUŞCU, Şenol/ HAZAR, Adalet. Menkul Kıymetler ve Diğer Sermaye Piyasası Araçları, Ankara, (Ağustos) 2007.
- BİRSEL, Mahmut T. Yargıtay Kararlarının Işığı Altında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket İle Pay Sahibi Arasındaki Menfaat Çatışması, Ankara, 1971.
- BOZGEYİK, Hayri. "Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı", Batider, C.XX, S.3, (Haziran) 2000, s.117-156.
- BOZTOSUN, N. Ayşe Odman. Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, 1. Baskı, Ankara, (Mayıs) 2013.
- ÇEVİK, Orhan Nuri. Anonim Şirketler, 4. Baskı, Ankara, (Mart) 2002.
- DOMANIÇ, Hayri. Anonim Şirketler, İstanbul, 1978 (Anonim Şirketler).
- ERDOĞAN, İhsan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, (Kasım) 2013.
- EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2013.
- ERİMEZ, Rüştü. Vergi Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçeler, 2. Baskı, İstanbul, 1976.
- ERİŞ, Gönen. Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, C.III, Ankara, 2013 (C.III).
- ERİŞ, Gönen. Açıklamalı-İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler, 3. Baskı, Ankara, 2004.
- ERİŞ, Gönen. Anonim Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara, (Mart) 1995 (Anonim Şirketler).
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul, 2012.
- İMREGÜN, Oğuz. "Sermaye Piyasasının Tekevvününde Tahviller, Çeşitleri ve Oynadıkları Rol", III'üncü Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs 1963), Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1964, s.261-287 (Tahviller).
- İMREGÜN, Oğuz. Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, 1989 (Anonim Ortaklıklar).

- KARAHAN, Sami. “Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararını İptal Eden Mahkeme, Kârın Dağıtılmasına Karar Verebilir Mi?”, *Regesta*, C.3, S.1, 2013, s.19-32 (Kâr Dağıtımı).
- KARAHAN, Sami/ HUYSAL, Ayşegül. *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Konya, (Aralık) 2013.
- KARAYALÇIN, Yaşar. *Muhasebe Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 1988.
- KAYA, Arslan. “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK M.21)”, *İÜHFİM*, C.LXXI, S.2, 2013, s.193-204.
- KUNTALP, Erden. *Kâr Ortaklığı Belgesi*, TBB Yayınları, Yayın No: 123, Ankara, 1983.
- KUNTALP, Erden. *Sonuca Katımlı Ödünç Sözleşmesi (Kavram ve Hukuki Niteliği)*, TBB Yayınları, Ankara, 1980 (Ödünç).
- MOROĞLU, Erdoğan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 6. Baskı, İstanbul, 2012.
- NOMER, Haluk N. *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, İstanbul, (Nisan) 2002.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku*, C.I-II, 2. Baskı, İstanbul, 1975-1976.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin. *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, (Eylül) 2010 (Ortaklıklar 2010).
- PULAŞLI, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi*, C.I-II, 2. Baskı, Ankara, (Ocak) 2014 (Şerh, C.I-II).
- PULAŞLI, Hasan. *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, 1989 (Şarta Bağlı İşlemler).
- REMZİ, Mehmet/ AYDIN, Sezer. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, İstanbul, 2013.
- SAMUNCU, Meral. *Türkiye’de Menkul Sermaye Piyasası ve Bankacılıkta Uygulama Alanları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987.
- TANDOĞAN, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.I/2, 4. Baskı, İstanbul, 2008.
- TEKİL, Fahiman. *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul, 1998.
- TEKİNALP, Ünal. *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, İstanbul, 1982 (Esaslar).
- TEKİNALP, Ünal. “Kâra İştirakli Tahvil”, *Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi*, C.XI, S.10, (Ekim) 1974, s.2-11 (Kâra İştirakli Tahvil).
- TEKİNALP, Ünal. *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Baskı, İstanbul, 1979 (Bilanço).
- UYGUR, Turgut. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C.I, 3. Baskı, Ankara, (Temmuz) 2013.
- ÜÇŞİK, Güzin. “Kâra İştirakli Tahviller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHAD)*, C.IV, S.1-3, (Ocak-Aralık) 1989, s.53-61.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat. *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı*, 1. Baskı, Ankara, 2005.

- YANLI, Veliye. “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, Batider, C.XXX, S.1, 2014, s.5-32.
- YASAMAN, Hamdi. Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992.
- YAVUZ, Mustafa. “Anonim Şirketlerde Kâr Payı Alma Hakkını Kısıtlayan Unsurlar”, Mali Çözüm Dergisi, (Kasım-Aralık) 2013, s.89-97. ([http : // archive. ismmmo. org . tr / docs/ malicozum/ 120malicozum / 9\\_mustafa\\_yavuz . pdf](http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/120malicozum/9_mustafa_yavuz.pdf)), (Erişim: 13.04.2015).
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara, (Eylül) 2013.



# HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

## (Disclosure Requirement of a Doctor)

Öğr. Gör. Pelin ÇAVDAR\*

### ÖZET

Hastaya teşhis (tanı), tedavi ve süreç, risk ve tedavi seçenekleri hakkında aydınlatma yapılmaksızın yapılan her tıbbi müdahale hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, hekim hastasını açık ve anlaşılır bir dille aydınlatmalıdır. Bu bağlamda, hekim hastasını mesleki uygulama ölçütü, makul hasta ölçütü veya sübjektif ölçüt kullanarak aydınlatmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, acil tıbbi müdahale, hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, hastanın bilgisinin bulunması ve aydınlatmanın hastaya olumsuz etkide bulunması durumlarında hekim hastayı aydınlatma yükümlülüğünden muaf tutulabilmektedir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği hususundaki ispat yükü hekimdedir.

**Anahtar kelimeler:** Tıbbi müdahale, aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatma ölçütleri, aydınlatma yükümlülüğünün istisnaları, ispat yükü, aydınlatmanın şekli

### *Abstract*

Every medical intervention to the patient without disclosing the diagnosis, treatment process, risks and alternative treatment options is illegal. In order to make the intervention legal, the doctor must disclose the patient clearly and in an understandable language. Accordingly, doctor may use different standards such as the professional practice standard, the reasonable patient standard and the subjective standard when fulfilling his disclosure requirement to the patient. However, one should bear in mind that, there are some circumstances which exempts the doctor from disclosure requirement; immediate medical responses, patient's waiver from his illumination right, patient's knowledge about the intervention and in case of negative effects of disclosure to the patient. It should be kept in mind that, burden of proof in disclosing the patient is on the shoulders of the doctor.

**Keywords:** Medical intervention, disclosure requirement, standards of disclosure, exemptions from disclosure requirement, burden of proof, the way of disclosure

---

\* Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu

## GİRİŞ

Kişinin sadece insan olması sebebiyle sahip olduğu vazgeçilmez, devredilemez ve hukuka aykırı olarak sınırlandırılmaz hakları vardır<sup>1</sup>. Bu hakların en başında yer alan kişilik hakkı, gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar sadece var olmaları nedeni ile ayrılmaz biçimde sahip oldukları hukuken korunan değerlerden oluşmaktadır<sup>2</sup>. Bu hak gerek iç hukukumuzda gerekse uluslararası hukukta korunmaktadır. Nitekim 1982 Anayasası md.17 hükmünde, herkesin yaşama, maddi, manevi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğundan söz edilmektedir. TMK md. 23 hükmü ise kişinin hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçemeyeceğini, özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağını açıkça ortaya koymaktadır. En temel uluslararası sözleşme olarak kabul edilen AİHS<sup>3</sup>; yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi kişilik değerlerini koruyucu maddeler içermektedir.

Tıbbi müdahaleler<sup>4</sup> nitelikleri itibariyle yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü koruma gibi haklarla yakından ilgilidir<sup>5</sup>. Bu bağlamda AY md. 17 gereğince “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” Bu hüküm ışığında kural olarak, kişiliği oluşturan değerlerden biri olan vücut bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahale ancak kişinin rızası ile hukuka uygun hale gelir. Ancak rızanın geçerli olarak hukuk düzeninde yerini alabilmesi için hekim tarafından aydınlatma yükümlülüğünün usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmesi gerekir<sup>6</sup>.

Bu çalışmada aydınlatma kavramı, aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanakları, ölçütleri, türleri ve istisnaları, aydınlatmanın şekli, aydınlatma yükümlüsü, aydınlatılacak kişi ve aydınlatmanın ispatı konularında yabancı mahkeme kararlarından da faydalanılarak açıklamalar ve değerlendirmeler yapılacaktır.

<sup>1</sup> 1982 Anayasası md.12: “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*”

<sup>2</sup> **Helvacı**, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013., s.105.

<sup>3</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

<sup>4</sup> Tıbbi müdahaleler; “*Kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslarına uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir*” Bknz: **Çakmut, Yenerer**, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.24.

<sup>5</sup> **Boran**, Bedia, Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s.102.

<sup>6</sup> **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014, s.108., Bkz: **Altay**, Sabah, Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları, Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s.221.

## HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### I. Aydınlatma ve Aydınlatılmış Rıza Kavramları

Hekim ile hasta ilişkisinin temeli olan teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan bir yükümlülük<sup>7</sup> olan aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastanın, uygulanması düşünülen tıbbi teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir<sup>8</sup>. Bu bağlamda aydınlatma, hekim açısından tedavi ve teşhis sözleşmesi gereği<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekimin aydınlatma ödevinin yükümlülük niteliğinde olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi yüküm niteliğinde olduğunu savunanlar da mevcuttur. Bu ayrım yaptırım bakımından önem arz etmektedir, şöyle ki; yüküm olduğu kabul edilirse yaptırım olarak belirli haklardan yoksun bırakılmak söz konusu olacak iken, yükümlülük olarak kabul edilirse, yükümlülüğün ihlalinde tazminat gibi alacak hakkının doğması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Ayrıntılı bilgi için bkzn: **Erman**, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s.101.

<sup>8</sup> **Köprülü**, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İBD, 1984, C. LVIII, S.10.11, s.589.

<sup>9</sup> Bkz: **Gümü**, Alper, Mustafa: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2014, s.133. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi, TBK md. 502 vd. hükümlerinde yer alan vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

Yargıtay'da konuya ilişkin olarak, "*Taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir. Dava doktorun mesleki kusuruna, diğer ifade ile özen hususuna aykırılık iddiası ile açılmıştır. Vekil (Doktor) işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır (BK. 386, 390, 321). bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur. Doktor hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbin gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz.*" hükmünü kurarak hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirmiştir. **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2003/711 E., , 2003/4255 K., 09.04.2003 T.** www.kazanci.com, E.T:20.04.2015, Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararında; Davacı ameliyat sırasında verilmemesi gereken halatın gazı verilmesi neticesinde karaciğer harabiyeti oluştuğunu belirterek açtığı maddi ve manevi tazminat davasında Yargıtay "*Davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek, ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK.76. maddesi gereği doğrudan hakimnin görevidir. Davacı, davalıların yanlış tedavisi sonucu karaciğerini kaybettiğini ve organ nakli ile yaşama döndüğünü ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır.*" **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2005/15820 E., , 2006/2367 K., 23.02.2006 T.** www.kazanci.com, E.T: 20.04.2015.

Bkz: **Şenocak**, Zariye, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1991, s.23. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmede önemli olan tedavinin özenle yapılmasıdır; yoksa belirli veya belirsiz bir süre için hekimin hizmette bulunması, "iş gücünü hastanın emrine tahsis etmesi" amaçlanmamaktadır. Bkz: **Bayraktar**, s.35 dnp.52, **İpekyüz**, Yavuz, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 57. Hekim, kendisine başvuran hastayı belirli veya belirli olmayan bir süre unsuru olmaksızın ve "serbestçe" tedavi etmek amacıyla mesleğini icra edecektir. Hekimin amacı hastayı tedavi etmek olup, bunu da ilişkinin başında belirlemeyeceği bir zaman dilimine bağlı olmaksızın yapacaktır. Belirli olan hastalığın tedavisi olup, hastanın talimatları doğrultusunda değil, mesleğinin gerektirdiği şekilde, "bağımlılık" unsuru olmaksızın yerine getirecektir. **İpekyüz**, s.63, Hekimin hastayı tedavisi ve cerrahi müdahalenin başarıyla sonuçlanması, mahiyeti gereği ve çoğu zaman da hekimin elinde olmayan faktörlere bağlı olduğu için, objektif olarak mahiyeti gereği taahhüt edilmeye elverişli değildir. Ancak bunun istisnasının estetik amaçlı protez yapımının üstlenildiği ameliyatlarda olduğu söylenebilir. Bu

bir edim olarak karşımıza çıkmakta<sup>10</sup>, hasta açısından ise kendi geleceğini belirleme hakkına ve vücut bütünlüğünün sağlanmasına hizmet etmektedir<sup>11</sup>. Hasta, hekim ile arasındaki güven ilişkisi<sup>12</sup> sebebiyle sağlığına kavuşmak için güven duyarak seçtiği bir hekime gitmekte, hekim ise mesleki tecrübelerini, bilgisini kullanarak hastasını iyileştirmek için çalışmaktadır. İşte bu iyileştirme çalışmalarını yaparken ve uygulanan tedavi sonrasında hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü doğmaktadır.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ise, kişiye tanınan en yüksek değerdeki haklardandır ve hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal temelini oluşturmaktadır<sup>13</sup>. Nitekim Amerikan hukukunda da Schloendorff v. Society of New York Hospital<sup>14</sup> davasında, fiil ehliyeti olan herkesin kendi vücut bütünlüğüne ilişkin karar verme hakkının olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Hasta, kendi geleceği hakkında karar verme hakkına sahip olarak vücudu üzerinde gerçekleştirilecek her türlü müdahaleye ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz bir karar verecektir. Hasta, bu kararı kimsenin etki veya baskısı altında kalmadan özgürce vermelidir.<sup>15</sup> Bu bağlamda, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı tip etiğinin önemli ilkelerinden olan hasta özerkliğine saygıyı da korumaktadır<sup>16</sup>. Buna göre, hekim hastasının vermiş olduğu karara saygı göstermek zorundadır. Ancak kişinin kendisine yapılacak tıbbi müdahale konusunda karar verebilmesi için neye rıza

---

görüş çerçevesinde kural olarak hekim ile hasta arasındaki sözleşme eser sözleşmesi değil, vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir.

Ancak doktrinde azınlıkta kalan görüş, hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak nitelendirmektedir. (Atabek/Sezen)

Kanaatimizce, hekim ile hasta arasında yapılan sözleşme vekalet sözleşmesinin yapısına ve unsurlarına daha uygun düşmektedir. Hekim, hastasının emir ve talimatlarıyla bağlı olmaksızın, tıbbi müdahaleyi özenle gerçekleştirme yükümlülüğü altında olan şahıstır.

<sup>10</sup> Aydınlatma yükümlülüğünün sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki özen yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Bkz: **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s.189.

<sup>11</sup> **Ozanoğlu**, Hasan, Seçkin, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.52, S.3, s.59.

<sup>12</sup> Vekalet sözleşmesinde vekil ile vekalet veren arasındaki güven ilişkisinin diğer sözleşmelere kıyasla daha yoğun olduğu kabul edilmektedir. Vekalet sözleşmesinde vekil ile vekalet veren arasındaki özel güven ilişkisi, vekilin vekaleti kişisel olarak yerine getirme yükümünde (TBK md.506/III), sadakat yükümünde (TBK md.506/II) ve taraflara tanınan fesih hakkında (TBK md.512) somutlaştığı kabul edilmektedir. Bknz: **Gümüş**, s.127., Bkz: **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s.701.

<sup>13</sup> **Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku, İstanbul, 2012, s.269.

<sup>14</sup> Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92, 1914, statement by Justice Cardozo: "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body...".

<sup>15</sup> **Çakmut, Yenerer**, Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s.10.

<sup>16</sup> **Tacir**, Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s.153.

gösterdiğini bilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, tıbbi müdahale, hastanın tam olarak aydınlatılmasından sonra “aydınlatılmış rızanın” verilmesi üzerine yapılabilir. Aydınlatılmış rıza, “riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüte yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından “gönüllülükle kabulü” olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekimin aydınlatma yükümlülüğü aydınlatılmış rızayı kapsamına alan ancak ondan daha kapsamlı bir yükümlülüğü ifade eder. Bir başka ifadeyle, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına aydınlatılmış rıza girdiği gibi, hekimin hastasını uygulanan tedavi sonrasında yapılması gerekenler konusunda bilgilendirmesi de girer.

Hekim tarafından hastasından aydınlatılmış rıza alınmadan, bir başka ifadeyle, aydınlatma yükümlülüğü usulüne uygun olarak yerine getirilmeden verilen rıza tıbbi müdahaleyi TMK. md. 24 gereğince hukuka uygun hale getirmez, hekim açısından hukuki ve cezai sorumluluğın doğumuna yol açar.

## II. Aydınlatma Yükümlülüğünün Hukuksal Dayanakları

Aydınlatma yükümlülüğü öncelikli dayanağını AY md.17 hükmünde bulmaktadır. Bu hükümde, “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.” ifadesi yer almaktadır.

TMK md.23 ve md.24 hükümleri kişilik hakkını hukuki işlemlere ve hukuka aykırı fiillere karşı koruduğu için aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağını oluştururlar. TMK md.25, TBK md. 56 ve md. 58 hükümleri ise, kişilik hakkına ve bu kapsamda kişiliği oluşturan değerlere hukuka aykırı müdahaleler karşısında müdahalede bulunanın hangi yaptırıma tabi olacağını belirtmektedir. Hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesi yukarıda belirtmiş olduğum gibi, TBK md. 502 vd. hükümlerinde düzenlenen vekalet sözleşmesi kapsamında vekilin özen ve sadakat borcunun<sup>18</sup> gereği olarak değerlendirilir, buna göre, aydınlatma yükümlülüğünün

<sup>17</sup> Konuya ilişkin Amerikan hukukunda yapılan tanım için bkz: **Pozgar**, D., George, Legal Aspects of Health Care Administration, LLC 2007, s.278. “*Informed consent is a legal doctrine that provides that a patient has the right to know the potential risks, benefits, and alternatives of a proposed procedure*”. Bkz; **Ayan**, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.72

<sup>18</sup> Bkz; **Gümüş**, s.155. “*Öğretide hakim görüş, aydınlatma yükümlünü haklı olarak vekilin genel sadakat yükümlününün bir görünümü olarak görmektedir. Buna göre aydınlatma yükümlü, vekil için, vekalet yabancı menfaatler karşısında, vekalet verenin menfaatine tabi olarak vekalet sonucunu elde etmeye yönelik gerekli olan her türlü bilgiyi vekalet verene sağlama yükümlünü ifade eder*”.

kanunumuzdaki dayanaklarından birisinin vekalet sözleşmesini düzenleyen hükümler olduğu kuşkusuzdur.

1219 sayılı TŞSTİDK 70. maddesine göre, “.....Bütün tıbbi müdahaleler için yetkili şahsın rızasını almak zorunludur. Rızanın geçerli olabilmesi içinse, hastanın, muvafakat beyanından önce müdahalenin türü, kapsamı ve sonuçları üzerinde aydınlatılması gerekir.”

Hasta Hakları Yönetmeliği’ nin 15. maddesinde “Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir”.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’ nin 14. maddesinde, “..... teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır”.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 7. maddesinde<sup>19</sup>, organ ve doku alacak hekimlerin, vericiye, organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi vermekle yükümlü oldukları açıkça belirtilmektedir.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun’ un 7. maddesi de hekime, vericiyi aydınlatma yükümlülüğü yüklemiştir.

5237 sayılı TCK’ nın 90. maddesinde “Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması .....” ifadesi ile yine aydınlatma yükümlülüğüne atıf yapılmaktadır.

Son olarak, Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları’ nın 26. maddesinde aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmektedir. Bu madde de, “Hekim hastasını sağlık durumu ve konulan tedavi, yöntemin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır” hükmü yer almaktadır.

Yargıtay da aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak vermiş olduğu kararda<sup>20</sup>, “hastanın açık ya da zımni iradesinin hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık

<sup>19</sup> Md. 7: “Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek.....” ifadesi yer almaktadır.

<sup>20</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1976/6297 E., 1977/2541 K., 08.03.1977 T., www.kazanci.com E.T.:20.04.2015 “..... olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre.....” hükmü kurulmuştur.

*durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir”* hükmünü kurmuştur.

Amerikan hukukunda ise, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ilk tartışıldığı dava *Mohr v. Williams*<sup>21</sup> davasıdır. Bu davada, davacı hasta sağ kulağına yapılacak cerrahi müdahaleye rıza göstermiş, ancak davalı hekim müdahale sırasında sağ kulaktan çok sol kulağın tedaviye gereksinim duyduğunu fark ederek müdahaleyi sol kulak üzerinde gerçekleştirmiştir. Müdahale başarılı olmuşsa da, davacı hasta sol kulakta müdahaleye ihtiyacı olduğu konusunda bilgilendirilmediğini ve sadece sağ kulak üzerinde müdahale için izin verdiğini ileri sürerek dava açmıştır. Mahkeme, sol kulak ameliyatı konusunda hastanın aydınlatılmış rızası alınmadığından aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini ve hastanın bedensel bütünlüğüne saldırıldığını kabul etmiştir.

### III. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Ölçütleri

#### A. Mesleki Uygulama Ölçütü (The Professional Practice Standard)

Bu ölçüte göre, hekimin yeterli bilgiyi açıklama görevinin kapsamı geleneksel mesleki uygulamada yer alan ölçütlerden oluşmaktadır<sup>22</sup>. Hekim, sağlığı koruma görev ve yükümlülüğüne sahip, mesleğinin uzmanı olarak hangi bilgilerin açıklanması gerektiğini belirleyecektir. Bu anlayış, hekimlerin uzun yıllar birçok hastayı tedavi etmeleri nedeniyle hastaya hangi bilginin ne kadar söylenmesi gerektiğini bildiklerini kabul etmektedir. Konuya ilişkin Amerikan hukukunda şu ifadelere yer verilmektedir: “eğitim, deneyim ve yetenek sahibi olan hekim hastayı tedavi eder ve hastanın aydınlatılmış rızasının alınması için hangi bilgilerin verilmesi gerektiğine karar verir”<sup>23</sup>. Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak bu ölçüt Amerika’da *Karp v. Colley*<sup>24</sup> davasında kullanılmıştır. Bu davada, Mr. Karp kalp ve damar hastasıdır ve kendisine kalp nakli gerekmektedir. Mr. Karp’ a kalp donörü bulunmadan kalbi duracak olursa hekim yapay kalp kullanılmasını sağlayacaktır. Ancak bu yöntem son derece tehlikeli olup, daha önce de denenmemiş bir yöntemdir. Bir süre sonra Mr.

<sup>21</sup> **Kaya**, Mine, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi, Ankara 2012, s.61. *Mohr v. Williams*, 104 N.W.12, 1905.

<sup>22</sup> **Tacir**, s.154.

<sup>23</sup> “It is the treating physician who has the education, expertise, skill and training necessary to treat a patient and determine what information a patient should have in order to give informed consent”. Bkz:**Pozgar**, s.278.

<sup>24</sup> *Karp v. Colley* 493 F.2d 408, 1974. The Karp rule “compels a physician to disclose facts which a reasonable medical practitioner in a similar community and of the same school of medical thought would have disclosed regarding proposed treatment”.

Karp' ın kalbi durmuş ve kendisine yapay kalp yerleştirilmiştir. Ancak, Mr. Karp kısa bir süre sonra ölmüştür. Davacının eşi, kendilerine müdahale ile ilgili gereken bilgilendirmenin yapılmadığını iddia ederek dava açmışlardır. Mahkeme bu davada, mesleki uygulama ölçütünün kullanılması gerektiği ve benzer eğitimi alan makul bir hekimin açıklaması gereken bilgilerin açıkladığından bahisle davalı hekim lehine hüküm kurmuştur.

### B. Makul Hasta Ölçütü (The Reasonable Patient Standard)

Bu ölçüte göre, hekim tarafından tedaviye ilişkin olarak yapılacak aydınlatma ve açıklama makul bir hastanın bilmesi gerekli olan risk, alternatif ve sonuçları içermelidir. Bir başka ifadeyle, hasta hekimin karşısında bulunan kimse değil, belirli nitelik ve özelliğe sahip soyut bir kişidir<sup>25</sup>. Bu görüşe göre sağduyulu, makul bir insan tüm riskler açıklansaydı ne yönde karar verirdi sorusunun cevabına göre bilgilendirmenin kapsamı belirlenir. Ashe v. Radiation Oncology Assocs<sup>26</sup> davasında, davacı hasta akciğer kanseridir, hekimin önerisiyle kemateropi tedavisi görmeye başlar. Bu tedavi sonucunda omurilikleri oldukça fazla zarar görür ve davacı felç olur. Davacı kendisine omuriliklerinin bu denli zarar göreceğinin açıklanmadığını, bu risk açıklansaydı böyle bir tedaviye izin vermeyeceğini söyler. Davalı ise, bu riskin meydana gelme ihtimalinin yüzde bir veya iki olduğunu belirtir. İlk derece mahkemesi, davalı lehine hüküm kurar. Temyiz mahkemesi ise kararında, makul hasta ölçütünün uygulanması gerektiğini ve aynı durumda olan makul hastanın başka bir tedaviyi isteyip istemeyeceğinin araştırılması gerektiği yönünde görüş belirtir ve davacı lehine hükmü bozar.

### C. Sübjektif Ölçüt (The Subjective Standard)

Sübjektif ölçütte, hekim hastanın özel durumunu dikkate alarak “o hasta” açısından risk oluşturabilecek veya kararında etkili olabilecek tüm bilgileri açıklamalıdır. Bir başka ifadeyle, hasta hekim karşısındaki somut bir varlık, aydınlatılmayı bekleyen kimse olarak kabul edilmelidir<sup>27</sup>. Bu görüş çerçevesinde her hasta bireysel özellikleri (yaşı, cinsiyeti, mesleği, kişisel özellikleri) dikkate alınarak değerlendirilir<sup>28</sup>. Scott v.

<sup>25</sup> Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.128.

<sup>26</sup> Pozgar, D., George, s.282,283,284. Ashe v. Radiation Oncology Assocs 9 S. W.3d. 119, 1999. Aynı yönde görüş için bkz: Nixdorf v. Hicken, 612 P2d 348, 1980.

<sup>27</sup> Bayraktar, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s.128.

<sup>28</sup> Erman, s.103, Hekim hastayı bilgilendirirken, genel ve soyut noktalara değinmekle yetinmemeli, yapılacak olan müdahalenin kendine özgü özelliklerini belirtmeli, ve bunların hastanın bilgi ve eğitim düzeyi açısından uygun bir dil ve üslupla anlatılmalıdır ki, kendine özgülenmiş bilgileri edinen hasta, bu müdahaleyle ilgili özgür iradesini oluşturarak, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilsin.



Bradford<sup>29</sup> davasında mahkeme, tedavinin riskleri açıklansaydı tedavi görmek amacıyla gelen hastanın tedaviyi kabul edip etmeyeceğinin belirlenip aydınlatma yükümlülüğünün bu ölçüye göre tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Belirtmek gerekir ki, hastanın sübjektif durumunu esas alırken, hekimin hastayla ilgili her türlü ayrıntıyı bilmesi ve buna göre aydınlatma yapması şeklinde bir yaklaşım hekimi oldukça ağır bir yükümlülük altına sokar. Dolayısıyla, hekimden beklenen hastanın yaşı, mesleği gibi kolayca bilinebilecek özellikleri dikkate alarak aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesidir.

#### D. Türk Hukukunda Benimsenen Ölçüt ve Ölçütlerin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda Hekimlik Meslek Etiği Kurallarınının 26. maddesindeki, “..... Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir” ifadesinden yola çıkarsak, hukukumuzda sübjektif ölçütün, bir başka ifadeyle, hastanın içinde bulunduğu somut koşullarının değerlendirilmesi yaklaşımının benimsendiğini görürüz.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında bu ölçütü benimseyerek, hekimin hastasının durumunu ve koşullarını dikkate alarak ona en uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp alarak tedaviyi gerçekleştirmek zorunda olduğuna hükmetmiştir<sup>30</sup>.

Birinci görüş olan mesleki uygulama ölçütü, hekimlerin yeterli bilgiye sahip, uzman bir kişi olarak hastaya neyin açıklanması gerektiğini bildiği varsayımından hareket etmektedir.

Bu görüşün benimsenmesi mesleğini uzun yıllardır yapan her hekimin konusunda uzman olduğunu kabul etmemiz sonucunu doğurur<sup>31</sup>. Oysa mesleğini uzun yıllardır yapan hekim dahi uygulanacak tedavi için yeterli bilgiye sahip olmayabilir ve aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun bir şekilde yerine getiremeyebilir. Bu açıdan bakıldığında hekimin gerçekten uzman bir hekim olup olmadığının tespiti oldukça güçtür. Ayrıca, hekimin her somut olaya uygulanacak mesleki standartlar öngörmesi mümkün değildir. Her hasta ve hikayesi farklıdır<sup>32</sup>.

Ancak, TBK md. 506 hükmü TTK md.18 hükmündeki, “her tacirin, ticaretine

<sup>29</sup> Scott v. Bradford, 606 P2d 554, 1979. Bkz: <http://www.casebriefs.com/blog/law/torts/torts-ke-yed-to-prosser/negligence/scott-v-bradford/> E.T: 12.02.2016.

<sup>30</sup> **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 1993/131 E., 2741/1993 K., 05.05.1993 T.** www.kazancı.com, E.T.:20.04.2015.

<sup>31</sup> **Tacir**, s.155.

<sup>32</sup> **Tacir**, s.155.

ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir” hükmüne paralel bir şekilde, vekilin özen ölçütünün belirlenmesinde “basiretli bir vekilin davranışını” esas almıştır. Kanun koyucu, vekilin özen ölçütünü objektifleştirmiştir<sup>33</sup>. TBK md. 506 hükmünün gerekçesinde de bu yaklaşımı destekler nitelikte şu ifadeler yer verilmiştir; “..... Fıkıradaki, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır...” Vekilin sorumluluğu bakımından, eğer vekil mesleki faaliyet kapsamında profesyonel olarak vekalet veren menfaatine iş ve hizmet görmeyi üstlenmişse, “basiretli vekilin davranışını” esas alan aşırı objektifleştirilmiş özen ölçütünün benimsenmesi gerektiği, mesleki ve profesyonel bir iş ve hizmete dayanmayan vekaletlerde ise “ortalama vekilin ortalama davranışı” esas alınarak vekilin özen ölçütünün belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Hekimin mesleki faaliyeti kapsamında profesyonel olarak vekalet veren hasta menfaatine iş ve hizmet gördüğü şüphesiz olduğundan, vekilin özen ölçütü açısından TBK md. 506 gereğince ağır bir objektif özen yükümlülüğünün söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

İkinci görüş olan makul hasta ölçütünde ise, makul hasta kavramı önem arz etmektedir ve buna ilişkin net bir yanıt bulunmamaktadır<sup>35</sup> dolayısıyla bu ölçütün kabul edilmesi farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir.

Kanaatimizce son görüş olan subjektif görüş hastanın kişisel özelliklerini dikkate alarak her hastayı ve her hastaya verilecek bilgileri ayrı ayrı değerlendirdiği için hastanın menfaatine daha çok hizmet eder, bir başka ifadeyle, hastanın kendi geleceğini belirleme noktasında hastaya daha çok yardımcı olur.

#### IV. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı

##### A. Teşhis (Tanı) Aydınlatması

Teşhis aydınlatmasında, muayene sonucu elde edilen bilgiye göre konulan teşhis hakkında bilgi verilir<sup>36</sup>. Ancak bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirdiğinden bahsedebilmek için hekimin bu teşhise hangi nedenlerle vardığına ilişkin temel bilgi ve bulguları da açıklaması gerekmektedir<sup>37</sup>. Doktrinde teşhis aydınlatmasında he-

<sup>33</sup> **Gümüş**, s.163.

<sup>34</sup> **Gümüş**, s. 163.

<sup>35</sup> **Tacir**, s.157.

<sup>36</sup> **Gökcan**, Hasan, Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013, s.152,

<sup>37</sup> Bkz, **İpekyüz**, s.106, Tanının hastaya bildirilmesinin, aydınlatma yükümlülüğü içinde yer aldığı Alman uygulamasında kabul edilmektedir ancak doktrinde bu konuda birlik mevcut değildir. Bu konu özellikle kanser veya AIDS gibi hastalıklarda önem taşımakta ve doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, bu gibi durumlarda hastaya hastalığının teşhisine ilişkin bilgi

kimin yapacağı aydınlatmanın kapsamlı ve ayrıntılı bilgileri içermesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Hekim hastalığa ilişkin bulguları hastanın anlayabileceği bir dilde, açıklayıcı bir şekilde açıklamalıdır. Hasta kendisine yapılan teşhis aydınlatması sonucunda hastalığının ne olduğunu tam anlamıyla anlamalıdır. Belirtmek gerekir ki, hekimin hastasını henüz kesinleşmemiş, ispatlanmamış veya onaylanmamış şüpheli teşhislerle rahatsız etmemesi gerekir<sup>39</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hekim hastasına teşhisi koyarken hastanın öyküsünü almalı, hastalığın ortaya çıkış sebebi üzerinde hasta ve gerekirse yakınlarından bilgi almalı, hastalığı tam ve doğru teşhis edebilmek için röntgen, emar, ultrason vs. gerekli tetkikleri hastasına yaptırmalıdır<sup>40</sup>.

### B. Tedavi ve Süreç Aydınlatması

Tedavi aydınlatmasında hekim, hastanın sağlığına kavuşması için uygun gördüğü tedavinin özelliklerini ve amacını açıklamaktadır. Bunun yanında hekim tedavinin veya tıbbi müdahalenin istenilen başarılı sonucu vermesi için yapılması veya yapılmaması gereken hususlar, yaşam, vücut bütünlüğü ve diğer kişilik değerleri ile malvarlığı değerlerinin korunmasına yönelik davranışlar konusunda aydınlatması söz konusudur<sup>41</sup>. Hekim tarafından belirlenen uygulamanın türü, süresi, nerede yapılacağı, anestezi gerektirip gerektirmeyeceği, uygulamadan etkilenebilecek diğer vücut organ ve fonksiyonlarının neler olabileceğinin de açıkça anlatılması gerekmektedir<sup>42</sup>.

Hekim tarafından yapılan tüm açıklamalar sonucunda kişi hastalığının ne şekilde tedavi edileceği konusunda aydınlatılmış olmalıdır.

Hastanın rızasını alma amacına yönelik bir bilgilendirme olmadığı için bu bilgilendirmeye öğretide “uyarı yükümlülüğü” adı verilmektedir<sup>43</sup>.

Hekimin tedavi aydınlatması, kullanılacak ilaçların yan etkileri, kullanım miktarı gibi hususları da içermelidir<sup>44</sup>. Bu konuya ilişkin hekimin aydınlatma yükümlülüğü ilacın tehlikeliliğine göre belirlenmektedir. Bir başka ifadeyle, ilacın kullanımının ağır yan etkilerinin bulunması veya sağlık ve yaşam bakımından tehlikeli olması halinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü genişleyecektir. Kural olarak ilacın tüm

---

vermekten kaçınılabileceği veya yanlış bilgi verilebileceği kabul edilmektedir.

<sup>38</sup> **Deryal**, Yahya, Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara 2012, s.118.

<sup>39</sup> **Hakeri**, Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı, İstanbul 2014, s.136.

<sup>40</sup> **Ayan**, s.65.

<sup>41</sup> **Zeytin**, Zafer, Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, S.3, Trabzon 2007, s.169.

<sup>42</sup> **Tacir**, s.163.

<sup>43</sup> **Hakeri**, s.284.

<sup>44</sup> **Hakeri**, s.284.

yan etkilerinin hekim tarafından açıklanması zorunlu değildir. Sıkça veya genellikle ortaya çıkan ve günlük yaşamı etkileyecek yan etkilerinin açıklanması gerekmektedir. Bu nokta da belirtmek gerekir ki, ilaç prospektüsünde ilacın kullanım dozuna veya yan etkilerine ilişkin bilginin bulunması hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Bunların dışında hekimin, müdahalenin hastanın araç kullanımını olumsuz yönde etkileyecek olması durumunda, hastasını ikaz etmesi gerektiği, aksi takdirde bu ikazı yapmaması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğu kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahalelerde de oldukça önemli olduğu kabul edilmektedir<sup>46</sup>. TMK md. 40 hükmü gereğince, cinsiyet değiştirmek için başvuruda bulunan şahsın transseksüel yapıda olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması ve üreme yeteneğinden sürekli bir biçimde yoksun olduğunu sağlık raporuyla belgelemesi gerekmektedir. Hekimin ise bu noktada rolü çok büyüktür; hekim ameliyata karar vermeden önce söz konusu şahsın kanun maddesinde belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığını tespit edebilmek için gözlem yapması gerekir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekimin cinsiyet değişikliği ameliyatı sonucunda şahsın dış görünüş yönünden de ne dereceye kadar olmak istediği cinse benzeyeceğini araştırması gerekir<sup>47</sup>. Ayrıca, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmiş olduğundan bahsedebilmek için, cinsiyetini değiştirecek olan şahsa, müdahalenin tehlikeleri, ameliyattan sonra artık eski cinsiyetine dönemeyeceği ve cinsiyet değiştirdikten sonra psikolojik durumunda olabilecek çalkantılar hakkında da cinsiyet değiştirecek olan şahsı aydınlatması gerekmektedir<sup>48</sup>.

### C. Risk Aydınlatması

Risk aydınlatmasında hastaya, seçtiği veya seçeceği tedavi veya tıbbi müdahalelerin olası riskleri ve sonuçları konusunda bilgi verilmektedir. Bu sonuçların hastaya tam ve doğru açıklanması sayesinde hasta kendi geleceğini belirleme hakkını en uygun şekilde kullanmaktadır. Risk aydınlatması sırasında, oluşabilecek komplikasyon sonucu ortaya çıkabilecek zararın ağırlığı ve kalıcılığı göz önünde bulundurulmalıdır. Oluşabilecek ağır ve kalıcı zararlar hiç şüphesiz hastaya açıklanmalıdır<sup>49</sup>.

Yargıtay risk aydınlatmasına ilişkin vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında, “.....*Hastanın salt ameliyata rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların*

<sup>45</sup> Hakeri, s.289.

<sup>46</sup> İpekyüz, s.80.

<sup>47</sup> İpekyüz, s.80.

<sup>48</sup> Dural, Ögüz, s.127.

<sup>49</sup> Erol, Hatırnaz, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2013, s.116.

*da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması, komplikasyonların da izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davalı tarafça davacıyı uygulanan müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonların anlatıldığına ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmamaktadır.....<sup>50</sup> hükmünü kurmuştur.*

Hiç şüphesiz belirtmek gerekir ki, aydınlatılması gereken riskler, müdahalenin yapıldığı tarihte tıp biliminin ulaştığı düzeye göre genel kabul gören bilgiler çerçevesindedir.

Hekimin az rastlanan riskler konusunda hastayı aydınlatma yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığına ilişkin konuyu düzenleyen mevzuatlarda hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre, gerçekleşme ihtimalleri en uzak olan risklerin bile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı göz önünde tutularak hastaya açıklanması gerekmektedir<sup>51</sup>, nitekim bu görüş Yargıtay'ın vermiş olduğu kararında benimsenmiştir.

Konuya ilişkin olarak görülen davada, dava konusunu muayene sonucu kızlık zarının bozulması oluşturmuştur. Yargıtay verdiği kararda muayene sonucunda her halde kızlık zarının bozulacağına tıbben kabul edilmediğini ancak nadiren de olsa böyle bir riskin görülebileceğinin davacıya bildirilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>52</sup>. Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar ışığında; az rastlanan, gerçekleşme ihtimali uzak olan riskler konusunda dahi hekimin aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Aynı konuda Alman hukukunda ise, istatistiksel olarak o riskin gerçekleşme olasılığının bulunmasının belirleyici olmadığı, riskin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçların önem ve ciddiyetinin göz önünde tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Alman Temyiz Mahkemesinde görülen bir davada, bilgilendirilmemiş çocuğa yapılan çocuk felci aşısı sonrasında çocuk felç olmuştur. Bu durumda genel olarak söz konusu risk 1/15.500.000 olmasına rağmen aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır<sup>53</sup>.

Doktrinde kabul edilen diğer bir görüşe göre ise, gerçekleşme ihtimali çok uzak olan risklerin açıklanması hekimi oldukça ağır bir yükümlülük altına sokacaktır. Bu

<sup>50</sup> **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2013/17487 E., 2014/794 K., 16.01.2014 T.**, www.kazanci.com, E.T.:20.04.2015

<sup>51</sup> **Hakeri**, s.290, Bknz:9.

<sup>52</sup> **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1976/6297 E., 1977/2541 K., 08.03.1977 T. Karar**, www.kazanci.com E.T.:20.04.2015.

<sup>53</sup> **Tacir**, s.166, Bknz: BGHZ 126,386; aynı doğrultuda Alman Temyiz Mahkemesi, NJW 2000, ss 1784-1785'den Aktaran: "Gerfried Fischer, "Die Aertzliche Aufklärungspflicht im Deutschen Zivilrecht, "Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.3, Sayı.2 (2006), s.22.

görüş, yalnızca kesin olarak öngörülebilir risk ve sonuçların değil, ortalama bir kişinin kararını etkileyebilecek risklerin açıklanması gerektiğini savunmaktadır<sup>54</sup>.

Kanaatimizce, birinci görüşün benimsenmesi durumunda, tıp hukukunun temel ilkelerinden biri olan hastanın menfaatinin gözetilmesi ilkesi sekteye uğrayacaktır. Şöyle ki; hastaya gerçekleşme ihtimali çok uzak olan bir riskin açıklanması, hastanın kendisi için mutlak surette gerekli olan tedaviyi korkusu sebebiyle reddetmesine neden olabilecektir. Ancak tedavi sonucunda riskin gerçekleşme ihtimali çok düşük olsa dahi hastanın kişisel özellikleri nazara alınarak söz konusu riske ilişkin hekimin aydınlatma yükümlülüğü TMK md.2 dürüstlük kuralı gereğince gündeme gelebilir. Örneğin, ünlü bir basketbolcunun geçireceği ameliyat sonucunda çok uzak da olsa parmaklarında his kaybı oluşması riski varsa, bu riskin görülmesi nadir olsa da, hastanın subjektif durumu TMK md.2 gereğince gözetilmelidir ve gerekli aydınlatmayı yapmayan hekimin sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

Estetik operasyonlar<sup>55</sup> bakımından ise hekimin ayrıntılı bir aydınlatma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Buna göre estetik müdahalelerde, tıbbi zorunluluk olmamasının yanında, kimi zaman diğer yöntemlere nazaran daha ağır ve tehlikeli sonuçlar doğurması sebebiyle, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü nadir görülebilecek riskler de dahil olmak üzere müdahalede meydana gelebilecek bütün tehlikeleri kapsmalıdır.<sup>57</sup> Bu hallerde olası sonuçlar ve yan etkiler hastaya anlatılmalı, operasyonun başarısızlık riskine ilişkin hastaya fotoğraflar ve diğer araçlar vasıtasıyla bilgi verilmelidir<sup>58</sup>.

#### D. Tedavi Seçenekleri Hakkında Aydınlatma

Hekim, hastaya tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastalığının iyileştirilmesi için uygulanabilecek çeşitli tedavi seçenekleri ile ilgili bilgi vermesi gerekir. Ancak bu bilgi sadece diğer tedavi yöntemlerinin ismini sıralayarak değil, bu yöntemlerin içerikleri, amaçları, risk ve yararlarını kapsayacak şekilde verilmelidir. Bu kapsamda hekimin tedavinin reddi seçeneğini de alternatif olarak sunması gerekmektedir. Tedavinin reddinin de aslında bir seçenek olduğu unutulmamalıdır.

<sup>54</sup> Gökcan, s.154.

<sup>55</sup> Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve Elatmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara, 1993, s.51, "Güzelleştirme denilince bir kişinin doğuştan sahip olduğu ya da sonradan bir kaza sonucu veya kendiliğinden oluşup da kişinin dış görünümünü bozan kılların, benlerin, sarkık derilerin, sivilcelerin, kırmızı damar uçlarının, derideki yağ kümelerinin yok edilmesi; bedendeki ve yüzdeki sakatlık ve deformasyonların, yaraların düzeltilmesi için yapılan işlemlerdir olarak anlaşılır".

<sup>56</sup> Deryal, Yahya, Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara 2012, s.118.

<sup>57</sup> Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s.46.

<sup>58</sup> Özdemir, Hayrunnisa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, EÜHFD, C.XIII, S,3-4, 2008.

Stover v. Surgeons davasında<sup>59</sup> mahkeme, hekimin hastasını uygulanabilecek diğer tedavi yöntemleri konusunda bilgilendirmediği için sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ekonomik aydınlatma da dahildir<sup>60</sup>. Hekim, hastaya hangi tedavi seçeneğinin ne kadar tutacağı noktasında da mutlaka bilgi vermelidir. Böylece hasta, tedavi masraflarının yaklaşık olarak ne kadar tutacağı konusunda önceden bilgi sahibi olacak ve ekonomik olarak ödeyebileceği tedavi seçeneğini seçecektir<sup>61</sup>.

Bu nokta da tartışılan sorunlardan bir tanesi de, hastanın mali durumunun karşılamaya yetmeyeceği tedavi seçeneğini hekimin açıklamakla yükümlü olup olmadığıdır. Konuya ilişkin Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 20. maddesinde<sup>62</sup> hekimin, hastanın mali gücünün yetmeyeceğini bildiği bir tedaviyi tavsiye edemeyeceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır.

Kanaatimizce, hükmü bu şekliyle uygulamak adaletsiz sonuçlara yol açabilir, şöyle ki, hekim hiçbir zaman hastanın mali gücünün ne olduğunu veya olabileceğini tam olarak bilemez. Dolayısıyla hekim ayırım yapmaksızın hastalığa uygulanabilecek tüm tedavi seçenekleri konusunda hastayı aydınlatmalı ve son kararı hastaya bırakmalıdır.

## V. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları

### A. Acil Tıbbi Müdahaleler

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde<sup>63</sup> kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınmasının zaman gerektirdiği ve hastaya derhal müdahale yapılmadığı takdirde hayatı ve hayati organlarından birinin tehlike altında olacağı durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün aranmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, genel kural tıbbi müdahalelerde ancak aydınlatılmış rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak olması iken, eğer hasta rıza gösterebilecek durumda değilse, hastanın

<sup>59</sup> Stover v. Surgeons 635 A.2d 1047 (Pa. Super. Ct.1993), "... it was material for her to have been told about the alternatives.....".

<sup>60</sup> İpekyüz, s.80.

<sup>61</sup> Ekonomik aydınlatmanın özellikle özel sigortası bulunan hastalarda önem teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz; İpekyüz, s.81.

<sup>62</sup> Madde 21: "... Tabip ve dış tabibi, hastaya lüzumsuz veya fuzulî masraflar yaptırmayacağı gibi faydası olmayacağına ve hastanın mali kudretinin kâfi gelmeyeceğini bildiği bir tedaviyi tavsiye edemez".

<sup>63</sup> Madde 24: "... Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz".

aydınlatılmış rızası olmasa da hekimin müdahalesi hastanın daha üstün nitelikte özel yararı söz konusu olduğu için hukuka uygun olacaktır.<sup>64</sup>

Bu bilgiler ışığında, hangi durumların acil durum olarak nitelendirilebileceği konusunda iki kıstas getirilmiştir. Birincisi, hastanın travma, ani bir hastalık gibi nedenlerle karar veremeyecek durumda olması. İkincisi ise, hayatı tehdit eden bu durumun derhal müdahaleyi gerektirmesidir.<sup>65</sup>

Konuya ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda<sup>66</sup>, böbreğindeki taşın alınması için aydınlatılmış rızası alınan hastanın, ameliyat esnasında, rızası olmaksızın böbreğinin tamamı alınmıştır. Yargıtay, hastanın böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyatta, böbreğin iltihabi durumu sebebiyle, yalnızca taşın alınmasının, hastanın sağlığını tehlikeye sokacağı, böbreğin tamamının alınmasının tıbbi zaruret gereği olduğu, ameliyatın durdurulup bu konuda aydınlatılmış rıza alındıktan sonra yeniden ameliyata geçilmesinin, tıbbi açıdan sakıncalığı olduğuna hükmetmiştir.<sup>67</sup>

Acil müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmaması bir görüşe göre farazi (varsayılan) rıza ile açıklanmaktadır. Bir başka ifadeyle, hastanın rızasını açıklayamayacak durumda olması ve onun adına da rıza açıklayacak bir kimse- nin bulunmaması halinde, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması mefruz irade ile açıklanmaktadır.<sup>68</sup> Hasta yapılacak müdahalenin risk ve tehlikesini bilseydi dahi müdahaleye rıza gösterirdi düşüncesine dayanmaktadır.<sup>6970</sup> Konuya ilişkin olarak

<sup>64</sup> Helvacı, s.155.

<sup>65</sup> Erman, s.110.

<sup>66</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1970/10853 E., 1971/2096 K., 05.03.1971 T. www.kazanci.com, E.T: 20.04.2015.

<sup>67</sup> Dural, Ögüz, s.107. Mefruz irade, narkoz altında olan bir hastanın ameliyatının genişlemesinin söz konusu olduğu hallerde de rol oynar. Hastaya narkoz verildikten sonra ameliyatının kapsamının genişlemesi halinde hasta genel anestezi altındaysa, onu ayılıp rızasını alıp tekrar bayılarak ameliyata devam etmesi hekimden beklenemez. Hekim böyle bir durumla karşılaşınca, hastanın mefruz iradesinden hareket ederek ameliyata devam etmelidir. Buna karşılık hastanın lokal anestezi altında olduğu hallerde, rızanın alınmasının gerektiği kuşkusuzdur.

<sup>Bkz:</sup> Ayan, s.80, Alman hukuku öğreti ve uygulamasında, genişletmenin öngörülebilir olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, ameliyatın genişletilmesi önceden öngörülebilir nitelikteyse, hekim, ihtiyaten ameliyatın genişletilmesi ihtimali için de hastanın rızasını almalıdır. Müdahaleden önce tahmin edilmesi mümkün olmayan genişletmeler içinse, Federal Mahkeme tekrar ikili bir ayırım yapmaktadır. Genişleme hayati bir tedavi amaçlamıyor ve diğer taraftan beraberinde önemli (yüksek) tehlikeler getiriyorsa, hastanın rızasını elde etmek için ameliyat kesilmelidir. Buna karşılık, genişletme tehlikeli olmadığı ve muhtemelen hastanın ilave bilgi istemeden muvafakat edeceği veya ameliyatın kesilmesinin tıbbi açıdan aksi yönde etki etki yapacağı yani en azından müdahalenin sürdürülmesindeki gibi tehlikeye düşürecek olduğu takdirde, aydınlatma yapılmaksızın ameliyata devam edilebilir.

<sup>68</sup> Dural, Ögüz, s.107.

<sup>69</sup> Erol, s.120.

<sup>70</sup> Aksi görüş için bkz, Erman, s.111, Buna karşılık bu durumun, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlanması anlamına gelececeği, yaşamı yakın bir tehlike altında da olsa,



Amerikan hukukunda da hekimin müdahalesinin meşrulaştırılması farazi rıza esasına dayandırılmaktadır<sup>71</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, tıbbi zorunluluk halinde, hekim müdahaleyi tamamen hasta yararına ve hastanın mefruz iradesine uygun olarak gerçekleştirdiği için söz konusu edimin karşılığı olan ücretin, zorunlu ve faydalı masrafların TBK md.526 vd. hükümleri uyarınca vekaletsiz iş görme<sup>72</sup> kapsamında talep edilebileceği kabul edilmektedir<sup>73</sup>.

Diğer bir görüş, burada hekimin müdahalesini hukuka uygun hale getiren hastanın farazi iradesi değil, zorda kalış (ıztırar) hali olduğunu benimsemektedir. Bu görüş, acil durumda hastanın ne şekilde hareket edilmesini istediğini belirlemenin imkansız olduğundan hareket etmektedir<sup>74</sup>.

Bu görüşün benimsenmesi teknik anlamda zorunluluk halinin tanımına uygun değildir; şöyle ki, TBK md. 64 gereğince zorunluluk hali, bir kişinin kendisinin veya başkasının şahıs varlığı veya malvarlığı değerlerine yönelik derhal meydana gelecek bir tehlikeyi önlemek için tehlikeyle ilgisi bulunmayan üçüncü kişinin mallarına zarar vermesidir. Dolayısıyla bu tanımdan hareketle, konuya ilişkin bu yaklaşımın benimsenmesinin kurumun niteliğine uygun düşmeyeceği aşikârdır.

Kanaatimizce, mefruz irade görüşünün benimsenmesi daha uygundur, şöyle ki; hekim tamamen hastanın menfaatine, hastanın sağlığına tekrar kavuşmasına yönelik olarak müdahalede bulunmaktadır. Hastaya yapılan müdahale yaşamı ve sağlığı açısından kaçınılmaz niteliktedir. Hasta daha önceden acil durumlarda dahi vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmasına rıza göstermediğini yazılı veya sözlü olarak açıklamışsa, bu durumda artık hastanın mefruz iradesinin olduğunu varsayarak yapılan müdahale elbette ki hukuka aykırı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, müdahalede bulunmasında aciliyet bulunan hallerde de

---

hastaya, müdahalede bulunup bulunulmayacağı üzerinde bir seçim hakkı tanınması gerektiği ifade edilmektedir.

<sup>71</sup> **Hartman**, Kurt, M., **Liang**, Bryan, A., "Exceptions To Informed Consent in Emergency Medicine", *Perspective in Legal Medicine and Health Law* Mart, 1999, s.54. "The general rule is that, in certain emergency medical situations, patient consent is "presumed to exist" for medical treatment that addresses the emergency".

<sup>72</sup> **Yavuz** Cevdet, **Acar** Faruk, **Özen** Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.751 vd. "Gerçek vekaletsiz iş görmede, bir kimsenin (işgörenin) başkasına (iş sahibine) ait bir işin görülmesi iradesiyle, onun hukuk alanına bu konuda bir mezuniyeti bulunmaksızın müdahale etmesi söz konusudur; burada iş görenin, iş sahibinin menfaatine ve gerçek ya da tahmin olunan amacına uygun hareket etmesi gerekir".

<sup>73</sup> **Özbilen**, Barış, Arif, Vücut Bütünlüğünde Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İTÜSD, Yıl:12, Sayı:24, Güz 2013/2, s.101. Yılmaz, s.38.

<sup>74</sup> **Tacir**, s.174.

yapılan müdahaleden sonra bilinci açılan hastaya veya yakınlarına müdahale ile ilgili bilgilendirme yapılması gerekir.

## B. Hastanın Aydınlatılma Hakkından Vazgeçmesi

Hasta, kendi geleceğine karar verme hakkı kapsamında hastalığı ve kendisine yapılacak müdahaleye ilişkin bilgileri duymaktan kaçınabilir, aydınlatılma hakkından feragat edebilir. Bu durumda hekimin hastanın bu yöndeki iradesine saygı göstermesi gerekmektedir.<sup>75</sup> Ancak hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi sorumsuzluk anlaşması şeklinde ortaya çıkmamalı, vazgeçmenin haklı ve inandırıcı sebepleri olmalıdır<sup>76</sup>.

Hasta aydınlatılma hakkından feragat ederek müdahalenin tüm idaresini hekimine bırakmakta ve yapacakları kabul etmektedir.

Nitekim konuyu düzenleyen Hasta Hakları Yönetmeliği md. 20 hükmünde, “..... hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.”

Hekim Meslek Etiği Kurallarında 27. madde de, “Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez.....” ifadeleri yer almaktadır.

Konuya ilişkin olarak Amerika’da görülen davada<sup>77</sup>, mahkeme, aydınlatılıp aydınlatılmama konusunda herkesin özgür olduğunu ve hastanın aydınlanmama hakkını kullanabileceğini vurgulamıştır.

İngiltere’ de hükme bağlanan bir başka davada ise “...sağlam akla ve bilince sahip olan bir yetişkin, tedaviye ilişkin olarak aydınlatılmayı ve tıbbi müdahaleyi reddetme konusunda tamamen özgürdür”<sup>78</sup> ifadeleri kullanılmıştır.

Bu kapsamda TMK md. 23 hükmünde kimsenin özgürlüklerinden vazgeçmeyeceği ve onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı düzenlenmesinin hasta tarafından ihlal edilmiş olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir.

Kanaatimizce, burada hasta kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde aydınlatılma hakkından feragat etmektedir ve bu sebeple hukuka veya ahlaka aykırı bir kısıtlama söz konusu değildir. Önemle vurgulamak gerekir ki, hasta özgür iradesine

<sup>75</sup> Aksi görüş için bkz: **Dural, Ögüz**, s.110, Bazı hallerde hekimin açıklama yükümlülüğü bulunmayabilir. Bunların başında, hastanın açıklamadan feragat ettiği haller gelir (HHY 20). Ne var ki, böyle bir halde de müdahalede hayati tehlike bulunuyorsa, yine de açıklama yapılmalıdır.

<sup>76</sup> **Aşçıoğlu**, s.34.

<sup>77</sup> Henderson v. Milobsky, 595 F.2d 595, 1978. <http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/LegalResources/C5/background01.htm>. E.T: 12.02.2016.

<sup>78</sup> **Biggs**, Hazel, Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s.54, Trust v. Bland (1993) 1 All ER 821.

dayanmaksızın bilgilendirilme hakkından feragat etmişse, hastanın bu feragati TMK md.23 gereğince hukuka aykırı kabul edilmeli ve bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekimin sorumluluğu gündeme gelmelidir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hastanın aydınlatmadan feragat ifadesi açıkça tespit edilmelidir, bir başka deyişle vazgeçme açık olmalıdır, örtülü vazgeçmenin geçerli olabilmesi için, hastanın bu yöndeki iradesinin açıkça ve ciddi olarak ortaya konabiliyor olması gerekmektedir. Bunu ispat yükünün ise hekimde olduğu kabul edilmektedir<sup>79</sup>.

### C. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Hastanın kendisine yapılacak müdahale konusunda çeşitli nedenlerle bilgi sahibi olduğu hallerde, hekimin aydınlatma yapmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, hasta hekim veya hemşire ise ve hastalığı hakkında yeterince bilgi sahibi olduğu anlaşılıyorsa veya hasta daha önce başka bir hekim tarafından aydınlatılmış ise, tıbbi müdahalede bulunacak hekimin aydınlatma yükümlülüğü olmayabilir.

Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, hastanın uluslar arası üne sahip hekimlerce aydınlatılmış olmasının tedavi eden hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına, bu durumun sadece aydınlatmanın türü ve kapsamını etkileyeceğine hükmetmiştir<sup>80</sup>.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, hekimlik mesleğini sürdüren veya tıbbi ürünler üretimi işiyle iştigal eden hastalar bakımından, her ne kadar hastanın genel tıbbi bilgisi olduğu kabul edilebilirse de, uzmanlık gerektiren ve hastanın kararını etkileyecek önemli bilgilerin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hastaya açıklanması gerekmektedir<sup>81</sup>.

Yargıtay'da görülen bir davada<sup>82</sup>, “Mahkeme davacının .... Tıp Araştırma Ürünleri Şirketi müdürü ve sahibi olduğu, ameliyat için gerekli rızası olduğuna dair belgeyi imzaladığı, Adli Tıp raporuna göre de flep kopmasının bu tür ameliyatlarda rastlanan bir durum olduğu belirtilerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Ameliyatta rizikoları; muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından kanıtlanması gerekir. Davacının tıbbi araç gereçlerle ilgili işte söz sahibi olması, her bir dalının bile kendi içerisinde ayrı uzmanlık gerektiren tıp ilminin bütün konularına vakıf olduğunu göstermez. Ayrıca ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez...” hükmünü kurmuştur.

<sup>79</sup> Çakmut, s.15.

<sup>80</sup> Hakeri, s.316.: BGH 1976, 363.

<sup>81</sup> Gökcan, s.171.

<sup>82</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2008/4219 E., 2008/10660 K., 16.09.2008 T. www.kazanci.com, E.T:20.04.2015.

Almanya'da hükme bağlanan bir davada, 24 yıllık genel cerrahi uzmanı olan hastanın safra kesesi ameliyatı öncesi alacağı iyot içeren ilaçtan dolayı tiroit oluşumu konusunda aydınlatılmamış olması, hastanın hekim olması ve aydınlatma yapılmayan konunun tıp eğitimi sırasında verilen temel bilgilerden olması nedeniyle aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak görülmemiştir<sup>83</sup>.

Kanaatimizce, hastanın bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır, bu konuda baştan, mutlak bir yargıya varılmamalıdır.

#### D. Aydınlatmanın Olumsuz Etkide Bulunması

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesinin hastanın tedavisini olumsuz yönde etkileyebileceği durumlarda, hekimin söz konusu yükümlülüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu konuda Alman hukukunda “meşru yalan hakkı” kavramı geliştirilmiştir. Buna göre, hastanın maneviyatına zarar verebilecek bilgiler hastaya verilemeyecek ancak hastaya moral kazandıracığı düşünülen “masum yalanlar” söylenebilecektir<sup>84</sup>. Ancak hiç şüphesiz ki, hekimin hasta yakınlarına gerçek durumu açıklaması gerekmektedir.

Konuya ilişkin olarak mevzuatımızda açık düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14. maddesinde “..... hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde de, “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, tabibin takdirine bağlıdır” hükümleri yer almaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde yer alan düzenlemeyi de incelediğimizde, hekim bu noktada geniş bir takdir hakkı tanıdığı görülmektedir. Hekimin tam olarak aydınlatmanın doğurabileceği tıbbi zarar ile hastanın tam olarak aydınlatılma hakkı

<sup>83</sup> **Hakeri**, s.316: OLG Hamm, VersR 1998, 322 vd.

<sup>84</sup> **Deryal**, s.118. Bu konuda örnek olarak Theodor Storm olayı gösterilmektedir. Kendisine kanser olduğu bildirilen ünlü yazar psikolojik bakımdan büyük bir çöküntüye uğramıştır. Bunun üzerine kardeşi, özel bir hekimler kurulu oluşturmuş ve bu kurulda ilk teşhisin yanlış olduğunu, hastalığın bir mide rahatsızlığından ibaret olduğunu açıklayan bir rapor düzenlenmiştir. Böylece ünlü yazar, yaşama yeniden başlamış ve 1886-1888 tarihleri arasında “Kır Atlı” isimli eserini yazmıştır.

arasında ölçülülük kuralları çerçevesinde bir denge kurması gerekmektedir<sup>85</sup>. Hekim, takdir hakkını kullanırken hastanın menfaatini düşünmeli ve kendisine tanınan bu ayrıcalığı kötüye kullanmamalıdır, eş deyimle, gerçeğin gizlenmesi hasta için daha büyük bir iyileşme yaratıyor ise, hekimin takdiri yetkisi devreye girmeli ve aydınlatmanın kapsamı hasta yararına sınırlandırılmalıdır. Bu durum hekimin “tedavi ayrıcalığı” olarak adlandırılmaktadır<sup>86</sup>. Hekimin ayrıca hastanın yerine geçerek kendisini karar verici pozisyona sokmaması ve hasta özerkliğini koruması gerekmektedir. Özellikle, psikolojik tramvalara, intihara teşebbüse, kalp krizine veya tedaviden vazgeçilmesine neden olabilecek hususlar bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması hastanın menfaatine daha uygun düşecektir. Bunun yanında hekim takdir hakkını, hastayı aydınlatma yönünde kullanırsa, endişe verici ifadeler kullanmaktan kaçınmalı, hastayı paniğe sevk ederek bu durumdan olumsuz yönde etkilenmemesi için elinden geleni yapmalıdır.

## VI. Aydınlatmanın Şekli

Aydınlatmanın hangi şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin olarak konuyu düzenleyen mevzuat hükümlerinde sınırlayıcı bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla bilgilendirme sözlü, yazılı,<sup>87</sup> resimli, uygulamalı ve bilgilendirici film gösterimi şeklinde gerçekleştirilebilir<sup>88</sup>. İspat gücü bakımından ise yazılı olması ve hastanın imzasını içermesi tercih edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, hastaya konuya ilişkin matbu bir formun, broşürün<sup>89</sup> verilmesi halinde aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yapıldığından söz edilemeyecektir. Benzer şekilde, hastadan aydınlatılmış rızasının alındığına ilişkin, imzalı kısa bir yazı da bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>90</sup>.

Hekim aydınlatılacak kişinin seviyesine uygun olarak, onun yaşı, sağlık ve eğitim durumunu dikkate alarak onun anlayacağı şekilde, tıbbi terimlerden mümkün olduğunca arınmış olarak, teknik ayrıntılara girmeden basit ve açık deyimlerle aydın-

<sup>85</sup> **Yenisey**, Feridun, *Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, V. Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart, Ankara, s.874.

<sup>86</sup> **Ayan**, s.78.

<sup>87</sup> Yazılı aydınlatma iki ayrı şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Birinci şekil, hastanın formüller vasiyeti ile aydınlatılmasıdır, ikinci şekil ise broşür aydınlatmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Ayan**, s.84.

<sup>88</sup> **Zeytin**, s.178.

<sup>89</sup> Bkz: **İpekyüz**, s.87, **Ayan**, s.84. Zira bu yöntemde öğrenim düzeyi düşük hastanın broşürü okuyup okumadığı veya anlayıp anlamadığı belirlenemez. Bir diğer sakıncası da, açıklamanın kısa ve yüzeysel olması yüzünden verimli olamamasıdır. Öte yandan, gereğinden fazla bilginin broşürde yer alması halinde, evhamlı hastaların, tedaviyi başarısız bırakacak şekilde korkuya kapılmasına neden olabileceği gerekçesiyle de eleştirilmiştir.

<sup>90</sup> **Özcan**, Funda Işık, *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

latma yükümlülüğünü yerine getirmelidir<sup>91</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hastanın gerçekleşecek müdahalenin içeriği, önemi ve kapsamı hakkında yeterince bilgi sahibi olmasıdır. Yabancı hastalar bakımından ise gerektiğinde tercümanlar kullanılarak bilgilendirilmeleri sağlanmalıdır.

Kanaatimizce, aydınlatmanın sözlü olarak yapılması, daha sonra sözlü olarak alınan bu beyanın yazılı belgelere geçirilmesi en uygun yoldur. Sözlü beyan alınırken hastaya hastalığı ile ilgili soru sorma imkanı tanınmalıdır<sup>92</sup>.

Aydınlatmanın hastaya tedavi veya tıbbi girişimde bulunulmadan önce yapılması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, hastaya düşünmesi için makul ve uygun bir süre tanınmalıdır. Aydınlatmanın zamanı operasyonun boyutuna veya tedavinin zorluğuna göre değişmelidir.<sup>93</sup> Örneğin, çok ciddi, yaşamsal tehlike içeren bir ameliyata girecek olan hasta ameliyattan hemen önce aydınlatılmamalı, hastaya düşünebilmesi, yakınlarından da fikir alabilmesi için makul bir süre tanınmalıdır. Ancak basit bir müdahalenin gerektiği operasyonlar bakımından, müdahaleden hemen önce veya aynı gün içerisinde aydınlatma yerine getirilebilir.

Hastanın ameliyat sırasında aydınlatılması, tıbbi müdahaleyi kabul veya ret noktasında hastanın serbestçe karar verebilmesini engelleyecek, hastanın kararını baskı altında vermesine yol açabilecektir.<sup>94</sup> Bu da hastanın kendi geleceğini en uygun şekilde belirlemesine engel teşkil edecektir.

## VII. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlülüğü kural olarak müdahaleyi üstlenen hekime aittir. Ancak söz konusu hekimin, hastanedeki işbölümü gereği bu yükümlülüğü başka bir meslektaşının yerine getirmiş olduğuna haklı olarak güvenmesi durumu bunun istisnasını oluşturur<sup>95</sup>.

Belirtmek gerekir ki, hemşirenin veya başka bir sağlık personelinin bu konuda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, hemşirenin sorumluluk alanına giren

<sup>91</sup> **Bayraktar**, Köksal, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Sağlık Hukuku Sempozyumu, No:1, İstanbul 2007, s.102.

<sup>92</sup> **Parzeller**, Markus, **Wenk**, Maren, **Zedler**, Barbara, **Rothschild**, Markus, "Patient Information and Informed Consent Before and After Medical Intervention", Dtsch Arztebl 2007; 104(9): A 576-86, s.6, "The physician should inform the patient in a face to face conversation and in understandable nature language..... For routine procedures, an information sheet may suffice as long as the patient has the opportunity to ask additional questions if desired....".

<sup>93</sup> **Adıgüzel**, Sibel, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19. Sayı, Ekim 2014, s. 966; **Ayan**, s.83.

<sup>94</sup> **Erman**, s.104.

<sup>95</sup> **Erman**, s.103.

bir müdahale söz konusu olursa, örneğin, kan alma gibi bu halde hemşirenin de aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>96</sup>.

Tıbbi müdahale birden fazla hekim tarafından yapılacaksa, her hekim kendi uzmanlık alanına göre hastayı bilgilendirmelidir. Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü başka bir meslektaşına tevdi edebilir ancak bu durumda görevlendirilen hekimin bilgilendirme borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumunda, tedaviyi üstlenen hekimin de sorumluluğu söz konusu olur<sup>97</sup>.

Doktrinde tedavi yöntemini öneren hekim ile tedavi uygulamasını yapan hekimin farklı olması durumunda, aydınlatma yükümlülüğünün kime ait olacağı tartışmalıdır<sup>98</sup>.

Alman Federal Mahkemesince verilen karara konu olan olayda, hastane başhekimince sağlıklar şikayeti nedeniyle hastaya ortakulak ameliyatı tavsiye edilmiş, ameliyat başka bir hekim tarafından yapılmış, ancak ameliyat sırasında nervus facialis (fasiyal sinir) zedelendiği için hastanın yüzünün bir yanı felç olmuştur. Mahkeme, ilk hekimin bu riskten söz etmemesi nedeniyle ameliyatı yapan hekimle birlikte tazminattan sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir<sup>99</sup>.

Gökcan'ın görüşü çerçevesinde, tedavi uygulamasını yapan hekim bu uygulamadan önce gerekli bilgilendirmeyi yapmadığı için, tedavi yöntemini öneren hekim de hastanın tedavi olmasında iradesini etkileyici rol oynadığı için müteselsilen sorumlu tutulmalıdır.

### VIII. Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatılacak kişi tıbbi girişimden yararlanacak olan hastanın kendisidir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu bağlamda, hasta ayırt etme gücüne sahipse o aydınlatılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, yapılacak müdahale hasta için ağır ve tehlikeli sonuçlar doğurabilecek nitelikteyse hastanın yakınlarına da bilgi verilmelidir. Bu bağlamda, hastanın zorunlu sebeplerle aydınlatılmadığı veya gereği gibi aydınlatılmadığı hallerde hastanın yakınlarına verilecek bilgi daha kapsamlı olmalıdır<sup>100</sup>.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay<sup>101</sup> vermiş olduğu kararda şu ifadelere yer vermektedir:

<sup>96</sup> **Hakeri**, s.302.

<sup>97</sup> **Hakeri**, s.302.

<sup>98</sup> **Deryal**, s.118.

<sup>99</sup> **Gökcan**, s.157. BGH, NJW 1980, 1905.

<sup>100</sup> **Yılmaz**, Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007, s.41.

<sup>101</sup> **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi**, 1976/6297 E., 1977/2541 K., 08.03.1977 T. Karar, www.kazan-ci.com E.T:20.04.2015.

“... Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.”

Yargıtay vermiş olduğu kararda, hastanın geleceğini belirleme hakkının bizzat kendisinde olması sebebiyle, aydınlatmanın da bizzat kendisine yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. Uygulamada ise hasta yaşı küçük olmamasına ve kendisine anlatılan açıklamaları kavrayabilecek yetide olmasına rağmen aydınlatmanın kendisine değil, ailesine yapıldığı görülmektedir<sup>102</sup>. Bu durumda hastanın ailesine yapılan aydınlatma hukuka aykırı niteliktedir.

Konuya ilişkin olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'ndeki 15. madde de “Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde belgelenmesi istenebilir” hükmü yer almaktadır.

Kanaatimizce, ayırt etme gücüne sahip olmayan<sup>103</sup> (tam ehliyetsiz) hasta bakımından aydınlatmanın kanuni temsilcisine yapılması uygundur, şöyle ki; ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse kendisine verilen bilgileri anlayacak ve değerlendirebilecek yetiye sahip değildir. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olan hasta (sınırlı ehliyetsiz)<sup>104</sup>, kendisine yapılan bilgilendirmeyi anlayabilecek bilince sahipse aydınlatmanın bizzat hastaya yapılması daha uygun olacaktır. Ancak hekim aydınlatma yükümlülüğünü, sınırlı ehliyetsizin anlama ve kavrama yeteneğini dikkate alarak yerine getirmelidir. Bu şekilde yapılan yorumun tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde olduğu kuralına ve sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanma bakımından tam ehliyetli gibi kabul edilmesi anlayışına da daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Nitekim Avusturya Yüksek Mahkemesi<sup>105</sup>, 16 yaşındaki bir gencin ameliyatı

<sup>102</sup> **Hakeri**, s.300.

<sup>103</sup> Bkz: **Antalya**, Gökhan, **Topuz**, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul 2015, s.188. Ayırt etme gücü, bir kimsenin akla uygun biçimde davranma, fiillerinin sebep ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğidir. Ayırt etme gücü nisbi bir kavramdır, dolayısıyla ayırt etme gücünün varlığının her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek araştırılması gerekmektedir. TMK md. 13 hükmünde hangi sebeplerin ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı belirtilmektedir.

<sup>104</sup> Hukukumuzda bu kişiler sınırlı ehliyetsiz olarak adlandırılmaktadır.

<sup>105</sup> **Hakeri**, s.301, OGH JBL. 1985, 548.



için sadece ebeveynin aydınlatılması, gencin hiç aydınlatılmaması dolayısıyla hekimi kusurlu bulmuştur.

Belirtmek gerekir ki, sınırlı ehliyetsizin anne babasına da müdahale konusunda bilgi alma hakkı tanınmalıdır. Anne babanın söz konusu haklarının hukuki dayanağının TMK md. 339 ve 340 hükümlerinde düzenlenen velayet hakkı olduğu şüphesizdir<sup>106</sup>.

### IX. Aydınlatmada İspat Külfeti

Aydınlatma yükümlülüğünün ispatı hususunda konuyu düzenleyen mevzuatlarda hüküm bulunmamaktadır. İspat konusuna ilişkin düzenlenen ve genel hüküm niteliğinde olan TMK md.6 hükmü, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, iddianın sahibinin iddiasını ispatla yükümlü olduğuna yer vermektedir. Bu hükme göre, aydınlatılmaksızın rızasının alındığını ileri süren hasta, bu iddiasını ispatlamalıdır<sup>107</sup>. Doktrinde hekim karşısında zayıf ve korumasız konumu sebebiyle aydınlatmanın yapıldığına ilişkin ispat yükünün hekimde olduğu kabul edilmektedir<sup>108</sup>. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için aydınlatma şarttır ve aydınlatmanın yapılmış olmasından hekim istifade eder, dolayısıyla ispat yükü ona düşer<sup>109</sup>. Doktrinde ayrıca aydınlatmaya ilişkin belgelerin hekimde bulunması sebebiyle de ispat yükünün hekimde olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>110</sup>. Alman hukukunda da aynı prensip benimsenmektedir<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> **Şenocak**, s.79. Bu hakkın tanınması, anne babanın TMK. Md. 339 ve 340 hükümleri çerçevesinde çocuğun bakımını, eğitimini ve kişiliğinin gelişimini sağlama hak ve ödevini gereği gibi yerine getirebilmeleri açısından zorunludur.

<sup>107</sup> **Büyüksağış**, Erdem, Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHF, C.54, S.4, 2005, s.125.

<sup>108</sup> **Ayan**, s.243, Yılmaz, s.41.

<sup>109</sup> **Özay**, Merter, Estetik Amaçlı Hukuki Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s.60. Fransız hukukunda 1997’ de verilen ve dönüm noktası olarak tabir edilen bir karar ile “... akdi veya kanuni olarak bir aydınlatma borcunun ifasından sorumlu olan taraf, bu edimin yerine getirildiğinin ispatını da getirmek zorundadır. Bu durumda hastaya karşı aydınlatma borcu olan hekim, bu borcu ifa ettiğini de ispat etmelidir...”. Anılan karardan sonra, gerekli yasal düzenleme de 04.05.2002 tarihinde getirilmiş, Fransız Kamu Sağlığı Kanunu’ nun 1111. Maddesinin ikinci fıkrası “uyuşmazlık halinde, ilgiliye karşı öngörülen şartlarda aydınlatmanın yapıldığını ispat, hekime veya hastaneye düşmektedir...” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Cass., 1re civ., 27.02.1997, Welsch, s.65. Anılan kararın geniş değerlendirmesi için bkz. Philippe Pierre, L’obligation D’Information a La Charge Du Medecin, La Responsabilite Medicale: Vers Un Derive a L’ Americaine? L’ etat de la responsabilite civile dans le secteur medical liberal, Centre de Recherche Juridique de L’ Ouest, Actes De La Journee du 23.01.1999, s.41 vd.

<sup>110</sup> **Hakeri**, s.327.

<sup>111</sup> **Parzeller, Wenk, Zedler, Rothchild**, s.9, “In civil proceedings, the pycsian bears the burden of proof of proper, complete, timely and correct information of the patient to enable an autonomous decision”.

Yargıtay' da vermiş olduğu bir kararında<sup>112</sup> “....davalıların davacıya penisilin enjektesi yapmadan önce alerji testi yaptıklarını ispat edemedikleri gibi, ailesinde alerji öyküsü olmasa bile, nadiren olsa da bu tür komplikasyonların oluşabileceği konusunda, kendisini bilgilendirip aydınlattıklarını ve bu konuda davacının onayını aldıklarını da yazılı belge ile ispat edilmiş değildir” hükmünü kurmuştur.

Yargıtay diğer bir kararında,<sup>113</sup> “... Ayrıca ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez. Hastanın aydınlatıldığına ayrıca doktor tarafından kanıtlanması gerekmekte olup, davalı doktor, davacı hastasını muhtemel rizi-kolara karşı aydınlattığını kanıtlayamamıştır. Öyle olunca, hukuken geçerli bir rızadan bahsedilemeyeceğinden davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır” sonucuna ulaşmıştır. Bu kararlar ışığında Yargıtay da, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirdiğini ispat edemediği sürece sorumlu tutulması gerektiği kanaatindedir.

Aydınlatmanın bir hukuki işlem olmaması sebebiyle her türlü delille ispat edilebileceği kabul edilmektedir<sup>114</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, tanık beyanı da ispat aracı olarak kullanılabilir. Hakim bu durumda müdahalenin niteliği, olayların gelişim biçimi ve genel hayat tecrübelerinden yola çıkarak hangi tanık beyanına üstünlük tanıyacağına karar vermelidir<sup>115</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hekimin ağır veya hafif kusurlu olması halinde zararlı sonuçtan sorumlu olmayacağı ve hekim aleyhine dava açılmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa, bu anlaşma kesin hükümsüz kabul edilmelidir; şöyle ki, TBK md.115/III hükmünde uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanat kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin hükümsüz olarak kabul edileceği açıkça ifade edilmiştir.<sup>116</sup> Bu bağlamda hekim ile yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olarak kabul edilmesi söz konusu olamayacaktır.

Hekim asli edimi olan hastayı tedaviye yönelik faaliyetini özenli bir şekilde yerine getirmeyi TBK m. 506 hükmü gereğince taahhüt etmektedir. Dolayısıyla, ağır bir

<sup>112</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2008/15195E., 2009/5671K., 28.04.2009 T. www.kazanci.com, E.T.:20.04.2015.

<sup>113</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2008/4219E., 2008/10660K., 16.09.2008 T. www.kazanci.com, E.T.:20.04.2015.

<sup>114</sup> Kaya, s.68.

<sup>115</sup> Kaya, s.68.

<sup>116</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu 99. Madde hükmünde ise, böyle durumlarda hafif kusur halinde hakime takdir yetkisi tanımaktaydı. Ancak yürürlükte olan TBK md.115/3 hükmü, bu durumlarda hakime takdir hakkı tanımamakta, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan anlaşmaları kesin hükümsüz olarak kabul etmektedir.

objektif özen yükümlülüğü altında bulunan hekimin yapılacak sorumsuzluk anlaşmasıyla sorumsuzluğunu gündeme getirmenin hekim ile hasta arasında yapılan vekalet sözleşmesinin doğasıyla bağdaşmayacağı açıktır.<sup>117</sup> Bu bilgiler ışığında, TBK md. 115 hükmü olmasaydı dahi, vekalet sözleşmesinde hekimin taahhüt ettiği özen yükümlülüğü esas alınarak sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olması gerekirdi. Kaldı ki, sorumsuzluk anlaşmasında zayıfı koruma düşüncesi egemen olmalıdır; üstelik hekim ve hasta arasındaki sözleşmede korunması gereken taraf hiç şüphesiz hastadır.<sup>118</sup>

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, bu şekilde yapılan sorumsuzluk anlaşması TBK md. 27<sup>119</sup> gereğince hastanın kişilik hakkına, kamu düzenine ve ahlaka aykırılık teşkil eder, söz konusu anlaşmanın kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması gerekir<sup>120</sup>.

## SONUÇ

Tıbbi müdahaleler kişinin yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması gibi kişiliği oluşturan değerleriyle yakın bir bağlantı içerisindedir. Kural olarak kişinin vücut tamlığına yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Ancak tıbbi müdahalelere ilişkin hukuka ve ahlaka aykırı olmadan verilen rıza, TMK md. 24 gereğince hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmektedir. Tıbbi müdahaleler bakımından rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırıci nitelikte olabilmesi için ise rızanın bilgilendirilmiş, aydınlatılmış rıza olması gerekmektedir.

Bu bağlamda, hekimin en önemli yükümlülüklerinden bir tanesi hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına hizmet eden aydınlatma yükümlülüğüdür. Hekim, hastanın sosyal, ruhsal, kültürel durumunu dikkate alarak hastalığın teşhisi, tedavi süreci, tedavi sonucunda meydana gelebilecek riskler ve varsa alternatif tedavi yöntemleri gibi konularda hastanın anlayabileceği bir dille aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Müdahalenin riski ve müdahale sonucunda oluşabilecek komplikasyonların ağırlığına göre aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemelidir. Özellikle acil durumlarda, hastanın aydınlatılmayı istememesi, hastanın bilgisinin bulunması ve bilgilendirmenin hastayı olumsuz etkileyecek nitelikte olması durumlarında hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Önemle

<sup>117</sup> Benzer görüş için bkz: **Aşçıoğlu**, s.128. Aşçıoğlu, hakimin, hekim ile arasındaki güven unsurunu ve yapılan sorumsuzluk anlaşmasının kişinin yaşam ve sağlık hakkını ilgilendirdiğini benimseyerek, anlaşmayı tümüyle geçersiz sayması gerektiğini düşünmektedir.

Aynı şekilde, TBK md.116/3 gereğince hekimin yardımcı şahsın kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması da kesin hükümsüz kabul edilecektir.

<sup>118</sup> **İpekyüz**, s.145.

<sup>119</sup> TBK md.27: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür...*”.

<sup>120</sup> **Ayan**, s.121.

vurgulamak gerekir ki, bu sınırlamalar mutlak nitelikte değildir dolayısıyla somut olayın koşulları incelenerek karar verilmelidir.

Hekimin standart olarak düzenlenen yazılı bir formu hastaya imzalatması aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamını taşımamaktadır. Hekim hastaya önce sözlü olarak bilgilendirme yapmalı daha sonra ispat kolaylığı sağlamak için bu bilgilendirmeyi yazıya geçirmelidir. Hastaya tedavisiyle ilgili soru sorma imkanı tanınması aydınlatma hakkının bir gereği olarak görülmelidir. Hekim müdahaleyi başarılı bir şekilde tamamlamış olsa dahi, aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirdiğini ispat edemezse hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.

### KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Sibel: Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19. Sayı, Ekim 2014, s. 943-995.
- ALTAY, Sabah: Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları, Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s.215 vd.
- ANTALYA, Gökhan, TOPUZ, Murat: Medeni Hukuk, 2. Bası, İstanbul 2015.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Bası, İstanbul 2015.
- AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve El atmalardan Doğan Sorumluluk, 1. Bası, Ankara, 1993.
- AYAN, Mehmet: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Bası, Ankara 1991.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Sağlık Hukuku Sempozyumu, No:1, İstanbul 2007, s.96-104.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul 1972.
- BIGGS, Hazel: Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s.53-64.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı- Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD, C.54, S.4, 2005, s.119-148.
- ÇAKMUT, Y., Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- ÇAKMUT, Y., Özlem: Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, 1.Bası, İstanbul 2007, s.1-31.
- DERYAL, Yahya: Sağlık Hukuku Problemleri, 1.Bası, Ankara 2012.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2014.

- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Bası, Ankara 2014.
- ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1. Bası, Ankara 2003.
- EROL, Gültezer Hatırnaz: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 3. Bası, İstanbul 2013.
- GÖKCAN, Tahsin Hasan: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 1. Bası, Ankara 2013.
- GÜMÜŞ, Alper, Mustafa: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 3. Bası, İstanbul 2014.
- GÜNDAY, Rezzan: Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Bası, Ankara 2012.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku El Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2014.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012.
- HARTMAN, Kurt; LIANG, Bryan: Exceptions to Informed Consent in Emergency Medicine, Perspectives in Legal Medicine and Health Law, U.S 1999, s.53-59.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 5. Bası, İstanbul 2013.
- İPEKYÜZ, Yavuz, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, 1. Bası, İstanbul 2006.
- KAYA, Mine: Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi, Ankara 2012, s.46-82.
- Kazancı İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.
- O'NEILL, Onora: Some Limits of Informed Consent, Journal of Medical Ethics, Cambridge 2003, s.4-7.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFHD, Cilt 52, Sayı:3, Ankara 2003, s.55-77.
- ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Hukuki Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 1. Bası, Ankara 2006.
- ÖZBİLEN, Barış, Arif: Vücut Bütünlüğünde Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İTÜSBD, Yıl:12, Sayı:24, Güz 2013/2, s.99-124.
- ÖZCAN, Işık, Funda: Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam, MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- ÖZDEMİR, Hayrunissa: Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, EÜHFHD, Cilt XIII, Sayı: 3-4, Erzincan 2008, s.347-379.
- PARZELLER, Markus; WENK, Moren; ZEDLER, Barbara; ROTHSCHILD, Markus: Patient Information and Informed Consent Before and After Medical Intervention, Dtsch Arztebl 2007, 104 (9), s.1-21.
- POZGAR, George: Legal Aspects of Health Care Administration, 10th Edition, Canada 2007.
- ŞENOCAK, Zarfife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1991.

ŞENOCAK, Zarife: Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFHD, C.50, s.4, Y.2001, s.66-80.

TACİR, Hamide: Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, 1. Bası, İstanbul 2011.

YAVUZ Cevdet, ACAR Faruk, ÖZEN Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2014.

YENİSEY, Feridun: Tedavi Açısından İlgilinin Rızası, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart, Ankara, s.868-880.

YILMAZ, Battal: Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 1.Bası, Ankara 2007.

ZEYTİN, Zafer: Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sayı:3, Trabzon 2007, s.165-190.

# CAN ZARARLARININ TAZMİNATA DÖNÜŞTÜRÜLMESİNDE SORUNLAR VE YÖNTEM ARAYIŞLARI

(Problems and Solutions For Transforming  
Tort Into Compensation)

Av. Çelik Ahmet ÇELİK

## ÖZET

İnsana verilen zararların gideriminde temel ölçü “hukuksal gerekçeler”dir. Hukuka aykırı olay ile zarar arasında uygun nedensellik bağı kurulabilmeli, bunun yanı sıra zarar görenin hukukça korunması gerekli; sorumluluklar doğru nitelenmeli, sorumlular ve sorumluluk (kusur) oranları doğru ve kesin belirlenmelidir. Zararın “parasal” değerlendirilmesinde (tazminata dönüştürülmesinde) hesaplama yöntemleri ve formüller içi boş kalıplardır; bunların içinin doğru, sağlam ve haklı “hukuksal gerekçeler” ile doldurulması gerekir. Bunu ancak hukuk eğitimi almış uzmanlar yapabilir; çünkü, insan zararlarının tazminata dönüştürülmesi, basit bir matematik işlemi (sosyal güvenlik gelir bağlama veya sigorta işlemi) olmayıp, bir insan hakkı sorunu, yaşama hakkı ve sağlıklı yaşama hakkı konusudur. Hukuksal gerekçeler oluşturulurken, tarihsel, toplumsal, kültürel koşullar, insanın doğal ve duygusal yapısı; içinde yaşanan ülkenin zaman içinde değişen gelenek, görenek ve eğilimleri ile sosyal ve ekonomik değişimlerin toplumda yarattığı etkiler dikkate alınmalı; kuramların, kuralların, öğretilerdeki görüşlerin ve yargısal inançların zaman içinde geçerliği sürekli denetlenmeli; bunlarla yetinilmeyip, tüm toplumbilim dallarından yararlanılarak sürekli araştırmalarla toplum koşulları ve yaşam gerçekleri gözlemlenip, adalete erişim yönünde hakça çözümler üretilmelidir.

**Anahtar kelimeler:** Can zararları (ölüm ve bedensel zararlar) - Tazminat isteminde temel ölçü: Hukuksal gerekçeler, nedensellik bağı, hukuksal koruma - Can zararlarının “parasal” değerlendirmesinde temel ilkeler - Tazminat hesaplamada yöntemler ve formüller.

## *Abstract*

“Legal reasons” are the basis of making up for torts. An appropriate casual connection between the illegal incident and the tort must be established, and it must be necessary that the one(s) who suffered a tort are legally protected; responsibilities must be determined correctly, the ratio of the responsible person(s) and

responsibility (fault) must be calculated accurately and precisely. In the “financial” assessment of tort (transforming into compensation), calculation methods and formulas are empty patterns; they need to be filled in with accurate, solid and just “legal reasons”. Only experts with legal education can do this; because transforming torts into compensation is not a simple maths calculation (social security income or an insurance procedure) but it’s an issue of human rights, a right to live and a right to live healthily. While forming legal reasons, historical, social, cultural circumstances, the natural and emotional nature of human; the changing traditions, customs and inclinations of the country which someone lives in and the effects that the social and economic changes have on society must be taken into consideration; the validity of the theories, norms, views in doctrine and judicial beliefs must be checked as time goes by; one mustn’t be contented with these, with permanent research taking advantage of the branches of social sciences, the conditions of the society and realities of life must be observed and fair solutions must be produced in accessing to justice.

**Keywords :** Tort (death and injuries) – the basis in compensation demand: legal reasons, casual connection, legal protection- basic principles in the “financial” assessment of tort- methods and formulas in the calculation of compensation

## I- Konuya Bakış

### 1- Konu insandır, yaşama hakkıdır

Hukukça korunması gereken en yüce hakkın “**yaşama hakkı**” ve bunun özelinde “**sağlıklı yaşama hakkı**” olduğu; bu hakların genel anlamda ve daha çok siyasal içerikli “insan hakları” söylemlerinden farklı bir hukuksal değerlendirmeyi gerekli ve zorunlu kıldığı hukuk çevrelerinde ve yargı düzenimizde yeterince kavranamamış, önemsenmemiştir. Hep yabancı hukukçulardan alıntılarla yetinilmiş; onların ürettiği kavram, kuram ve görüşlerin doğruluğu veya yanlışlığı irdelenmemiş; ülkemizin toplumsal, kültürel ve ekonomik yapısı araştırılıp yaşam gerçeklerine uygun çözümler ortaya konulacak yerde, ilgisiz ve duyarsız kalınmıştır.

Bu ilgisizliğin ve alanı boş bırakmanın sonucu, **insan zararlarının** tazminat olarak değerlendirilmesinde, kurumlar arasında yöntem birliği sağlanamadığı gibi, yüksek yargı organlarının (Yargıtay’ın, Danıştay’ın, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin) giderek Yargıtay özel dairelerinin kararları ve uygulamaları birbirlerinden farklı olmuştur, olmaktadır.

Ne yazık ki, toplum yapımızla ve ülkemizin yaşam koşullarıyla ilgili bugüne kadar hiç bir çalışma yapılmamış; ne İstatistik Kurumu, ne Sosyal Güvenlik Kurumları ve ne de Sigortalar Birliği bu yönde araştırmalara girişmemişler; hep başka ülkelerden alınan, birbirinden farklı ve zamanla güncelliğini yitirmiş bir takım tablolarla, göstergelerle ve formüllerle yetinilmiş; bu yüzden öldürülen veya sakat bırakılan kişilerle ilgili davalarda verilen kararlar birbirinden son derece farklı olmuş; hiç bir zaman adaletli sonuçlar alınamamıştır.

Öte yandan, öldürülen ve sakat bırakılan kişilerin “**insan**” olarak değerlendiril-



meleri bir yana bırakılarak, kurumların, iş çevrelerinin ve sigorta şirketlerinin yoğun baskı ve etkileri altında hep tazminatın çokluğu-azlığı tartışılmış; iş kazalarının veya trafik kazalarının önlenmesi veya en aza indirilmesi yönünde çözümler üretilmek yerine, tazminatların yüksek hesaplandığından yakınılmış; özellikle işverenler ve sigorta şirketleri tazminat ödememek için her yola başvurmuşlardır.

Geçmişte olduğu gibi bugün de, her kurum ayrı bir yöntem uygulamakta, her biri farklı amaçlar gütmektedirler. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun gelir bağlama işlemleri ve sigorta şirketlerinin tazminat hesaplama formülleri ile yargıda benimsenmiş yöntemler birbirlerinden son derece farklıdır. Bu yüzden ki, anılan kurumların taraf olduğu davalarda içinden çıkılmaz sorunlar yaşanmakta, davalar yıllarca sürüp gitmektedir.

Şunu önemle vurgulayalım ki, insan zararlarının parasal değerlendirmesinde (tazminata dönüştürülmesinde) sorun, hesaplama yöntemleri (yöntem farklılıkları) gibi görünse de, temel ölçü, hesap formülleri değil, sağlam ve doğru "**hukuksal gerekçeler**"dir. En büyük sıkıntı, hukuksal nitelermelerin belirsizliğinde ve yetersizliğinde yaşanmaktadır. İnsan zararlarında somut olayların **hukuksal değerlendirilmesi** kuşkusuz bir uzmanlık işidir. Ne var ki bilim çevrelerinin ilgisizliği yüzünden gerçek anlamda uzman bulmak hemen hemen olanaksızdır. Tazminat hesapları için görevlendirilen bilirkişilerin çoğu birikimsizdir; birbirlerinden kopyalama ve gerekçesiz raporlar düzenlemekte; yetersiz bilirkişi raporlarına göre verilen mahkeme kararları kimi zaman toplumu ayağa kaldırmakta, yazılı ve görsel yayın organlarında yoğun tepkilere neden olmakta; yargıya ve hukuka güven sarsılmaktadır.

Bütün bu olumsuzlukları ortadan kaldırmak, **yaşama hakkını** güçlü ve etkin bir hukuksal güvence altına almak için yapılacak çok şey vardır. En başta yaşam gerçeklerinden, toplumsal değişimlerden ve yaşanan olaylardan kopuk, çoğu yabancı ülke hukukçularının söylemlerinden oluşan bir takım kuram ve kurallar aklın ve bilimin süzgecinden geçirilmeli; geçmişte ileri sürülmüş, bugün artık geçerliğini yitirmiş kuramlar ve görüşler, doğruluğu ve yanlışlığı tartışılmadan, karşıt görüşler üretilmeden yinelenip durulmamalıdır. Örneğin, "**can**" zararlarının, genel zarar kavramı içinde "**mal**" zararı olarak nitelenmesinden vazgeçilmeli; anamalcı görüşlerin ürünü olan "malvarlığının aktifinin azalması, pasifinin çoğalması" tanımının "can" zararlarının ölçüsü olamayacağına, insan yaşamının maliyet hesabına vurulamayacağına ayırdına varılmalı; "bakım gücü-bakım ihtiyacı" türünden görece ve belirsiz kavramlar bir yana bırakılmalı; yoğun **araştırmalarla**, çok sayıda **olay incelemeleriyle**, sürekli **gözlemlerle** yaşam gerçeklerine ulaşmaya çalışılmalı; daha hakça ve daha etkin çözümler üretilmeli; ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat isteme hakları sağlam "**hukuksal gerekçelere**" oturtulmalı; yargıda toplumun duyuncuna uygun kararlar verilmesi sağlanmalıdır.

## 2- İnsanın doğası ve yaşam gerçekleri gözardı edilmemelidir

Bilim, önceden dayatılmış kuram ve kurallarla yapılan düşünce eylemi değildir. Gerçek bilgi tümevarımla elde edilir. Gerçek bilgiyi elde etmek için gözlem, araştırma ve tümevarımdan başka yöntem yoktur. Deneysiz, araştırmasız bilim olmaz. Gerçek ise, yaşamın kendisidir; olaylar (fenomenler) gözlemlenmeden bir kuram oluşturulmaya kalkılırsa, bu, hiç bir yararı ve etkinliği olmayan temelsiz bir akıl yürütme olur. Kuşkusuz, deney, gözlem ve araştırma sonuçları aklın süzgecinden geçirilecektir. Çünkü, akıl ve deney birbirini tamamlar. Akıl ile deney arasındaki bağlantı tek yönlü değil, karşılıklıdır. Gözlem ve araştırma akılla kontrol edilir; bir sonuca varılmışsa bir kuram (teori) oluşturulur. Ancak kuramların geçerliği sonsuz değildir. Zaman içinde değişen yaşam ve toplum koşullarına göre yeni deneyler (araştırma, gözlem) yapıldığında, kuramlar geçerliğini yitirebilir; yerlerini zamana ve zemine uygun yeni kurallar alır.

Konu **insan yaşamı** olunca, yukarda soyut olarak değindiğimiz yöntemler daha bir önem kazanır. Özellikle hukuk, toplumsal bir olgudur. Tarihsel, toplumsal, kültürel koşulların ürünüdür. O halde insana verilen zararların yargı yoluyla gideriminde (tazminat olarak değerlendirilmesinde) şunları dikkate almak zorundayız.

1. Tarihsel gelişimi;
2. Toplumlardan zaman içinde değişimlerini ve yaşam koşullarını;
3. İnsanın doğasını (hiç değişmeyen doğal ve duygusal yapısını);
4. Gelenekler ve görenekler çerçevesinde kişiler arası ilişkileri.

Tarihsel gelişime baktığımızda, kişisel öç almadan başlayarak, kan gütme, kısas ve diyet aşamalarından geçerek, önceleri ceza (poena) olarak ödetilen paranın, özel hukukta tazminat olarak değerlendirme aşamasına gelindiğinde, haksız ölümlerle yakınlarını yitirenleri veya bedensel zarara uğrayanları koruyup kollamak, onlara hakları olan bedeli ödetmek ve bunun için hakça çözümler üretmek yerine, anamalcı görüşlerin ürünü birtakım katı kurallarla hak arayanların önüne akıllalmaz ve vicdanlara sığmaz engeller konulmuştur.

Öte yandan insanın, geçmişten bugüne doğal ve duygusal yapısının hiç değişmediği gözardı edilmektedir. Bazı aydın ve çağdaş görünme yapaylığına kapılan kişiler, üç alma duygusunu ilkel bulmakta iseler de, kültürel düzeyi ne olursa olsun her kişi, yakını yitirmekten veya beden gücü kaybına uğramaktan dolayı, zarar sorumlularının hem en ağır biçimde cezalandırılmalarını, hem de kendilerine en yüksek miktarda tazminat ödenmesini isterler. İnsanın doğası budur, bu gerçeği görmek gerekir.

### 3- Yasal düzenlemeler tartışılmalı mı ?

İnsana verilen zararlar (öldürme, yaralama) nedeniyle tazminat isteme hakları, salt bir “zarar giderimi” midir ? Tarihsel gelişimini günümüze taşıyarak “can bedeli” olarak da düşünemez miyiz ? Zarar gideriminin yanısıra, ayrıca maddi ve manevi tazminat haklarını birleştirerek ve bir “bütünlük zararı” olarak, zengin - yoksul ayrımını kaldırıp her yıl ekonomik göstergelere göre yeniden belirlenen ortak bir “can bedeli” ödetme biçiminde bir yasal düzenleme de yapılmalı mı ? (Örneğin, ferdi kaza sigortasının bir türü olan ve taşımacıların, yolcuların can güvenliği için yaptırmak zorunda oldukları koltuk sigortasında olduğu gibi)

Tartışmaya açmak istediğimiz bu konu, elbette bilim çevrelerinde ele alınacaktır. Böylece pozitif hukuka ve uygulamada karşılaşılan sorunları çözmeye yönelik kavramsal araştırma ve düşünme etkinliğinin ötesine geçilerek ve hukukun toplumsal yönüne ilişkin araştırmalardan (olgulardan ve eğilimlerden) yola çıkılarak mantıksal akıl yürütmeye dayalı bir tartışma ortamı yaratılırsa nasıl bir sonuca varılacaktır ?

Şunu sorgulamalıyız: Borçlar Kanunu'nun ölümlerle ilgili maddesinde, tazminat isteyecek olanların “destekten yoksun kalanlar” ile sınırlandırılması hukuka uygun mudur? Daha doğrusu toplum bunu doğru ve yeterli bulmakta mıdır? Yasal düzenleme böyle olmakla birlikte, kimlerin “destek tazminatı” isteyebilecekleri, yorum yoluyla, öğretilerdeki görüşlerle ve yüksek yargı kararlarıyla belirlenmekte; çoğu kez, görüşler kurallar, kuramlar ile yargı kararları oluşturulurken toplumun eğilimleri, gelenekleri ve kişiler arası ilişkilerin niteliği gözardı edilmektedir. Bütün bunlar bilim çevrelerinde tartışılmalı; pozitif hukukun ötesine geçilerek, en başta hukukun ne olduğu, hukuktan ne beklendiği üzerinde düşünce üretilmeli, yasal düzenlemeler tartışılmalıdır, dersek yararlı bir öneride bulunmuş olur muyuz ?

### 4- Hak aramanın önüne katı kurallar, aşılmaz engeller konulmamalıdır

Ne yazık ki konulmuştur, konulmaktadır. Hukukun anlamı ve amacı doğrultusunda, adaleti gerçekleştirme yönünde kurallar ve kuramlar üretmek, çözümler aramak yerine, sanki mağdura düşmanmış gibi, sağlam bir düzen ve disiplin kurdukları sanısıyla, hak arayanların önüne aşılmaz duvarlar ören; akla, mantığa, vicdana sığmayan katı kurallar koyan kimi hukukçular, yargıyı etkileyerek uzun yıllar boyunca hak kayıplarına, haksızlıklara neden olmuşlardır.

Neler mi yapılmıştır ? Önce, hiç bir davanın bir yılda sonuçlanmadığı bilinmesine ve görülmesine karşın, Borçlar Yasası'nın yürürlüğe konulmasından bu yana geçen seksen yılda hiç bir hukukçu, bir yıllık haksız eylem zamanaşımının artırılması yönünde bir girişimde bulunmamıştır. Yeni Borçlar Yasası'nın tasarı aşamasında da, Avrupa ülkelerinde art arda zamanaşımı reformları yapılırken, bu gelişmeler gözden kaçırılmış ve bir yıllık haksız eylem zamanaşımı süresinin iki yıla çıkarılmasıyla yeti-

nilmiştir ki, bu sürenin özellikle haksız eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarında yetersizliği ortadadır ve hak kayıpları yeni Borçlar Yasası yürürlüğe girdikten sonra da ortadan kalkmamıştır.

İkincisi ve en büyük haksızlıkların kaynağı, hukuk yargılama yasasının olumsuz ve hakkın özünü yokeden katı yorumları ve bunun yargıya yansıtılan uygulamaları olmuştur. Önceki 1086 sayılı Hukuk Yargılama Yasası'nda engelleyici hükümler bulunmamasına karşın, usul hukuku yorumcularından kaynaklanan katı ve acımasız kurallarla bağışlanmaz ölçüde ve çok sayıda hak kayıplarına neden olunmuştur. En başta yasada bulunmayan "kısmi dava" uygulaması ve bu dava türünün tespite ilişkin bölümünün yeni bir dava ve ıslah olarak nitelenip zamanaşımına uğratılması; gene önceki yasada bulunmamasına karşın "fazlaya hakların saklı tutulması" biçiminde bir kural konulup, eğer böyle bir açıklama yapılmamışsa bunun "zımnî feragat" olarak nitelenip, (feragatin açık ve kesin olacağı kuralına aykırı) tespite ilişkin bölümün reddine neden olunması; yeni 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası yürürlüğe girdikten sonra dahi, önemli bir yenilik ve olumlu bir düzenleme olan 107.maddedeki "belirsiz alacak davası" önceki dönemin kısmi davası gibi algılanıp, yargılama sonunda "belirlenen" tazminat tutarı için "harç tamamlama" işleminin yeni bir dava ve ıslah olduğunda direnilip zamanaşımı savunmasına olanak tanınması; yeni Hukuk Yargılama Yasası davalı tarafa iki kez yanıt olanağı sağlamışken ve ön inceleme aşamasında dahi olanak varken, uzun bir yargılama sürecinden geçildikten sonra, tam hüküm aşamasına gelindiğinde 176.maddenin gerekçesinin son paragrafına kısa bir cümle sokuşturulup "ıslah" yoluyla zamanaşımı definde bulunulacağını savunulması, Medeni Yasa'nın 2'nci, yeni Yargılama Yasası'nın 29/1. maddesi ile kötüniyetli ıslaha ilişkin 182.maddesinden hiç söz edilmemesi; bütün bunlar hak aramanın önüne katı kurallar ve aşılmaz duvarlar örülmeye devam edildiğini göstermektedir.

Anlaşılamayan şudur ki, önceki yasa döneminde, yargıyı olumlu yönde geliştirmek yerine, aşılmaz kurallarla hak aramanın önünü kesenler, kendi düşünemedikleri "belirsiz alacak davası" yeni yasada yer aldıktan sonra, akılları başlarına gelmiş olmalı ki, bu dava türünün, hiç bir yasal düzenleme yapılmadan yüz yıldan beri (rakamlandırılmamış alacak davası adıyla) Almanya'da ve İsviçre'de uygulandığını, bizde de 1086 sayılı HUMK döneminde uygulanmış olsaydı, hiç bir yasal engelle karşılaşmayacağını söylemeye; âdeta günah çıkarmaya başlamışlardır. Peki ama, bugün de (yeni yasadaki belirsiz alacak davasında) uzun bir yargılama sürecinden geçildikten, zarar ve kapsamı belli olup hüküm aşamasına gelindikten sonra, ıslahla zamanaşımı savunması yapılabileceği görüşünde ısrar neden ?

Yıllarca hep söylemişiz ve uyarılmışızdır: Ölüm ve bedensel zararlarda başlangıçta yoğun bir belirsizlik vardır; zararı ve kapsamını önceden bilmek ve kestirmek kesinlikle olanaksızdır. Zarar gören kişiler, bir yargıç, konunun uzmanı bir hukukçu, bir uzman hekim dahi olsa ne kadar tazminat isteyebileceğini, zararının ne kadarını

hüküm altına alılabileceğini önceden ve başlangıçta hiçbir biçimde kestiremezler, bilemezler. Zararı ve kapsamını “**öğrenme olgusu**”, ancak yargılamanın ileri bir aşamasında gerçekleşebilecektir. Bazı hukukçuların ileri sürdükleri gibi “az çok bilme” ölüm ve bedensel zararlarda “**öğrenme**” olgusunun tamamlanması için yeterli değildir. Dava açıldıktan sonra, kusur oranları saptanacak, tanıklar dinlenecek, kazanç araştırması yapılacak ve tüm kanıtlar toplandıktan sonra uzman bilirkişi tarafından tazminat hesaplanacaktır. Bu aşamaya gelinceye kadar, raporlara itirazlar incelenecek, belki de önceki saptananlardan farklı bir sonuç ortaya çıkabilecektir.

Cana gelen zararlarla ilgili tazminat davalarının ayrıntılarına girdiğimizde zararı ve kapsamını “**öğrenme**” olgusunun ne kadar güç ve çetin bir iş olduğunu görürüz. Örneğin, ceza mahkemesinde belirlenen kusur oranları, hukuk mahkemesinde yeniden yapılacak inceleme sonucu değişebileceğine göre (6098/TBK. m.74 ve 818/BK.m.53), bu hususta dahi **kesin bilme ve öğrenmeden sözetmek olanaksızdır**. Bunun gibi, beden gücü kayıplarında da, kişi bir uzman hekim dahi olsa, kendi beden zararını kesin bilemeyecek; bunun için sağlık kurullarının raporlarına gereksinim duyulacaktır. Ayrıca bedensel zararlarda zamanla gelişen ve değişen durumlar varsa, bunlar yargılamanın ilerleyen aşamalarında, giderek ilk dava sonuçlandıktan sonra bile ortaya çıkabilecek; bu gibi durumlarda sağlık kurullarından yeni raporlar alınması ve yeni bir zararın hesaplanması gerekecektir.

İşte, tazminat davalarındaki **başlangıçtaki belirsizlik ve bilinemezlik** nedeniyle, davaya “**tespit davası**” olarak başlanması ve son aşamada (hüküm verilmeden önce) **harcın tamamlanması** en doğru ve gerçekçi bir uygulama olacaktır. Böyle bir uygulama için **yasal engeller bulunmadığı**, içtihatlarda değişiklik yapılmak suretiyle bunun gerçekleştirilebileceği kanısındayız, dedik. Bunun hakça bir uygulama olacağını, yargının gücünü ve güveni artıracığını savunduk.

Bizim geçmiş yıllarda kısaca “tespit davası” dediğimiz öneri, bugün “belirsiz alacak ve tespit davası” adıyla yeni 6100 sayılı yasada 107.madde olarak yer almış bulunmaktadır.

Ancak ne var ki, 6100 sayılı HMK’nun yürürlüğe girmesinden bu yana üç yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına karşın, önceki dönemin yasakçı zihniyetinden bir türlü kurtulamamaktayız. Hak kayıpları, haksız ve katı uygulamalar sürüp gitmektedir. O halde ne yapmalı?

Şu yapılmalı: Yeri ve konumu ne olursa olsun, alışkanlıklardan ve saplantılardan kurtulamayan, kuramcı veya uygulayıcı tüm hukukçulara önerimiz şudur: Kendinizi yenilemeli, yeni baştan öğrenmeye başlamalısınız. Soracağınız ve yanıtlarını bulmaya çalışacağınız sorular şudur: Hukuk nedir, hukukun anlamı ve amacı, doğası ve özü nedir? Hukuk kavramının zorunlu unsurları nelerdir, hukuki geçerlilik ne demektir? Bir normatif anlatımı hukuki kılan nedir? Ve hukuk ile adalet arasında nasıl bir ilişki vardır, adaleti gerçekleştirme ne demektir ?

Bizce bu soruların yanıtı bir hukukçunun alt yapısı olacaktır. Bu alt yapı oluşturulmadığı sürece de, haksız ve adaletsiz uygulamalardan kurtulmak mümkün olmayacaktır.

Genel olarak insan zararlarına ilişkin bakışımızı ve görüşlerimizi açıkladıktan sonra, konunun ayrıntılarına girebiliriz.

## II- İnsan Zararlarının Parasal Değerlendirmesi

### 1- Neden tazminat ödenmelidir

Haksız eylem ve hukuka aykırı bir olay sonucu insana verilen zararların gideriminde temel sorun, tazminatın nasıl hesaplanacağı veya hesaplanması gerektiği değil, kimlere ve **niçin** tazminat ödeneceği veya ödenmesi gerektiğidir. Sorun kısaca, **“nedensellik”** tir.

Tazminat, maddi ve manevi olacağına göre, maddi tazminat salt bir zarar “giderimi” midir, nasıl bir zarar doğmuştur, eksilen nedir de onu tamamlamak gerekecektir. Manevi tazminat neyi giderecektir, yalnızca acı ve üzüntüyü mü, her kişide farklı olabilen bu duyguların karşılığı nasıl belirlenecektir, ölçüsü ne olacaktır ?

Görüldüğü gibi, önce **“neden”** tazminat ödenmesi gerektiğinin yanıtını (**hukuksal gerekçesini**) belirlememiz gerekmektedir ki, bunun hiç de kolay olmadığı görüşündeyiz. Eğer içinde yaşadığımız toplumun gelenek ve göreneklerine, duyu ve düşünce yapılarına, kültür düzeylerine uygun gerekçeler oluşturamazsak, yargı, toplumun güvenini kazanamayacak, adaletli çözümlere ulaşamayacaktır.

Bu konuda kolayca kaçmamak, geçmişte yerli veya yabancı hukukçuların görüş ve yorumlarına saplanıp kalmamak, olgulardan yola çıkarak yoğun, kapsamlı, çok yönlü araştırmalarla toplumun eğilimlerini, alışkanlıklarını, kişiler arası ilişkileri ve dayanışma (destek sağlama) biçimlerini saptamak, gözlemler yapmak, sonuçlar çıkarmak, (ülkenin toplum yapısına uygun) yeni kuram ve kurallar oluşturmak gerekmektedir.

Somut örneklerle sorunu şöyle ortaya koyabiliriz: Bir kimse öldürülmüşse/ölümüne neden olunmuşsa, onun yakınları **neden** tazminat isteme hakkına sahiptirler? Tazminat salt bir **“zarar giderimi”** midir, **“can bedeli”** olarak kabul edilebilir mi? Yalnızca **“zarar giderimi”** ise, ölenin yakınlarının neyi eksilmiştir de giderilmesini istemektedirler, yoksun kaldıkları nedir? Ya da **kimler tazminat isteyebilir**, kimler isteyemezler; isteyebilecek olanların yasal ve hukuksal dayanakları nedir? Ölenin yakınları olmalarına karşın, bazıları neden tazminat isteyemezler, bu konuda ileri sürülen gerekçeler doğru mudur?

Bedensel zarara uğrayanların tazminat istemleri, ölümlerdeki gibi sorunlu değilse de, onların de ne tür zararlara uğradıklarının saptanması; giderimin nedenlerinin belirlenmesi ve bir ölçü bulunması, bir sınır konulması gerekmektedir.

Aşağıda, hem insana verilen zararların neden ve nasıl giderilmesi gerektiğinin yanıtlarını bulmaya ve hem de tazminat istemlerinin parasal değerlendirmesinin nasıl yapıldığını ya da yapılması gerektiği açıklamaya çalışacağız.

## 2- İnsan zararlarının gideriminde temel ölçü hukuksal değerlendirmelerdir

Haksız eylem ve hukuka aykırı olaylar sonucu insana verilen zararların gideriminde temel sorun, yukarda açıklandığı gibi, sağlam **“hukuksal gerekçeler”** ve buna koşut olarak temel ölçü **“hukuksal değerlendirmeler”**dir. Zararın **“parasal”** değerlendirmesi tazminat hesabının son aşamasıdır. Tazminat isteminin **yasal dayanakları** ve **hukuksal gerekçeleri** belirlenmeden, olay ile zarar arasında **uygun nedensellik bağı** kurulmadan hesaplama aşamasına geçilemez.

Zararı paraya dönüştürmede uygulanacak yöntem (formüller) ne olursa olsun, eğer hukuksal değerlendirmeler doğru yapılamıyorsa, sağlıklı bir sonuca ulaşılamaz. **Hesap formülleri içi boş kalıplar gibidir.** Onların içini **doğru bilgilerle doldurmak, zarar hesabının gerekçesini ve alt yapısını sağlam bir biçimde oluşturmak gerekir.** Bunu ancak yasaları, yerleşik içtihadı ve öğretilerdeki görüşleri iyi bilen, sorumluluk hukukundaki en son gelişmeleri yakından izleyen, hukuk eğitimi almış ve konusunda uzmanlaşmış bilirkişiler yapabilir.

Yaşanarak görülmüş ve denenmiştir ki, insan zararlarının değerlendirilmesini, hukuk eğitimi almamış bilirkişiler yapamamaktadırlar. Bu konu onlara bırakılamayacak kadar önemlidir. Çünkü, yapılacak olan basit bir hesaplama işi değil, tümüyle hukuksal değerlendirme işlemidir. En başta söylediğimiz gibi, **yaşama hakkı** ve bunun özelinde **sağlıklı yaşama hakkı**, hukukça öncelikli olarak ve özenle korunması gereken en yüce haktır. Bunu hafife alanlar ve zarar giderimini çıkar hesaplarıyla yozlaştırmaya, yaşam gerçeklerinden kopuk bir takım yapay kuramlarla zarar sorumlularını tazminat ödemekten kurtarmaya çalışanlar insanlık suçu işlemiş olurlar.

b) Her zararlandırıcı olay için maddi tazminat istenemezse de manevi tazminat istenebilir. Manevi zararın, maddi zarar gibi hesaplanmasının olanaksızlığı nedeniyledir ki, başlangıçtan beri yargıda bir ölçsüzlük ve belirsizlik süregelmekte; benzer olaylar ve benzer davalarda hükme bağlanan tazminat miktarları arasında derin uçurumlar bulunmaktadır. Uygulamada görülen bütün bu rasgelelikler, keyfilikler ve eşitsizlikler karşısında, ortak ve somut bir ölçü bulmak gerektiği kabul olunmalıdır. Her ne kadar acı ve üzüntüyü ölçmek olanaksız ise de, manevi tazminat, maddi tazminat benzeri bir yöntemle, zengin-yoksul ayrımı yapılmaksızın herkes için eşit ortak bir değer birimi üzerinden hesaplanmalı; bu hesaplamada Borçlar Yasası'ndaki indirim nedenleri gözetilmeli; yargıçlar, hesap sonucuna bakarak ve yasalarda öngörülen **“özel durumları”** da dikkate alarak manevi tazminata hükmetmelidirler.

### 3- Hukuksal gerekçeler nasıl oluşturulmalı

Tazminat isteklerinin **hukuksal gerekçeleri** oluşturulurken, donmuş, kalıplaşmış ve çağın gerisinde kalmış kurallara saplanıp kalınmamalı; zaman içinde değişen koşullara, gelişen teknolojinin yarattığı yeni toplum yapılarına, geçim kaynaklarına, yaşam biçimlerine, iş ve çalışma olanaklarına, kültürel değişimlere göre kurallar ve ilkeler gözden geçirilmeli; geçerliliği kalmamış olanlar bir yana bırakılıp yeni kurallar, ilkeler oluşturulmalı; ancak bunların dayanakları ve gerekçeleri gösterilmelidir.

Bütün bu değerlendirmelerin yapılmasında, başlangıç noktası somut olaylar olacaktır; yargıda bunların nasıl sonuca bağlandığı araştırılacaktır. Mahkeme kararlarında hangi gerekçelere dayanıldığı, yüksek mahkemelerin bu kararları nasıl değerlendirdiği, düzenli ve tutarlı bir biçimde oluşturulmuş yerleşik kararların neler olduğu, yargının öğretilerdeki görüşlerden, kural ve kuramlardan ne ölçüde etkilendiği, yasaların nasıl yorumlandığı araştırılacak, saptanacaktır. Gerektiğinde, başka ülkelerin bilim çevrelerinde ne tür görüşler ve kuramlar oluşturulduğu da araştırılıp, bunlardan yararlanılacak; yabancı mahkeme kararları da gözden geçirilecektir. Bu araştırmalardan sonradır ki, ya geçmişte oluşturulmuş kuram ve kuralların doğruluğu denetlenmiş olacak; ya da bunların yerini yeni kuramlar ve kurallar alacaktır.

Geçmişten bugüne tazminat haklarının hukuksal gerekçeleri yukarıda anlatılan seyri izlemiş; kimi zaman sapmalar, yanılmalar, yanlışlar olmuştur. Yargıtay kararlarına ve yargıdaki uygulamalara bakıldığında, olumlu gelişmelerin yanı sıra, son derece olumsuz ve haksız kararların çokluğu da gözlemlenmektedir. Aşağıda bunları somut örneklerle ele alacağız.

### 4- Yanlış görüşler, haksız gerekçeler

a) Ölüm sonucu destekten yoksunluk nedeniyle tazminat hakları konusunda, geçmişin hukukçuları, genel zarar kavramına bağlı “malvarlığında eksilme” anlayışıyla, yorumlarını ve değerlendirmelerini “bakım gücü - bakım ihtiyacı” kavramlarına dayandırmışlar; yaşam gerçeklerini ve uygulamada yaratacağı haksız sonuçları dikkate almadan bir takım kurallar oluşturmuşlardır. Bugün artık bir geçerliliği kalmamış olan, ancak ne var ki (sorumsuzca ve bir görüş belirtilmeden kitaplara konulması nedeniyle) zaman zaman yargıçları etkilediği için eleştirilmesi, yanlışlığı gösterilmesi gereken bu olumsuz görüşlerden bir bölümünü aşağıya alıyoruz:

Sözü edilen geçmişin hukukçuları, yakınlarını yitirenler varlıklı iseler ya da ölen destekten (hattâ üçüncü kişiden) bir miras kalmışsa davanın reddedilmesi veya bakım ihtiyaçları giderildiği ölçüde tazminattan indirim yapılması gerekeceğini; desteğin ölümüne rağmen, davacı mevcut yaşam seviyesini sürdüreceği güce sahipse davanın reddedileceğini; çünkü, destekten yoksun kalma tazminatının kâr sağlama aracı olmadığını; desteğin ölümüyle davacı elde ettiği miras sayesinde, ne derece



ihtiyaçtan kurtuluyorsa, o nispette zararının azalacağını; miras gelirleri, destek görenin hayat seviyesini yükseltmişse, herhangi bir zarardan söz edilemeyeceğini; mirasın erken kazanılmasıyla elde edilebilecek gelirlerin bakım ihtiyaçlarını giderdiği ölçüde tazminattan indirim yapılması veya davanın tümünden reddedilmesi gerektiğini; diğer destekler tarafından yapılan yardım, destek görenin bakım ihtiyacını büyük ölçüde ve tamamen kaldırıyorsa, tazminata hükmedilmemesi ya da daha az miktara hükmedilmesi gerektiğini; miras gelirleri destek görenin yaşam seviyesine uygun yaşamaya devam etmesine imkân veriyorsa, herhangi bir zarardan söz edilemeyeceğini; elde edilecek miras menfaatlerinin yüksekliği ölçüsünde bakım ihtiyacı sona ereceğinden, aksine bir çözümün kabulünün, yani tazminata hükmedilmesinin, yasa hükmünün taşıdığı fikir ve ruha (?) aykırı olacağını; miras menfaatlerinin yasal bir hak olduğu düşüncesiyle nazara alınmamasının, sosyal anlayış ve adalet ilkeleri bakımından da bir tezat oluşturacağını ileri sürmüşlerdir.

Yukardaki görüşleri savunan anamalcı ülkelerin koşullanmış, yaşam ve toplum gerçeklerinden kopuk hukukçuları, akıllamaz bir mantıkla, zarar görenleri değil, haksız eylemi işleyenleri ve zarar sorumlularını korunup kollayarak, onların tazminat ödemekten kurtulmaları sonucunu doğuracak gerekçeler oluştururken, hak ve adalet kavramlarından uzak, adeta mağdur düşmanı bir zihniyetin temsilcileri olmuşlardır.

b) Dahası da var. Bilim ve sanayide gelişmiş olmalarına karşın, anamalcı ekonominin katı koşulları içinde yetişmiş bu tür hukukçuların dul kalan kadınlar hakkındaki görüşleri daha da acımasızdır. Bunlara göre, dul eş, kendi kazancıyla yaşam seviyesini sürdürebiliyorsa, bakım ihtiyacı şartı gerçekleşmeyeceğinden, tazminata hükmedilememeli imiş. Dul kalan kadın çalışmaya başlamışsa, destek tazminatı işe başladığı tarihe kadar hesaplanmalıymış. Kocasının sağlığında büro işlerinde çalışmakta olan bir kadının çalışmayı sürdürmesi beklenmeliymiş. Çocuğu olduğu halde, çocuğun yaşı ve kendi yetenekleri gereği çalışabilecek dul kadın, yarım gün de olsa çalışmalıymış. Dul kadının çalışması zararı azaltma yükümlülüğünün bir gereği imiş. Kadının evlenmeden önce çalışmış olması, bir işte uzmanlığının bulunması, yaşının, çocuk sayısının çalışmaya elverişliliği gibi etkenler nedeniyle çalışmasının beklenmesi, dürüstlük kuralının bir sonucu imiş.

Bütün bu akıllamaz görüşlerin, bilimsellik adına da olsa kitaplara alınmasını doğru bulmuyoruz. Çünkü, kimi zaman bu yanlış, haksız, insafsız görüşler her nasılsa uygulayıcıyı yanıltmakta; yanlış, haksız, adaletsiz kararlar verilmesine neden olmaktadır.

c) Bereket versin ki, son otuz-kırk yılın kararlarına bakıldığında, (iş kazalarını incelemekle görevli Özel Daire dışında) Yargıtay'ın yukardaki yanlış ve acımasız görüşleri benimsemediği, yaşam ve toplum gerçeklerine uygun hakça kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Bunları aşağıda anlatacağız.

## 5- Doğru kararlar ve olumlu gerekçeler

a) Yargıtay'ın son otuz-kırk yılda oluşturduğu kararlara baktığımızda yukardaki görüşlerin hemen hiç birine değer verilmemesi, çok seyrek yanımlar dışında, kararların büyük çoğunluğunun içinde yaşadığımız toplumun yapısına, halkımızın eğilimlerine ve davranış alışkanlıklarına, ülke ve yaşam gerçeklerine uygun bulunduğunu gözlemliyoruz. Arada yanlış kararlar verilmesi ve yerleşik kararlara ters düşülmesi, daha çok hiç bir araştırma yapmadan alıntılarla yetinen, öteden beri söylenenleri yineleyen ve kendilerini yenilemeyen bilim çevrelerinin eskimiş kitaplarındaki tanımların ve yukarıda örnekleri verilen yanlış görüşlerin etkisinde kalınması yuzündendir.

Yargıtay'ın uzun yıllardan beri baskın görüşleri, mirasın ve miras gelirlerinin destek tazminatı ile ilişkilendirilmeyeceği ve bunların tazminatın kazanç unsuruna da katılmayacağı; tazminatın, yalnızca ölen desteğin malvarlıklarına “**bedeni ve fikri katkısı**”nın karşılığı olan “emsâl kazançlar” üzerinden hesaplanması gerektiği yönündedir. Çünkü, ölümle (taşınır taşınmaz malları, şirket, işletme, çiftlik, şirket kâr payları, banka hesapları vb gibi) miras ve miras gelirleri haksahiplerine kaldığından, onların bu yönden bir kayıpları bulunmamaktadır. **Yoksun kalınan yalnızca ölenin beden gücü (bedensel ve düşünsel etkinliği) ile yarattığı ekonomik değerdir.** O halde tazminatın ölçüsü yalnızca ölenin “**bedensel ve düşünsel**” katkısı olmalıdır.<sup>1</sup>

Miras ve miras gelirleri konusunda şu söylenenler en doğrusudur:

“Mirasçılık kanundan doğan bir haktır. Bu nedenle, mirasçının kanun gereği nasıl olsa bir gün iktisap edeceği mirası “yarar” saymak mümkün değildir. Kaldı ki, zarar verenin haksız ve hukuka aykırı olarak öldürdüğü bir kimsenin servetinden denkleştirme yoluyla yararlanması, hukuk duygusunu incitecek niteliktedir. Diğer taraftan, mirasçılık, zarar verici olayın sonucu değil, ölüm olayının bir sonucudur. Kanun, mirasın miras bırakanın ölümüyle açılacağını öngörmüştür. Bu nedenle zarar veren Kanunda öngörülen bu hükme dayanamaz. Ayrıca, mirasçı kavramı ile desteklenen (yardım gören) kavramları da birbiriyle eş kavramlar değildir. Destekle-

<sup>1</sup> Yargıtay'ın, yoksun kalınanın miras ve miras gelirleri değil, bunlara mirasın “bedeni ve fikri” katkısı olduğu; bu nedenle tazminat hesabının bu “bedeni ve fikri” katkının karşılığı “emsâl ücretler” olması gerektiği; tazminat hesabı böyle yapılırca da mirasın ve miras gelirlerinin tazminattan indirilmeyeceği yönünde olup, bu konuda pek çok karar örnekleri bulunmaktadır. (Birkaç örnek: 4.HD.14.02.2002, E.2001/10851-K.2002/1841 sayılı, 06.12.2001, 11942-12312 sayılı, 29.04.2004, E.2003/16064 - K.2004/5720 sayılı, 28.09.2007,13086-7984 sayılı, 18.09.2008,7836-10517 sayılı vb. kararları. - Özel Daire 12.02.2009 gün E.2008/6610 K.2009/2010 sayılı kararında da “Muristen kalan kira ve diğer miras gelirlerinin destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesinin doğru olmadığını; miras ve kira gelirleri katılmaksızın yapılacak hesaplama göre hüküm kurulması gerektiğini” açıklamıştır. Aynı Özel Dairenin daha eskiye ait 05.06.2001 gün 3647-5965 sayılı kararında da “Ölen desteğin ortak olduğu şirketteki payı ölümle davacılar geçeceğinden, bu payın destek kaybı olarak düşünülmesi yanlıştır” denilmiş; desteğin yalnızca bedensel faaliyetinden elde ettiği kazançta göre tazminat hesaplanması istenmiştir.

nen kişinin mutlaka mirasçı olması şart değildir. Nihayet, sorumlunun zarar verici öldürme olayı, miras bırakan desteğin, daha önce ölümüne sebep olmakla, onun malvarlığının ve dolayısıyla terekesinin artma olasılığını da önlemiş bulunmaktadır. Destek, zarar verici olay sonucu ölmeseydi belki daha uzun yıllar yaşayacak ve miras mallarını artıracaktı. Erken ölüm sonucu bu imkân önlenmiştir.”

b) Yargıtay, “**hukuka aykırı olarak gerçekleşen zararın, zarar görenin kendi imkanlarıyla giderilmesinin, sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı, aksi görüşün, zarar görenler yerine, hukuka aykırı eylemle zarar veren kişilerin korunması sonucunu doğuracağı, bunun hak ve adalet ölçülerine ters düşeceği**” görüşündedir.

c) Yanlış ve olumsuz görüşler ileri sürenler hep şunu gözardı etmişlerdir: Destekten yoksun kalma tazminatından indirimler konusunda, temel ölçü, **hukuka aykırı olay** ile bu olaydan kaynaklanan **zarar** arasında “**nedensellik bağı**” bulunmasıdır. Eğer desteğin ölümü ile destekten yoksun kalanların uğradıkları zarar ya da yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik değişimler, haksız eylemin veya hukuka aykırı olayın yarattığı bir sonuç değilse ya da destekten yoksun kalanlar aynı zamanda mirasçı olup da **doğal ölümle** elde edilebilen yararlar varsa, tazminattan indirim söz konusu olmaz

Destek tazminatı ile ilişkilendirilmeyecek ve tazminat hesabına katılmayacak olan yararlar (edinimler) ölenin mirası ile miras gelirleri ve malvarlığından kaynaklanan gelirler (kira gelirleri, işyeri gelirleri, şirket kâr payları, banka faizleri, değerli kâğıtların getirileri) primleri ödenerek hak kazanılmış hayat ve ferdi kaza sigortaları, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun ölüm dalından bağladığı dul ve yetim aylıkları olup, bunlar, haksız ve hukuka aykırı olaydan kaynaklanan zarar ile ilişkilendirilmez ve bunlar tazminattan indirilmez. . 6098 sayılı TBK’nun 55.maddesinin gerekçesinde denildiği gibi “Zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuran, tazminat hakkını çözümlenenden uygulamalardan kaçınılmalıdır.”

Yukarda açıklanan ve haksız ölümün sonucu olmayan bu yararların (edinimlerin), destek tazminatı ile ilişkilendirilmeyeceği ve indirim nedeni olmayacağı, 818 sayılı Borçlar Yasası döneminde 06.03.1978 gün 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve buna bağlı çok sayıda Yargıtay kararlarıyla önlenmeye çalışılmış olup, önceki dönemdeki yanlışlar, duraksamalar artık 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 55.maddesiyle son bulmuş olmalıdır.

d) Yeri gelmişken belirtelim ki, 6098 sayılı TBK’nun 55.maddesindeki “hakkaniyet düşüncesiyle “hesaplanan” tazminattan indirim yapılmayacağı” hükmü ile 52.maddenin 2.fıkrasındaki “hakkaniyet indirimi” birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bu iki maddenin anlam ve amaçları farklıdır. 55.maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, destekten yoksun kalma ve işgöremezlik tazminatları, “takdir” temelinden daha çok,

bağımsız bir yapı özelliği kazanmış metrik temele (tazminat metriğine) dayanır. Sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan insan zararları kökenli tazminata, genel takdir hakkı (TMK.m.4) yahut hakkaniyet (818/BK.m.43) kurallarına dayanılarak müdahale edilemez. Tazminatın azlığı gerekçesiyle takdiren artırılması ya da çokluğu gerekçesiyle indirilmesi söz konusu olamaz. 6098 sayılı Yasanın 52/2.maddesindeki (818/BK44/2) hakkaniyet indiriminin nedenleri “hesaplanan” tazminat miktarının çokluğu değil, özel durumlardır. Bunlar, zarar sorumlusunun kusurunun hafif olması, yüksek miktarda tazminat ödediğinde yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyet (bünyevi istidat, kaçınılmazlık, hatırı taşıması vb.) gerektirmesidir.

Sıkça tartışılan bu iki maddenin farkını ortaya koymak amacıyla, uygulamadan her bir madde için birer örnek vermek istiyoruz:

Birincisi, 52.maddenin 2.fıkrasına ilişkin ve zarar sorumlusunun hafif kusurlu olması durumudur. Somut örnek şöyledir: Öldüğü veya bedensel zarara uğradığı sırada çalışan ve kazanç elde eden biri söz konusu ise, tazminat, “kazançlar” üzerinden hesaplanacaktır. Böyle durumlarda, ölenin veya bedensel zarara uğrayanın kazancı düşükse tazminat az, kazancı yüksekse çok çıkmaktadır. Bu yüzden kusuru ağır olan az tazminat öderken, kusuru hafif olan çok yüksek miktarda tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Örneğin, ölen veya bedensel zarara uğrayan kişi asgari ücretli ve zarar sorumlusu yüzde yüz kusurlu ise düşük miktarda tazminat ödemek durumunda iken, ölenin veya zarara uğrayanın hem kazancı çok yüksek ve hem de kendisi örneğin yüzde yetmişbeş kusurlu, buna karşılık zarar sorumlusu yüzde yirmibeş gibi “hafif kusurlu” olup da, tazminat miktarı çok yüksek hesaplanmışsa, işte burada 52/2.madde (önceki 44/2) uyarınca hakkaniyet indirimi yapılmak gerekecektir.

İkinci örnek 55.maddeye ilişkin olacaktır. Anılan maddenin 1.fıkrası son cümlesinde “**Hesaplanan tazminat**, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle artırılmaz veya azaltılamaz” denilmiş olması sürekli tartışılmakta ise de, hakkaniyet düşüncesiyle artırılmayacak veya azaltılmayacak olanın “**hesaplanan tazminat**”ın “miktarı” olduğu gözden kaçırılmaktadır. Maddeye bu cümlenin neden konulduğunun anlaşılabilmesi için, geçmişte uygulamada neler yaşandığının bilinmesi gerekmektedir. Geçmişte, tazminattan hakkaniyet indirimi konusunda tam bir “keyfilik” yaşanmakta idi. Örneğin, yargının görevi ve işlevi yalnızca adaleti gerçekleştirmek için “devleti korumak lâzım” ya da “işyerlerini ekonomik yönden zayıflatmamak lâzım” türünden gerekçelerle, idarenin veya işverenin ağır kusurlu olmaları halinde dahi “keyfi” indirimler yapılmakta idi. Bunları bilmek gerekir.

## 6- Yargıtay kararlarında, destek tazminatının hukuksal gerekçeleri

a) Yargıtay kararlarında, “bakım gücü-bakım ihtiyacı” türünden geçerliğini yitirmiş, görece ve kesin olmayan kavram ve değerlendirmelere yer verilmemiş; “**kişilerin varlıklı olmaları, destekten yoksun kalma tazminatı istemelerine engel değildir; bugün varlıklı olan kişilerin ilerde yoksulluğa düşmeyeceklerini bu-**

**günden söylemek olanaksızdır. Öte yandan varlıklı olsalar bile, ölen kişinin yardım ve hizmet yoluyla sağlayacağı desteklikten yoksun kalmışlardır. Bu nedenle her durumda tazminat isteme hakları vardır”** denilmiştir.<sup>2</sup>

b) Gene Yargıtay kararlarında “**Geçim sıkıntısı olmayan bir kimsenin, bir yakınını kaybetmesinden dolayı destekten yoksun kalma tazminatı isteyemeyeceğinin kabulü, Borçlar Kanunu’nun 45’inci maddesi 2’nci fıkrası hükmünün (yeni 6098 sayılı TBK’nun 53/3.maddesinin) amacına aykırı düşer”** denilerek, özellikle “zarar” tanımını “malvarlığında eksilme” olarak sınırlayan ve destekten yoksun kalmayı “bakım gücü-bakım ihtiyacı” türünden belirsiz, görece, katı ve anamalcı kavramlarla açıklamaya ve sınırlamaya çalışan görüşlere karşı çıkmıştır.<sup>3</sup>

c) Yukardaki kararları tamamlayıcı nitelikte, ülkemizin toplum yapısı, yaşam gerçekleri, kişiler arası ilişkiler gözlemlenerek, destekten yoksunluğun, parasal olmanın ötesinde, daha çok **“yardım ve hizmet”** biçiminde gerçekleştiği; tazminatın ölçüsünün buna göre belirlenmesi gerektiği kabul olunmuş; Yargıtay kararları bu yönde gelişmiş;

**“Desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sağlanması için yeterlidir. Hizmet edimlerinden yoksun kalma durumunda, bunun karşılığı olarak maddi tazminatın ödetilmesi, Borçlar Yasası’nın 45. maddesine (yeni 6098 sayılı TBK’nun 53/3.maddesine) uygun düşer.”** denilmiştir.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Yargıtay’ın bu konudaki kararları çok eski yıllardan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülmektedir. Bizim bulabildiğimiz en eski karar 1973 yılına ve en yenisi 2012 yılına aittir. Bunlardan HGK.17.10.1973 gün E.1973/899 K.1973/798 sayılı kararda: “ Ana babanın maddi durumları iyi olsa bile,ilerde çocuklarının maddi desteğine muhtaç olabileceklerinin kabulü, hayatın olağan akışına uygun olur.Gelecekleri,Sosyal Güvenlik Kurumlarınca güvence altına alınmış bile olsa, bir gün zarurete düşüp düşmeyecekleri, çocuklarına muhtaç olmayacakları önceden kestirilemez.” ve 4.HD.15.03.2012 gün E.2011/1496 K.2012/4208 sayılı kararda: “Davacıların belirli bir gelirinin olması ölenin desteğinden yoksun kalmadıkları sonucunu doğurmaz. Destek, mutlaka para veya maddi katkı biçiminde olmayabilir. Bunun dışında çeşitli hizmet ve yardımlar ile de destek olunabilir” denilmiştir.

<sup>3</sup> Yarg. 11.HD. 06.12.1974, 3301-3477 (YKD.1976/3-346) – Bir başka kararda da: “ Ana ve babanın ihtiyaçları olmasa dahi, evladın onlara yardım etmesi, yaşamın alışılmış gereklerine göre doğal ve ahlaki bir ödevdir. Bu yardımın mutlaka geçimlerini sağlamaya yönelik olması da gerekmez. Yoksun kalınan yardım miktarının belirlenmesinde, davacıların yalnız içinde buldukları hayat standardına göre değil, yardım yapacak olanın kazancının artması ve ödeme olanağının fazlaşması unsurları da dikkate alınmalıdır” denilmiştir. (11.HD.18.05.1974, 1820-1686, YKD.1975/12-53)-Aynı konuda 4.HD.29.11.2007, E.2007/13191-K.2007/15103 ve 01.04.2003, E.2002/13497-K.2003/3904 sayılı, HGK.12.12.1989, E.1989/11-1233 - K.1989/2757 ve 17.10.1973, E.1973/899 - K.1973/798 sayılı, 11.HD.11.10.2005, E.2004/10735 - K.2005/9566 sayılı, 19.HD. 22.12.1995,E.1995/7680-K.1995/11614 sayılı, 4.HD.20.03.1986, E.1986/1585-K.1986/2553 sayılı kararları,

<sup>4</sup> Yarg. 15. HD. 26.12.1975 gün 4177-5185 sayılı kararı. (YKD. 1976/7-2029) – Aynı konuda başka kararlar: Desteğin yardımının yalnız parasal nitelikte olmasında zorunluk yoktur. Çünkü ölenin “hizmet edebilme” güç ve yeteneği de para ile ifadesi mümkün olan bir mali imkan teşkil

d) Yardım ve hizmet yoluyla destek olunacağı görüşü, zamanla genişletilmiş; geçmişte desteğin bir işi ve kazancı bulunup bulunmadığı üzerinde durulurken, kişilerin bir iş ve kazançları olmasa bile, hangi yaşta olurlarsa olsunlar yakınlarına “yardım ve hizmet” ederek destek olunacağı, bir değer ölçüsü olarak bu tür destekliğin asgari ücretler üzerinden değerlendirilmesi gerektiği görüşüne ulaşılmıştır. Bu anlayış çerçevesinde ev kadınlarının ev hizmetlerini yaparak aile bireylerine destek sağlayacakları,<sup>5</sup> yaşlı kişilerin de yaşlılık ve emeklilik günlerinde ev hizmetlerine katılarak, çarşı pazar alışverişine giderek eşlerine destek olacakları kabul olunmuştur.<sup>6</sup> Tek eksik çocukların destekliği kalmıştır ki, TÜİK ve İLO'nun 6-17 yaş grubu çocuk işgücü araştırma sonuçları dikkate alındığında, toplumun tepkisini çeken onsekiz

---

eder. (4.HD. 20.03.1986, 1585-2553, YKD. 1986/7-959) - Yalnızca maddi yardım değil, aynı zamanda hizmet etmek suretiyle de destek olunabilir. Yardımların, mutlaka para veya eşya vererek değil, hizmet etmek suretiyle gerçekleştirilebileceği gözetilmelidir. (4.HD. 02.12.1988, 6744-10354, Yasa HD. 1989/1-79, no:33) - Yerleşmiş içtihatlar göre, bedelsiz olarak başkasının bakımını sağlayan ya da ona yardım eden kimse destek sayılmıştır. Destek, yalnız başkasına yaşamak için gerekli ihtiyaçları sağlayan ya da bunların temini için para veren kimse değildir. Bu hizmetleri görmek suretiyle çalışmasını doğrudan doğruya başkalarına tahsis eden kimse de destek sayılır. (11. HD. 13.09.1999, 4689-6755) - Desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir. Kız çocuklarının ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan anne ve babanın tazminatı, kızlarının evleneceği yaşa kadar hesaplanmış olup, kız evlâdın anne ve babasına yaşamları boyunca yardım ve hizmet ederek destek olacağı kabulü ve hesaplamının buna göre yapılması gerekir. (4. HD. 18.04.2002, 757-5015)

<sup>5</sup> Bir işi ve kazancı olmayan ev kadınının (yaşam boyu) kendi ev hizmetlerinin yaparak eşine ve çocuklarına maddi destek olacağına ilişkin, ta 1966 yılından başlayarak elli yıla yakın bir süreden beri düzenli bir biçimde sürdürülen Yargıtay kararlarından örnekler:

Ev kadınlarının kendi ev hizmetlerini yaşam boyu yaparak ailelerine maddi destek olacaklarına ilişkin Yargıtay kararlarından örnekler: Hiçbir işte çalışmasa bile ev kadını aileye destek sağlar. (4.HD.22.09.1987, 5458-6726) - Destek ev hizmetleriyle aile bireylerinin yaşamını kolaylaştıracağından ve onlara katkı yapacağından bundan yoksun kalan hak sahiplerinin tazminat isteme hakları vardır. (4.HD.14.05.1998, 323-3373) Yalnız ev işlerini gören kadın kocasının desteği sayılır. (4.HD.13.04.1976,3029-3914) - Kadın ev işlerinde kocaya yardımcı olmaktadır, bu sebeple ona bakmaktadır. Kadının ev hizmetlerini yapması sebebiyle,ölümü halinde koca bu hizmetlerden yoksun kaldığından; tazminat isteme hakkı vardır. (4.HD.03.10.1966, 4939-8581) - Ev kadını yönünden zararın saptanmasında **yaşam süresi** gözönüne alınmalıdır. 19. HD.14.10.1993, 605-6582)

<sup>6</sup> Yaşlıların destekliğine ilişkin karar örnekleri: Destek kavramının yalnızca parasal katkı şeklinde anlaşılması gerekmez. Yaşlılık veya hastalıkta ya da ihtiyaç duyulan diğer durumlarda yapılan ev işleri, bakım gibi hizmet ve yardımlar da destek kavramı içerisinde sayılır. 79 yaşında ölen desteğin olay tarihinde gelir getiren bir işte çalıştığı ispatlanamasa bile yukarıda belirtilen şekilde eşine vereceği desteğin asgari ücret üzerinden hesaplanması gerekir. (4.HD.17.04.2008, E.2007/8981-K.2008/5368) -Desteğin, emekli de olsa, kalan ömrü süresinde, ev ve çarşı pazar işleri gibi günlük işleri yaparak, aile bütçesine asgari ücret düzeyinde katkı sağlayacağı göz önüne alınıp net asgari ücret üzerinden davacı eş yararına destekten yoksun kalma tazminatı hesaplatılması gerekir.(4.HD.17.06.2010 E. 2009/10653 K. 2010/7338) - Desteğin emeklilik dönemindeyken yaşamını yitirdiği anlaşıldığına göre, ev işlerine yapacağı katkı (hizmet) gözetilerek net asgari ücret esas alınmak suretiyle hesaplanacak destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmelidir. (4.HD.24.06.2008 E. 2007/11168 K. 2008/8629)

yaş uygulamasından ve yetiştirme giderleri adı altında indirim yapılmasından vazgeçilerek yardım ve hizmet yoluyla destekliğin çocuklara da uygulanmaya başlanması yadsınmaz bir zorunluluk olacaktır.

### 7- Yargıtay'ın iş kazalarını incelemekle görevli Özel Daire'sinin, yerleşik içtihadı ve yasalara aykırı kararlarının önlenmesinin gerekliliği

Yargıtay'ın iş kazalarını incelemekle görevli Özel Dairesi, akıllamaz bir mantıkla, iş kazasında ölen işçinin anne ve babası sigortalı işçi veya sigorta emeklisi iseler, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun onlara gelir bağlamamış olmasını gerekçe göstererek, destek tazminatı istemlerini reddetmektedir. Böylece Özel Daire, Borçlar Yasası'nın tanıdığı bir hakkı ortadan kaldırmakta; zarar sorumlularını tazminat ödemekten kurtarmaktadır.

Özel Daire'nin bu kararları, yani ölen işçinin anne ve babasına SGK'dan gelir bağlanmamışsa, destek tazminatı isteme hakları bulunmadığı biçimindeki kararları, 6098 sayılı TBK 53/2 ve 55/1.maddelerine, elli yılı aşan yerleşik içtihadı ve yaşam gerçeklerine aykırıdır. Üstelik, önceki ve yeni sosyal güvenlik yasalarında, sigortalı veya sigorta emeklisi anne ve babanın tazminat haklarını ortadan kaldıran bir hüküm de bulunmamaktadır.

Özel Daire bu tutumuyla, TBK'nun 55.maddesinin gerekçesindeki “Zarar verenini ödüllendirme sonucunu doğuran, tazminat hakkını çökerten uygulamalardan kaçınılmalıdır” uyarısına da aldırmaz etmemektedir. Bu konuda bir bilim adamı şöyle bir uyarıda bulunmuş; **“Tazminat alanı ile sosyal güvenlik alanı birbirinden ayrılmalıdır. Zararı giderme, kural olarak, zarara sebebiyet verenin yükümlülüğüdür. Buna karşılık sosyal güvenliği sağlama toplumun (Devletin) yükümlülüğüdür. Bu iki alan birbirinden ayrılmadığı sürece, hukukun amacına, adaletli bir çözüme ulaşamayız.”** demiştir.<sup>7</sup>

Geçmişte, bugünkü TBK. 55.maddesinin işlevini gören Yargıtay 06.03.1978 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına egemen görüşler doğrultusunda şunu söyleyebiliriz:

Yıllarca primlerini ödeyerek sigorta emeklisi olmuş veya ihtiyaç içinde oldukları için çalışmak zorunda olan anne babayı, destek tazminatı hakkından yoksun bırakan ve böylece **zarar sorumlularını tazminat ödemekten kurtaran** Yargıtay 21.Hukuk Dairesi'nin bu haksız, yasaya ve yerleşik içtihadı aykırı kararlarına ivedi son verilmesidir.

<sup>7</sup> Prof.Dr.Hüseyin Hatemi, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Tazminatın Hesaplanması Sempozyumu, Ankara,1993, Batider Yayını,sf.5

## 8- Bedensel zararlarda tazminatın ölçüsü ve gerekçesi

Bedensel zararlar konusunda da uzun yıllar önce terk edilmiş “kazanç kaybı” anlayışının yerini “**güç kaybı**” kavramı ve ölçütünün aldığı ayırdaya varılmalıdır. Bugün ve uzun yıllardan beri yerleşen ve benimsenen görüş, kişiler hangi yaşta olurlarsa olsunlar, bir iş ve kazançları olmasa bile, eğer haksız ve hukuka aykırı bir olay sonucu bedensel zarara uğramışlarsa “**güç kaybı tazminatı**” isteme hakları bulunduğu yönündedir. Çalışan kişilerin kazançlarında bir azalma olmasa bile, aynı işi yaparlarken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları “güç kaybı tazminatı” isteğinin haklı nedeni kabul olunmuştur.

Bu konuda görüş değişiklikleri, daha doğrusu hakça çözümler oldukça hızlı ve olumludur. Yaşlıların ve ev kadınlarının günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlıkları oranında zorluk çekecek olmaları “güç kaybı tazminatı” isteğinin haklı nedeni sayılmış;<sup>8</sup> biraz gecikme ile de olsa, çocuklar için de bu ilke benimsenmiştir. Kimileri bilinçsizce, küçük yaşta sakat bırakılan çocukların tazminatını, çalışıp kazanç elde etme yaşı kabul edilen onsekiz yaşından başlatmakta, üstelik bir de iskontoya tabi tutarak çok düşük miktarda tazminat hesaplamaktalar iken, Yargıtay’ın son kararlar-

<sup>8</sup> Ev kadınlarının ev hizmetlerini yaparlarken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları nedeniyle “güç kaybı tazminatı” isteme hakları bulunduğu ve ev hizmetlerinin yaşam boyu yapılacağına ilişkin Yargıtay kararlarından örnekler: Ev kadını olan davacının normal yaşama süresince, ev işlerini ve hizmetlerini yürütürken, beden gücündeki eksilme nedeniyle sarfedeceği fazla efor karşılığı hesap ettirilip, bulunacak maddi tazminatın ödenmesine karar verilmelidir. (15.HD. 20.10.1975, E. 1975/3787- K. 1975/4103) - Ev kadını yönünden zararın saptanmasında yaşam süresi gözönüne alınmalıdır. Evinin hizmeti yönünden çalışma gücündeki kaybın yaşam süresince devam edeceğinin kabulü gerekir. (19.HD.14.10.1993, E.1993/7605 - K.1993/6582) - Davacının yaşam süresi sonuna kadar “ev kadını” olarak yaşamını sürdüreceği ve sakatlığı oranında fazla güç harcayacağı kabul edilerek aşgari ücret baz alınmak suretiyle, zararının hesaplanması gerekir. (19.HD.03.10.1995, E.1995/1076 - K.1995/7783) - Ev kadını trafik olayı nedeniyle yaralanmıştır. Bu yaralanma sonucu istenen tazminat, ev kadınının ölüm tarihine kadar çalışacağı kabul edilerek hesaplanmalıdır. (11. HD. 27.06.1996, 3356-4735)

Yaşlı kişilerin de günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlık oranında zorluk çekecek olmaları nedeniyle “güç kaybı tazminatı” isteme hakları bulunduğu ilişkin karar örnekleri: Beden gücü kaybına uğrayan davacı, emeklilik döneminde de daha fazla güç sarfederek yaşamını sürdüreceğinden, pasif dönem için de zarar hesabı yapılmalıdır. (4.HD.14.02.2002, 2001/10857 E. 2002/1844 K.) - Davacının işgücü kaybına yönelik isteği, 68 yaşında olduğu ve bir işte çalıştığına ilişkin delil olmadığı gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Davacının olay nedeniyle %34 oranında maluliyete uğradığı sabittir. Yaşadığı sürece hayatını sürdürmek için davacının maluliyeti nedeniyle daha fazla güç (efor) sarf edeceği açıktır. Bu nedenle, davacının çalışma gücü kaybı zararı hesaplanmalıdır. (4.HD.28.12.1998, 7858 E. 10906 K.) - Emekliye ayrılan işçi, yaşlılık döneminde hiç çalışmasa da günlük yaşamında daha fazla fiziksel çaba harcayacağından, pasif dönem zararı da hesaplanmalıdır.(21.HD. 05.04.2007 E. 2006/17139 K. 2007/5679) -Davacı beden gücü kaybı nedeniyle pasif dönemde de daha fazla efor sarf ederek yaşamını sürdürecektir. Bu nedenle, pasif dönemin de hesaplamada gözetilmesi gerekir. (21. HD. 07.07.2004, 6281 E. 6772 K.) -Davacı beden gücü kaybı nedeniyle pasif dönemde de daha fazla efor sarf ederek yaşamını devam ettirecektir. Bu nedenle, pasif dönemin de hesaplamada gözetilmesi gerekir. (21. HD. 09.02.2006, E. 2005/11283 - K. 2006/969)



rıyla bu yanlış ve haksız uygulamanın önü alınmış; çocuk hangi yaşta sakat kalmışsa, bulunduğu yaştan “**güç kaybı tazminatı**” hesaplanacağı yönünde olumlu ve hakça kararlar verilmeye başlanmıştır.<sup>9</sup>

### III- Hesaplama Yöntemleri

#### 1- Hesap formülleri

Başlangıçta belirttiğimiz gibi, tazminat hesaplarının temel unsurunun “**hukuksal değerlendirmeler**” olmasına göre, bunların yaşam gerçeklerine ve ülkenin zaman içinde değişen **toplum yapısına** göre geliştirilmesi ve değiştirilmesi üzerinde durulması gerekirken, bazı çevrelerin (özellikle işverenlerin ve sigorta şirketlerinin) tazminatın azlığı veya çokluğu türünden yakınmalarına çözüm arayışları içine girilmiş; hakça ve daha adaletli bir çözüm, yasal ve hukuksal düzenlemelerde aranacak yerde, hesap formüllerine takılıp kalınmıştır. Oysa önceki bölümlerde belirttiğimiz gibi, **formüller içi boş kalıplardır**. Sanayi ürünlerinde olduğu gibi, kalıba dökülen ham madde kötüyse kötü ürün, ham madde iyiyse iyi ürün elde edilir. Dahası, bir formül dayatması ile hukuk bilgisi olmayan kişilere yaptırılan tazminat hesap raporları içi boş bir kalıptan başka bir şey değildir.

Bugün ülkemizde tazminat hesaplama yöntemleri konusunda kurum ve kuruluşlar arasında bir uyum olmayıp, âdeta karmaşa (kaos) yaşanmaktadır. Bir yandan Hazine Müsteşarlığı, sigorta şirketlerinin istekleri doğrultusunda yayınladığı Genelgeyle (yargıdaki uygulamaları gözardı ederek) farklı bir formül ile Amerikan yaşam tablosunu ve tazminat hesaplarının aktüerler tarafından yapılması koşulunu dayatırken, öte yandan Sosyal Güvenlik Kurumu, rücu davalarından daha yüksek sonuç alabilme amacıyla ülkemiz koşullarını yansıtmaktan uzak bir yaşam tablosunu uygulamaya koyarak kurumlar arasında fark ve karmaşa (kaos) yaratmışlardır. Bu yüzdendir ki, **insan zararları** nedeniyle tazminat davaları yargıda aşırı bir yığınak oluşturmuş, yargının iş yükünün artmasına neden olunmuştur.

Aslında bu karmaşa 1993 yılında başlamıştır. O yıla gelinceye kadar yargı ve sosyal güvenlik kurumları uyum içinde aynı yöntem ve formülleri kullanmakta iken, işverenlerin tazminatların yüksek hesaplandığı yakınmalarına çözüm bulmak amacıyla 1993 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka-Ticaret Ensti-

<sup>9</sup> Küçük yaşta sakat kalan çocukların “güç kaybı” tazminatının buldukları yaştan hesaplanması gerektiği: onların da günlük yaşamlarını sürdürürlerken, okullarına gidip gelirken sakatlıkları oranında zorlanacakları gerçeği görülerek “güç kaybı kuramı”nın onlara da uygulanması gerekirken, bu konuda biraz geç kalınmış ve haksız uygulamalar yıllarca sürdürülmüş iken, Yargıtay 17.Hukuk Dairesi gerçeği görerek bu konuda iki olumlu karar vermiştir. Bunlardan 17.HD.25.12.2014 gün E.2013/13485 K.2014/10487 sayılı kararda, (9) yaşında sakat bırakılan çocuğun “güç kaybı tazminatı”nın 18 yaşından başlatılması doğru bulunmamış, bulunduğu yaştan hesaplanması gerektiği açıklamasıyla yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

tüsü'nün öncülüğünde düzenlenen bir sempozyumda, üç akademisyen tarafından önerilen (aslında bilimsellikten uzak) bir hesaplama yönteminin benimsenmesiyle, sistem yerinden oynamış, kurumlar arası uyum ortadan kalkmıştır.

Bugün üç ayrı kurumda üç farklı uygulama vardır:

a) Sigorta şirketleri “**devre başı ödemeli belirli süreli rant formülü**” ve %2 veya %3 teknik faiz adı altında bir hesaplama yöntemi uygulamakta ve zarar sürelerini belirlemede **CSO-1980 Amerikan tablosunu** kullanmaktadırlar.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu gelir bağlama işlemlerinde, %5 artırım ve iskonto değerini ve bir takım akademisyenlere hazırlattığı, aslında ülke gerçeklerine aykırılığı açıkça belli olan **TRH-2010** adı verilen bir yaşam tablosunu kullanmaya başlamış bulunmaktadır.

c) Yargı'da ise, uzun yıllardan beri kullanılagelen **PMF-1931** Fransız yaşam tablosuna göre ve “**progressif rant**” adı altında kazançların hiç artmadığı basit bir formülle tazminat hesaplanmaktadır.

Bu üç ayrı yöntem ve değişik uygulamalar yüzünden, her kurumun hesaplattığı tazminat tutarları (peşin değerler) arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan hangisinin doğru olduğu konusu tartışılmalıdır.

Bize göre, **insan zararları nedeniyle tazminat hesapları**, hayat sigortasına ilişkin hesap formüllerinden ve sosyal güvenlik kurumunun gelir bağlama işlemlerinden ayrı ve özel bir yöntemle gerçekleştirilmelidir. Çünkü, hayat sigortasında sözleşme hükümleri, sosyal güvenlik kurumu gelir bağlama işlemlerinde yasal düzenlemeler ve her ikisinde de sabit formüller söz konusudur. Buna karşılık, **haksız eylemlerden ve hukuka aykırı olaylardan kaynaklanan zarar hesaplarında**, formüller ve hesaplama yöntemleri içi doldurulması gereken boş kalıplar olup, **hukuksal değerlendirmelerle** bu kalıpların hakça ve adaletli bir biçimde doldurulması gerekmektedir.

Yargıtay hesap formüllerinin açık ve anlaşılır (**denetime elverişli**) olmasını istemektedir. Bu istek haklıdır. Yargıçlar ve avukatlar tazminatın nasıl hesaplandığını bilmelidirler. Tarafların raporlara itiraz hakları vardır; raporlar açık ve anlaşılır değilse nasıl itiraz edeceklerdir.

Bize göre, 1993 yılından önce yargıda uzun yıllar düzenli bir biçimde uygulanmış olan ve haksız eylemlerde zarar başlangıcının olay tarihi olacağı kuralına göre uygun düşen, açık ve anlaşılması kolay “sabit rant formülleri”ne dönülmelidir.

## 2- Yaşam tabloları

Zararın ne kadar süre için (kaç yıllık) hesaplanacağı, tazminatın ana unsurlarından biridir. **Destekten yoksunlukta** desteğin yaşam süresi ile aktif ve pasif dönemi,

destekten yoksun kalanların yaşam süreleri ile her birinin özelliğine göre ne kadar süre ile destek görecekları; **bedensel zararlarda** zarar görenlerin yaşam süreleri tazminat hesabının temel unsurlarından biri olacaktır.

Süre belirlemelerinde “yaşam tabloları”ndan yararlanılmaktadır. Bu tablolara bakılarak, kişilerin olay tarihindeki yaşlarına göre, daha kaç yıl yaşayacakları (**kalan yaşam süreleri**) belirlenmektedir.

Hesap formüllerinde olduğu gibi, yaşam tabloları konusunda da kurumlar arasında birlik olmayıp, her kurum farklı tablolar kullanmaktadır.

a) Ülkemizde, yargıda ve sosyal güvenlik kurumlarının gelir bağlama işlemlerinde uzun yıllar **PMF-1931** Fransız yaşam (mortalite) tablosu kullanılmış, yaşam süreleri bu tabloya göre belirlenmiştir. Bu tablonun yasal dayanağı, 506 sayılı Yasa'nın 22.maddesi olup, İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında 4772 sayılı Kanuna ek olarak (Çalışma Bakanlığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından birlikte) hazırlanmış ve 1965 yılında yürürlüğe konulmuştur. 5510 sayılı yeni Sosyal Güvenlik Yasası'nda, yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Yasa'nın 22.maddesi benzeri bir hüküm bulunmadığından, yeni bir yasal düzenleme yapıncaya ve kurumlar arasında birlik sağlanıncaya kadar **PMF-1931** yaşam tablosunun kullanılması gerekmektedir.

Bu konuda 5510 sayılı Yasa'nın Geçici 3.maddesinde “Bu kanuna göre çıkarılması gereken yönetmelikler ile diğer düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, mevcut tüzük ve yönetmelikler ile diğer düzenlemelerin, bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam edilir” denilmiş olmakla, ilgili Bakanlıkların ve tüm yetkili kurumların birlikte hazırlayıp yürürlüğe koyacakları yeni ve ortak düzenleme yapıncaya kadar, **PMF-1931 yaşam tablosunun** tazminat hesaplarında ve Sosyal Güvenlik Kurumu gelir bağlama formül ve işlemlerinde uygulamasının sürdürülmesi gerektiği kanısındayız.

b) Her ne kadar Bakanlar Kurulu'nun 2006/ 11345 sayılı kararının 2/d maddesinde ve Hazine Müsteşarlığı Genelgesinde (ülkemizdeki ortalama ömür sürelerine uygun olmayan) CSO-1980 Amerikan tablolarından sözedilmiş ise de, SGK'nun 25.09.2012 gün 2012/32 sayılı Genelgesi ekinde Türkiye koşullarına göre düzenlendiği açıklanan **TRH-2010** (Kadın Erkek Hayat) tabloları yer almış ve peşin değerlerin buna göre hesaplandığı açıklanmıştır. Yargıtay uygulamasında ise PMF-1931 yaşam tablosundan vazgeçildiğine ilişkin bir işaret henüz alınmamıştır.

Bu durumlar karşısında, kurumlar arasında ortak görüş ve uyum sağlanıncaya, “**ulusal mortalite tablosu**” oluşturuluncaya ve Yargıtay'ca görüş değişikliği yapıncaya kadar PMF-1931 yaşam tablosunu kullanmamız gerektiği düşüncesindeyiz.

c) **Sosyal Güvenlik Kurumu** tarafından TRH-2010 adıyla kullanılmaya baş-

lanan tabloyla ilgili çalışma raporunu okuduğumuzda hiç de inandırıcı bulmadık. Raporda, 1927 yılından başlayarak nüfus sayım sonuçlarından yararlandığı açıklanmıştır ki, o yıllarda sıtma, verem, tifo, tifüs, cüzzam gibi hastalıklar yüzünden pek çok yurttaşımız kırk yaşına varmadan ölüp gitmişlerdir.<sup>10</sup> Öte yandan o yıllardan bu yana yaşam koşulları çok değişmiştir. 1970 yıllarına kadar kırsal nüfus % 75 ve kentler % 25 iken, son otuz yılda bu durum tersine dönmüştür. Rapordaki açıklamalara göre, nüfus sayım sonuçları dışında, ayrıca hayat sigortalarından ve sosyal güvenlik kurumlarının kayıtlarından da yararlandığı açıklanmıştır ki, ülkemizde hayat sigortası yaptıranların azlığı ve kayıt dışı çalışanların fazlalığı düşünüldüğünde bu iki veri de sağlam değildir.

Bütün bu inandırıcı olmayan verilere göre düzenlendiği açıklanan TRH-2010 tablosu ile CSO-1980 ve CSO-2001 Amerikan tabloları karşılaştırılarak adeta bir teste tabi tutulmuş; ama nedense bize yakın Avrupa ülkelerinin yaşam tablolarından hiç söz edilmemiştir. Karşılaştırma sonuçları da, tablonun inandırıcı olmadığını açıkça göstermektedir. Çünkü, TRH-2010 tablosuna göre ülkemizdeki yaşam süreleri Amerikadaki yaşam sürelerinden daha uzundur. Buna nasıl inanalım ?

d) Sosyal Güvenlik Kurumu'nun rücu davalarında TRH-2010 tablosunun kullanılmaya başlanmasıyla birlikte sakıncalı bir durum ortaya çıkmıştır: Çünkü, TRH-2010 tablosuna ve yargıdakinden farklı bir formüle göre hesaplanan "rücu" miktarları çok yüksek çıkmaktadır. Buna karşılık, iş kazaları ve meslek hastalıkları nedeniyle iş mahkemelerinde açılan tazminat davalarında, bilirkişiler halen PMF-1931 tablosuna ve progressif rant yöntemi adıyla kazançların hiç artmadığı bir formüle göre tazminat hesapladıkları için Kurum'un rücu miktarı aşılammakta; zarar gören işçi maddi tazminat alamadığı gibi, işverenler de Kurum'un rücu davalarında yüksek miktarda tazminat ödemek durumunda kalmaktadırlar. Bu, son derece haksız ve adaletsiz bir durumdur.

<sup>10</sup> TRH-2010 tablosunu hazırlayanların raporlarına dayanak yaptıkları 1927-1960 nüfus sayımı sonuçlarının bugünün koşullarına ölçü alınmayacağına, tablonun ülkemiz gerçeklerini yansıtmadığına, inandırıcı olmadığına iki kanıt: 1) 1955 yılında TBMM'de konuşan o yılların Sağlık Bakanı Türkiye'de hastalıklar ve yoksulluklar yüzünden % 75' kırsal kesimde yaşayan yurttaşlarımızın yaşam ortalamasının (35) yıl olduğunu söylemiştir. (Kaynak: Arkun Kudat, Maliye Bakanlığı Hukuk Müşaviri, Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir, 1966 Ankara, sf.102) - 2) Asıl önemli kanıt Atatürk'ün 30 Ekim 1923 tarihinde İsmet İnönü'ye gönderdiği mektuptur. Bu mektupta Atatürk "Yoksul bir köylü devletiyiz" diye başlayıp şöyle sürdürmüştü: "Salgın hastalıklar insanlarımızı kırıyor, sıtma, tifüs, verem firengi, trahom, tifo salgın halinde. Bit ciddi sorun. %80 kırsal kesimde yaşayan nüfusumuzun yarısı hasta. Doktor sayımız 337, sağlık memuru 434, ebe sayısı 136, pek az şehirde eczane var." (...) Ve mektupta daha pek çok yoksunlukları anlattıktan sonra, Atatürk, sözü şöyle bağlamış: "Ama yılmamak, ucuz ve geçici çarelerle yetinmemek, halkı kurtarmak için sorunları çözmek, kalkınmak, ilerlemek, milli egemenliğe dayalı uygar ve özgür bir toplum oluşturmak, yüzyılımızın düzeyine yetişmek, kısacası çağdaşlaşmak ve bu büyük ideali tam olarak başarmak zorundayız." (Kaynak, Eriş Ülger, Atatürk Milliyetçiliği (Parola Yayınları)

### 3- Yaşam (zarar) süreleri, olay tarihine göre belirlenmelidir

Tazminat hesabına esas zarar (yaşam) sürelerinin, **olay tarihine göre** belirlenmesi gerekir. Çünkü zarar olay tarihinde gerçekleşmektedir. Haksız eylemden kaynaklanan destekten yoksunluk ve bedensel zararlar ile hayat sigortaları ve sosyal güvenlik kurumlarının gelir bağlama koşulları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Her birinin yasal dayanakları ile amaçları birbirinden farklıdır.

Haksız eylemlerde zarar olay tarihinde doğar. Bu bir evrensel hukuk kuralıdır. (Fur semper in moro) **Zarar**, daha sonra öğrenilmiş olsa dahi, **olay tarihinde gerçekleşmiştir**. Bu nedenle, tazminat hesabının da olay tarihinden başlatılması gerekir. Öyle olunca da **zarar görenlerin olay tarihindeki yaşlarına göre kalan yaşam süreleri (zarar süreleri) belirlenmeli**; olay tarihindeki koşullar öncelikle dikkate alınmalıdır. Bunun tek ayrığı, parasal değerlendirmede rapor (hüküm) tarihine kadar belli olan ücret ve kazançların hesaplamaya esas alınmasıdır. Çünkü “gerçek belli iken varsayımlara dayanılmaz.” Bu da bir genel hukuk kuralıdır.

### 4- Hesap unsurları

Ölümlerde destekten yoksun kalma tazminatının, yaralanmalarda beden gücü kayıplarının özelliklerine göre, tazminat hesaplarının nasıl yapılması gerekeceği ilerdeki bölümlerde açıklanmak üzere, tüm insan zararları için, tazminat hesaplarında izlenecek sıra ve hesabın temel unsurları şöyle olmak gerekir:

- a) Zararlandırıcı olay
- b) Olay ile zarar arasındaki neden-sonuç ilişkisinin (nedensellik bağının) belirlenmesi
- c) Zarar sorumlularının belirlenmesi
- ç) Kusur ve sorumluluk derecelerinin saptanması
- d) Zararın türü ve nitelikleri (Destekten yoksunluk, geçici veya kalıcı sakatlık vs.)
- e) Zarar görenlerin kimlikleri, kişilikleri, nitelikleri
- f) Zarar süreleri
- g) Zararın “parasal” değerlendirmesi (Tazminata dönüştürülmesi)
- f) Zararın “tazminat” olarak, sorumlulardan istenebileceği “tutarın” hesaplanması

## IV- Sorumlulukların Belirlenmesi

### 1- Olay incelemesi

Bir kimsenin ölümü veya yaralanmasıyla ilgili olay incelenirken, eylemin haksız ve hukuka aykırı olup olmadığı ya da yaratılan durumun (işletmenin, binanın, yapının, eserin, ürünün) yasalara, kurallara aykırı yönleri bulunup bulunmadığı öncelikle araştırılmalıdır.

Hukuka ve kurallara aykırılık saptandıktan sonra, zarara neden olan sorumlular araştırılmalı, eylem ve olayla doğrudan veya dolaylı yakınlıklarına göre sorumluluk dereceleri ve sorumluluk türü belirlenmelidir.

### 2- Olay ile zarar arasındaki “neden-sonuç” ilişkisinin belirlenmesi

Ölüme veya bedensel zarara yol açan olay içinde yer alan gerçek veya tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile olay arasında “nedensellik bağı” kurulabilmesi; zarar, haksız eylemin veya hukuka aykırı durumun bir sonucu olmalıdır. Eğer, zarar, haksız ve hukuka aykırı olduğu varsayılan eylem ve durumdan doğmuş gibi görünse de, başka bir etken ve eylemden kaynaklandığı anlaşılmışsa, artık ilk başta belirlenen kişiler değil, doğrudan veya dolaylı olarak zarara (ölüme, yaralanmaya) neden olan kişiler sorumlu olurlar.

### 3- Zarar sorumlularının belirlenmesi

Bu, her zaman kolay olmamaktadır. Birkaç örnek: Trafik kazası nedeniyle ruhsatnamede adı yazılı kişiye karşı açılan davada, uzun süreli kiralama savı nedeniyle hasım değiştirme sorunu ortaya çıkmaktadır. Çok yönlü kazalarda, bunun zincirleme bir kaza mı, yoksa aynı anda meydana gelen bir kaza mı olduğunun, hangi sürücünün eyleminin zarara yolaçtığı araştırılıp sorumluların belirlenmesi gerekmektedir. İş kazalarında bir kaç işveren aynı ortamda iş yapıyorlarsa, kaza geçiren işçinin hangisinin işçisi olduğunun veya kazanın hangi işverene ait işçinin eylemi sonucu olduğunun saptanması gerekecektir. Bu, üst işveren -alt işveren (taşeron) ilişkisinden farklı bir durumdur. İnşaat sözleşmelerinde ihale makamının aynı zamanda üst işveren sayılıp sayılmayacağı, iş sahibinin yüklenici üzerinde denetim, emir ve talimat verme yetkisi bulunup bulunmadığı araştırılacaktır.

### 4- Kusur ve sorumluluk derecelerinin saptaması

Tazminat hesapları, sorumluluğun türü ne olursa olsun “kusur oranları” üzerinden hesaplanır. Kusursuz sorumluluklarda dahi, bazı ayırık durumlar dışında, bir **kusur (sorumluluk) ölçüsü** belirlenmek gerekmektedir. Ayırık durumlara örnek olarak, bina ve yapı eseri sahibinin sorumluluğu, tehlikeli işletmelerden kaynaklanan

sorumluluklar ve hekimlerin sorumluluğu gösterilebilir. Bu örneklerde dahi, zarar görenin kusura katılımı sözkonusu olduğunda tarafların kusur oranlarının belirlenmesi gerekecektir.

Yargıtay, insan sağlığına verilen önem gereği, hekimi en hafif kusurundan tam kusurlu saymakta, hekim için bir kusur oranı belirlenmesini doğru bulmamaktadır. Kuşkusuz bu gibi durumlarda hastanın bir ihmali ve kusuru söz konusu olmamalıdır. Aksi takdirde kusur taraflar (hekim ile hasta) arasında paylaştırılmak gerekecektir.

Kusur değerlendirmesi yapılırken, nedensellik bağı kesen (mücbir sebep, zarar görenin tam kusuru veya üçüncü kişinin kusuru gibi) etkenlerin özenle değerlendirilmesi ve yanlışa düşülmemesi gerekir. Örneğin, tehlike sorumluluklarında kaçınılmazlık, kötü tesadüf gibi etkenlere sıkça yer verilmemeli, çoğu kez keyfi biçimde yapılan bu değerlendirmelerle sorumluların kusurundan indirim yapılmamalıdır. Tıbbi elatmalarda da hastanın ihmali ve kusuru yoksa, komplikasyon gibi soyut nedenlerle hekim ve hastanenin az kusurlu veya kusursuz olduğu biçiminde bir sonuca varılmamalıdır.

### 5- Kusur ve sorumluluklar nasıl belirlenmeli

Kusur incelemesi yapılırken, eylemin yasa, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen kurallara aykırılığını saptamak yeterli olmayıp, ayrıca hangi eylem ve davranışın zararı doğurduğu üzerinde durulmalıdır. Bir eylem ve davranış, kurallara aykırı olmakla birlikte, zarar bu eylemin sonucu değilse, eylem ile zarar arasında “nedensellik bağı” kurulamıyorsa, kurallara aykırı davranan kişi, zarardan sorumlu tutulamaz.

Örneğin, alkollü araç kullanmak kurallara aykırı ve yasaktır. Ancak kazanın nedeni alkol değilse, o kişi zararlı sonuçtan sorumlu tutulamaz. Bunun gibi, sürücü belgesi olmayan bir kimse kazaya karışmış olup da, kazanın nedeni, bir başka sürücünün tam kusurlu eylemi ise, ehliyesiz sürücü zararlı sonucun sorumlusu olmaz.

Bir başka örnek: Trafik kurallarına göre, yan yoldan çıkan araç, ana yoldan geçene öncelik tanımalıdır. Ancak ana yoldan gelen çok hızlı araç, yan yoldan çıkan araca çarpıp içindekileri öldürmüştü, burada kazanın asıl sorumlusu hızlı araç kullanan olacaktır. Çünkü sürücü hız kurallarına uysaydı, maddi hasar ve yaralanma ile geçiştirilecek kaza, ölümle sonuçlanmazdı.

Trafik kazalarında kusur değerlendirmesi için görevlendirilen teknik bilirkişiler, hukuk bilgileri olmadığı için, yalnızca trafik kurallarına uyulup uyulmadığı yönünden değerlendirme yapmakta, **eylem ile zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağı**, zararın hangi eylem ve davranıştan doğduğunu dikkate almamaktadırlar.

Trafik kazaları dışında, başka olaylarda da kusur incelemesi yapanlar, zararı doğuran eylem veya durumu doğru değerlendirememekte, incelemeyi teknik açıdan ve kurallara aykırılık yönünden yapıp yanlış sonuçlara varmaktadırlar.

Örneğin, tüpgazla ısıtılan şofbenli banyolarda karbonmonoksit zehirlenmesinden ölümlerde, LPG tüpünü inceleyip imalat ve takma hatası bulunmadığını, detantörün ve bağlantının sağlam olduğunu saptadıklarını, bu nedenle tüpgaz imalat ve satıcısına kusur yüklenemeyeceğini, dolayısıyla tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortasını yapan sigortacının da sorumlu tutulamayacağını söyleyip işin içinden çıkmaktadırlar. Oysa ölümün nedeni, ortamın elverişli olup olmadığına bakmadan tüpgaz satış elemanının banyodaki şofbene tüpgaz takmasıdır. Banyoya karbonmonoksit gazının dolması tüpgazdan kaynaklandığına göre, ölüm olayı ile LPG tüpü arasında doğrudan bağlantı bulunduğu dikkate alınmalı ve kusur paylaşımı buna göre yapılmalıydı.

#### **6- Zarar görenin kusuru yoksa, sorumlular arasındaki kusur paylaşımının ayrıntılarıyla belirlenmesi gerekmez.**

Ölen veya bedensel zarara uğrayan kişinin kusuru (kusura katılımı) yoksa, sorumlular arasındaki kusur oranlarının ayrıntılarıyla belirlenmesi gerekmez. Çünkü zarar görenler, ortaklaşa ve zincirleme sorumluluk kuralları gereği, sorumluların her birinden zararın tamamını isteme hakkına sahiptirler. (818/BK.50-51,142 vd.; 6098/TBK.61,163 vd.)

Ortaklaşa sorumluluk gereği (TBK.m.61) sorumlulardan biri zararın tamamını öderse, aralarındaki kusur paylaşımı rücu davasında çözümlenecektir. (TBK.m.62)

### **V- Tazminatın (Parasal) Değer Ölçüsü**

#### **1- Genel olarak**

Haksız eylemden zarar gören kişilerin bir işleri ve kazançları varsa, bu kazançların **olay tarihinden rapor tarihine kadar** yıllara ve dönemlere göre “bilinen” tüm artış miktarları “işlemiş” zarar hesabına esas tutulacak; geleceğe yönelik “işleyecek” dönem zararları için, en son bilinen kazanç tutarı birim alınarak her yıl için belli bir oranda artırılacaktır.

Bir işi ve kazancı olmayanların tazminatı, asgari ücretler üzerinden hesaplanacak; gene olay tarihinden rapor tarihine kadar yürürlüğe girmiş olan tüm asgari ücretler “işlemiş” zarar hesabına esas alınacak; “işleyecek dönem” zararları da, en son yürürlüğe giren asgari ücretin her yıl belli bir oranda artırılması suretiyle hesaplanacaktır.

Destekten yoksun kalma tazminatı hesabında, parasal yardım söz konusu ise, desteğin işi ve kazancı üzerinden değerlendirme yapılacaktır; eğer yaşasaydı olay (ölüm) tarihinden rapor tarihine kadar yıllara göre ne kadar bir kazanç elde edebileceği, ya **ilgili meslek kuruluşundan** sorulacak, ya da meslek kuruluşu bilgi veremiyorsa, olay tarihindeki kazancının **asgari ücretin kaç katı olduğu** saptanıp, bulunan katsayı dönemlere göre asgari ücret artışlarına uygulanarak “işlemiş” zarar hesabı yapılacaktır.



Eğer desteklik, para yardımı biçiminde değil de “yardım ve hizmet” ederek gerçekleşmişse, bir değer ölçüsü olarak tazminat, **asgari ücretler** üzerinden hesaplanacaktır.

Henüz bir işi ve kazancı olmamakla birlikte, ilerde hangi mesleği yapacağı bilinen ve **halen öğretim görmekte** olan kişilerin tazminatı, **okullarını bitirdiklerinde alabilecekleri ücret** üzerinden hesaplanacak; bunun için **ilgili meslek kuruluşundan** yeni işe başlayan bir kimsenin alabileceği ücret sorulup, ileriye doğru belli bir oranda artırılmak suretiyle tazminat hesabına esas kazançlar belirlenecektir.

## 2- Tazminat hesaplarına esas alınacak veya alınamayacak “parasal” değerler

a) Ölümlerde destekten yoksunluğun “parasal” değerlendirmesi yapılırken, desteğin bir işi, işyeri ve mesleği varsa, çalışarak “beden ve beyin gücüyle” elde ettiği kazançlar üzerinden tazminat hesaplanacak; desteğin o güne kadarki birikimlerinin ürünü olan “gelirler” hesaba alınmayacaktır. Daha açık bir anlatımla, desteğin mirası, taşınır taşınmaz malvarlıklarından elde edilen gelirler, şirket kâr payları, banka hesapları ve kıymetli evrak gelirleri, hayat ve kaza sigortasından alınan paralar, emekli aylığı vb. gibi durağan gelir ve kazanımlar tazminat hesabına katılmayacaktır. Örneğin, desteğin bir şirketi varsa ve onu yönettiği sırada ölmüşse, şirket ve kâr payları mirasçılara kalacağından, tazminat hesabının ölçüsü yalnızca desteğin o şirkete “**bedensel ve düşünsel katkısı**” olacak; destek yerine aynı işi bir başkasının yapması durumunda ona verilecek ücret, işleyecek dönem zarar hesabına esas alınacaktır.<sup>11</sup>

b) Bedensel zarara uğrayan kişilerin tazminatı hesaplanırken de, o güne kadarki para ile ölçülebilen birikimleri ve bunlardan gelen gelirler tazminat hesabına katılmayacak, **beden ve beyin gücüyle elde etmekte oldukları kazançlar tazminat hesabının ölçüsü olacaktır.** Örneğin, beden gücünü yitiren kişinin kira gelirleri varsa, bunlar çalışarak ve güç harcayarak elde edilen kazançlardan olmadığından tazminat hesabına esas alınmayacaktır. Bunun gibi, çalışmayan ve gelirleriyle geçinen zengin bir kimsenin güç kaybı tazminatı yasal asgari ücretler üzerinden hesaplanacak; bu hesaplamada kira gelirleri, banka faiz gelirleri, şirket kâr payları vb. hesaba katılmayacaktır.

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan işçilerin tazminat hesabına esas ücretleri belirlenirken, **bir yıl içinde para ile ölçülebilen ve süreklilik taşıyan tüm ödemelerin toplamı** alınacak; fazla çalışma, özendirme primi, yolluk gibi süreklilik taşımayan ödemeler hesaba katılmayacaktır.

<sup>11</sup> Bkz: Yukarda dip not 1'deki Yargıtay karar örnekleri.

### 3- Kazanç belirlemede dikkate alınacak hususlar

a) Çalışanlar yönünden tazminat hesabına esas kazançlar belirlenirken, “**gerçek kazanç**” araştırılacak; ücret bordroları, vergi bildirimleri, ticari defterler gerçeği yansıtmıyorsa, bunlar dikkate alınmayacaktır. O kadar ki, **işçi ücret bordrolarını koşulsuz imzalamış bulursa dahi**, nitelikli işçi ise, yaptığı işin özelliğine, kıdemine ve ustalık derecesine göre gerçek kazancı araştırılıp tazminat hesabı ona göre yapılacaktır. Tüm resmi belgelerde, yazılı sözleşmelerde, sigorta hesap cetvellerinde, vizite kartlarında, müfettiş raporlarında yer alan ücretler, eğer gerçeği yansıtmıyorsa, aksinin kanıtlanması durumunda geçersiz sayılacaktır.<sup>12</sup>

b) Tüccar ve sanayiciler ile serbest meslek sahiplerinin vergi bildirimlerini düşük göstermeleri durumunda da, gerçek kazançları araştırılacaktır. Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre, **vergi kamu düzeniyle ilgili olup, kişinin gelirini düşük göstermesi ve gerçeğe aykırı bildirimde bulunması vergi mevzuatını ilgilendirir; kazanç kaybının hesaplanmasında esas alınamaz**. Gerçek zarar saptanarak hüküm altına alınmalıdır.<sup>13</sup>

c) Ahlâka aykırı olmamak koşuluyla, kayıt dışı ve çeşitli yollardan elde edilen kazançlar da, kanıtlanmak koşuluyla tazminat hesabına esas alınabilir. Örneğin, izinsiz çalışan sokak satıcıları elde ettikleri kazançları kanıtlayabilirlerse, tazminat hesabı bu kazançlar üzerinden yapılır.

d) Ev hizmetlerinde çalışan, evlere temizliğe giden kadınların tazminat hesabına esas kazançları da tanık dinletilerek kanıtlanabilir. Yeter ki, bu tür iddialar düzmece olmasın ve yöntemince kanıtlanabilsin.

<sup>12</sup> Karar örnekleri: Ücret bordrolarının önkoşulsuz imzalanmış olması, bordrolardaki ücretin gerçek ödenen ücret olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. İşçinin yaptığı iş niteliğini, hizmet süresini, iş deneyimini ve işyerinin özelliklerini göz önünde tutan bir incelemeyle gerçek ücretinin saptanması gerekir. (9.HD.14.03.1988, 873-2968) - **İşçi ücretlerinin bordrolarda gösterilen ücretler olmadığı** ve daha yüksek miktarlar olarak ödendiği saptanmışsa, işçilik alacaklarının **gerçek ücret üzerinden** hesaplanıp ödetirilmesine karar verilmesi gerekir. (HGK.25.12.1987, 9-523 E. 1106 K.) - **İmzalı bordrolar gerçeği yansıtmıyorsa, meslek kuruluşundan gerçek ücret araştırılmalıdır**. (9.HD.27.10.2004, 8503-24277) -Asgari ücret üzerinden düzenlenen bordrolarda davacının imzasının bulunmamasının, nitelikli işçiler açısından bağlayıcılığı söz konusu olamaz. (9.HD.03.10.2000, 8614-13106) - **İşçinin gerçek ücretinin bordrolara yansımadağı anlaşıldığı takdirde**, gerçek ücretinin tespiti yoluna gidilerek, işçinin hakları buna göre hesap edilmelidir. (9.HD.17.09.1987, 7164-8103) - **Vasıflı işçinin yaşı, yaptığı işin niteliği ve kıdemi nazara alındığında**, asgari ücretle çalışması hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun olmayacağından, **bordrodaki ücretin gerçek ücreti yansıttığı söylenemez**. Emsalinin aldığı ücretin ilgili meslek kuruluşlarından saptanarak buna göre tazminatın hesaplanması gerekir. (21.HD.29.09.1998, 5889-6025) - Yaş, kıdem ve yapılan işe göre **gerçek ücret** saptanmalıdır. (21.HD.19.11.1996,5673-6384)

<sup>13</sup> Örnek: 11.HD.27.06.1986, 170-1983) Kazanç kaybının tespitinde, davacının vergi beyannamesi esas alınmaz. Gerçek zararın ne olduğu araştırılmalıdır. (11.HD.09.02.1984,306-653) Mahkemece, zarar hesabına esas alınacak kazanç, vergi kayıtlarıyla bağlı kalmaksızın, tanık ifadeleri de dikkate alınarak tayin ve tespit edilmelidir. (19.HD.09.03.1995, E.1994/7459 K.1995/2055)

#### 4- Destekten yoksunlukta “parasal” ölçü

Destekliğin **parasal** olması koşul değildir. **Yardım ve hizmet ederek** de destek olunabilir. Örneğin, ev kadınlarının ev hizmetlerini yaparak aileye maddi destek sağladığı kabul edilmektedir. Bunun gibi, evlâdın yaşlı anne ve babasını bakıp gözetmesi, koruyup kollaması, hastalıklarında veya ihtiyaç duyduklarında yardım ve hizmetlerine koşması destek sayılmak için yeterli görülmektedir. Eşler de yaşlılık günlerinde birbirlerine yardım ve hizmet ederek destek olurlar. Son dönemde ülke çapında yapılan araştırmalarda, çocukların çok küçük yaşlardan başlayarak aileye türlü biçimlerde ekonomik katkı sağladıkları, anne ve babalarına yardım ve hizmet ettikleri saptanmıştır.

Parasal desteklikte tazminatın ölçüsü, ya belli zamanlarda yapılan para yardımlarıdır ya da ölen **desteğin beden ve beyin gücüyle** çalışarak elde ettiği kazançlardan destek görenin payına düşmesi gereken miktardır. Buna “**destek payı**” denilmektedir.

**Yardım ve hizmet ederek desteklikte** tazminatın ölçüsü yasal ücretlerdir. Bu bir asgari değer ölçüsüdür.

Yukarda belirttiğimiz bir hususu önemi nedeniyle bir daha yineleyelim ki, ölen destekten mirasçılara kalan taşınır taşınmaz malvarlıkları, banka hesapları, hayat veya ferdi kaza sigortasından ödenen paralar, sosyal güvenlik kurumlarının (yeterli miktarda prim ödenmiş olmanın karşılığı) ölüm dalından bağladığı dul ve yetim aylıkları destek tazminatıyla ilişkilendirilmez ve tazminat hesabında dikkate alınmaz; bütün bu gelirler ve edinimler tazminat hesabının parasal ölçüsü olamaz. Bunun gerekçesi, eğer destek olan kişi, haksız ve hukuka aykırı bir olay sonucu değil de, normal ölümlü ölmüş olsaydı, nasıl olsa mirasının ve haksız eylem dışı kazanımların mirasçılara kalacak olmasıdır.

Öte yandan, normal koşullarda elde edilen miras ve benzeri kazançlar tazminattan düşülerek veya destek tazminatının karşılığı sayılarak zarar sorumlularının bundan yararlandırılmaları ve tazminat ödemekten kurtarılmaları kabul edilemez. Bu konuda Yargıtay BGK 06.03.1978 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile bugüne kadar düzenli ve tutarlı bir biçimde oluşturulan yerleşik kararların yanı sıra, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesi bu konuya kesin bir açıklık getirmiştir.

#### 5- Bedensel zararlarda “parasal” ölçü

Haksız ve hukuka aykırı eylem sonucu sakat kalan kişinin kazançlarında bir azalma olmasa bile, aynı kazancı elde ederken sakatlığı oranında zorlanacak olması nedeniyle “gerçek kazançları” üzerinden “güç kaybı tazminatı” hesaplanacaktır.

**Bir işi ve kazancı olmayan** kişilerin “**güç kaybı tazminatı**”, yasal asgari ücretler üzerinden hesaplanmaktadır.

## VI- Tazminat Hesaplama İlkeleri

### 1- Haksız eylemlerde zarar başlangıcı olay tarihidir.

“Gasbeden daima temerrüt halindedir” (Fur semper in moro) evrensel bir hukuk kuralıdır. Haksız eylemden doğan zarar, daha sonra öğrenilmiş olsa dahi, olay tarihinde gerçekleşmiştir. Bu nedenle, tazminat hesabının da olay tarihinden başlatılması gerekir. Öyle olunca da zarar görenlerin olay tarihindeki yaşlarına göre zarar süreleri belirlenecek; olay tarihindeki koşullar öncelikle dikkate alınacaktır. Bunun tek ayrığı, parasal değerlendirmede rapor (hüküm) tarihine kadar belli olan ücret ve kazançların hesaplamaya esas alınmasıdır. Bu kuralı aşağıda açıklayacağız.

### 2- Gerçek belli iken varsayımlara dayanılmaz

a) Tazminat hesaplarında olay tarihi başlangıç alınmakta ise de, rapor (hüküm) tarihine kadar geçen zaman içerisinde hesaplamaya esas kazançlar belli olduğundan, geleceğe yönelik zarar hesaplarında olduğu gibi varsayımlara dayanılamayıp, o güne kadar **“bilinen”** ücret ve kazançlara göre **“işlemiş dönem”** zararlarının hesaplanması gerekmektedir. Bu uygulama, Yargıtay kararlarında sıkça yinelenildiği gibi, “gerçek belli ise varsayımlara dayanılmaz” ilkesinin bir gereğidir.

b) Aynı ilke, dul eşin yeniden evlenme şansı oranı belirlenirken de dikkate alınmaktadır. Destekten yoksun kalan dul eş, olay tarihinden epeyce bir zaman geçtikten sonra ve hesap raporunun düzenlendiği yıla kadar evlenmemişse, yeniden evlenme şansı olay tarihindeki yaşına göre değil, rapor (hüküm) tarihindeki yaşına göre belirlenmektedir.

c) Tazminat hesaplarında çalışma yaşı (işgörebilirlik çağı) için genellikle (60) yaş sınırı konulmakla birlikte, kişi eğer ilerlemiş yaşına karşın **çalışmasını sürdürmekte ise**, burada da “gerçek belli iken varsayımlara dayanılmaz” ilkesi söz konusu olmakta, destek eğer yaşasaydı yaptığı işe ve genel yaşam deneyimlerine göre daha kaç yaşına kadar çalışabileceği belirlenip “aktif dönem” zararı buna göre hesaplanmaktadır.

Aynı biçimde ileri yaşta çalışmasını sürdürmekte iken, haksız eylem ve olay sonucu sakat kalan kişinin, eğer sakat kalmazaydı **daha kaç yıl çalışabileceğinin** belirlenmesi ve buna göre “aktif dönem” zarar hesabının yapılması gerekmektedir.

### 3- Tazminat, yaşam sürelerinin sonuna kadar hesaplanmalıdır.

Tazminat hesapları, **“aktif dönem”** ve **“pasif dönem”** diye iki bölüme ayrılmakta ve aktif dönem zararı, iş ve mesleğinden elde ettiği veya elde etmesi olası kazançlara göre; yaşlılık ve emeklilik sürelerine ilişkin **“pasif dönem”** zararı ise, yasal asgari ücretler üzerinden hesaplanmaktadır. Yargıtay’ın iş kazalarını inceleyen Özel Dairesi çok eski yıllarda işçinin yaşlılık aylığına hak kazanacak olması nedeniyle pasif dönem

zararı hesaplanmayacağı yönünde kararlar vermekte iken, bu kararlarını değiştirmiş; “işçi, yaşlılık aylığını elde etmek için sakatlığı oranında daha fazla güç (çaba) harcayacağından **“pasif dönem”** zararı da hesaplanmalıdır” denilmeye başlanmıştır.<sup>14</sup>

Zaten Yargıtay’ın insan zararlarını inceleyen öteki daireleri de öteden beri “kişi yaşlılık ve emeklilik döneminde günlük yaşamını sürdürürken sakatlığı oranında zorluk çekeceğinden **pasif dönem zararı** da hesaplanmalıdır” biçiminde kararlar vermekte olduğuna göre, pasif dönem zarar hesapları kesinlikle yapılmalıdır.<sup>15</sup>

#### 4- Desteğin de (olası) yaşam süresinin sonuna kadar yakınlarına destek olacağı kabul olunarak **“aktif dönem”** ve **“pasif dönem”** zararları hesaplanmalıdır.

Yargıtay’ın artık süreklilik kazanmış kararlarına göre, emeklilik dönemini sürdüren kişiler, yaşlılık günlerinde birbirlerine “yardım ve hizmet” ederek destek olurlar. Bu nedenle “pasif dönem” zararları asgari ücretler üzerinden hesaplanmalıdır.

#### 5- Gerçekleşmiş zarar kavramı

Tazminat hesabı olay ve zarar tarihinden çok sonra yapıldığı için, olay tarihi ile rapor tarihi arasındaki süreye **“gerçekleşmiş zarar”** denilmekte ve bu süreye ilişkin tazminat tutarı iskontoya tabi tutulmamakta; “vadesi geldiği halde ödenmemiş bir alacağın iskontoya tabi tutulması, iskonto kavramı ile bağdaşmaz” denilmektedir.

#### 6- Bilinen (işlemiş) dönem kazançları

Olay tarihi ile (hüküm tarihine en yakın) rapor tarihi arasında tazminat hesabına esas kazançlara “bilinen dönem kazançları” veya “işlemiş dönem kazançları” denilmekte; bu dönem kazançlarının olabildiğince **“gerçek kazançlar”** olmasına özen gösterilmekte, bu dönemde varsayımlara yer verilmemektedir. Bu konuda ilke kararlardan biri, tazminatın **“en son verilere”** en son kazanç unsurlarına hesaplanması olup, **“gerçek belli iken varsayımlara dayanılmaz”** denilmektedir.

<sup>14</sup> Karar örnekleri: Yargıtay 4.HD.28.12.1998,E.1998/7858-K.1998/10906 sayılı,14.02.2002, E.2001/10857-K.2002/1844 sayılı,30.06.2004,E. 2004/1812 - K.2004/853 sayılı, 11.HD.19.02.2001 E.2000/ 10331-K.2001/1305 sayılı, 21.HD.07.07.2004, E.2004/6281-K.2004/6772 sayılı, 09.02.2006, E. 2005/11283 - K. 2006/969 sayılı kararları.)

<sup>15</sup> Karar örnekleri: 21.HD.22.06.2004, 5352-6075 sayılı, 11.12.2006, E.2006/16464 -K.2006/15348 sayılı, 12.10.2004, 7811-8395 sayılı, 15.05.2008, E.2007/23396-K.2008/7923 sayılı, 09.02. 2006, E.2005/11283-K.2006/969 sayılı, 05.04.2007,E.2006/17139-K.2007/5679 sayılı, 03.05. 2007,E.2007/2485-K.2007/7459 sayılı, 23.06.2008,E.2008/3536-K.2008/9673 sayılı, 10.04.2008,E. 2007/20152 K.2008/5565 sayılı, HGK. 07.03.2007, E. 2007/21-112 - K. 2007/114 sayılı kararları.

### 7- Bilinmeyen (işleyecek) dönem kazançları

Bilinen dönem kazançları iskonto edilmeksizin hesaplandıktan sonra, her bir hak sahibinin bakiye (işleyecek dönem) zarar sürelerine göre, en son yıla ait kazanç unsuru birim alınarak, her yıl için eşit oranda %10 artırılmak ve %10 iskonto edilmek suretiyle işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar belirlenmektedir. Bu, gerçek bir yöntem değildir. Yukarda formüllere ilişkin bölümde belirttiğimiz gibi, 1993 yılından önceki uygulamaya dönülmeli ve geleceğin hesapları “sabit rant” formüllerine göre yapılmalıdır.

### 8- Peşin değer hesabı

Eğer, hesaplanan tazminat, alınması gerektiği yıldan çok önce alınacaksa, yıl sayısının karşılığı iskonto katsayısı uygulanarak tazminatın peşin değeri belirlenmektedir. Örneğin, pasif dönem zararları yıllar öncesinden alınmış sayıldığından, yıl katsayısı uygulanarak peşin değerleri hesaplanmaktadır

## VII- Hesaplamalarda İzlenecek Sıra

### 1- Destekten yoksun kalma tazminatında

Yukarda genel bölümlerdeki tazminat hesap unsurları da belirtilmek suretiyle, destekten yoksun kalma nedeniyle tazminat hesapları yapılırken rapor planı şöyle olmalıdır:

**Birinci bölüm:** Tazminat hesabına esas bilgiler:

- Olayın açıklanması ve nedensellik bağı
- Kusur ve sorumluluk
- Ölen desteğin yaşı, yaşam ve destek sağlama süresi, ne tür destek olacağı, işi, mesleği, kazancı
- Destekten yoksun kalanlar, desteğe yakınlık dereceleri, yaşları, yaşam ve destekten yoksunluk süreleri
- Destek payları
- Tazminatın “parasal” unsuru

**İkinci bölüm:** Tazminatın hesaplanması:

- Tazminat hesabına esas kazançların (parasal unsurların) belirlenmesi:
  - İşlemiş aktif dönem
  - İşleyecek aktif dönem
  - Pasif dönem

- dd) Tazminat hesabına esas kazançlar toplamı
- b) Tazminatın (brüt olarak) hesaplanması
- c) Tazminattan indirimler ve indirim nedenleri
- d) Kusura göre tazminat tutarları

**Açıklamalar:**

a) Olay açıklanırken, zararın doğuşu ile eylem arasındaki nedensellik bağı kısaca belirtilmelidir.

b) Kusur ve sorumluluk değerlendirmesi, bu konuda uzman bilirkişiler tarafından yapılacaktır. Davanın tarafları kusur raporlarına soyut itirazda bulunmamalı; haklı nedenler bulmalıdırlar.

c) Desteğin ve destekten yoksun kalanların yaşam süreleri, yargı'da PMF-1931 Fransız yaşam tablosuna bakılarak belirlenmektedir. Belli yaşa göre destek gören çocuklar yaşam sürelerinin tespitine gerek yoktur.

d) Destek ev kadını ise, ev hizmetleri yaşam boyu yapılacağından, "aktif dönem-pasif dönem" ayrımı yapılmamalıdır.

e) Destekten yoksun kalanların sayısına, yaşam sürelerine ve destekle olan bağlarına göre belirlenen "destek payları", başka bir deyişle destekten yoksun kalanlar arasındaki paylaşım oranları belirlenirken, paydalar eşitlenmeli, açıkta pay bırakılmamalıdır. Örneğin, iki çocuklu bir ailede gelirin paylaşımında ölen eşin payı (2), dul eşin payı (2), çocukların payı 1'er olmak üzere destek payları (6) payda üzerinden hesaplanmakta, çocuklardan biri belli yaşa gelip destekten çıkınca payda (5) olmakta, ikinci çocuk da destekten çıkınca eşlerin payları 1/2'şer (yarı yarıya) olmaktadır.

f) Dul eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde, yaşam tablosunda olduğu gibi, ülkemiz koşullarında araştırılıp düzenlenmiş bir tablo yoktur. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından kullanılan tablo, ülkemiz koşullarına uygun bir tablo sanılmakta ise de, İsviçre kaynaklı tablolardan yararlanılarak ortalama bir çizelge olarak düzenlenmiştir. TÜİK veya SGK'da bu tür çalışmalar yapılmadığı için zorunlu olarak, dul eşin yeniden evlenme şansını belirlemede, İsviçre Federal Sigortalar Bürosu tarafından düzenlenen Hans Moser ve Stauffer/Schaetzle evlenme olasılık tablolarından yararlanılmaktadır. Bu tablolar yalnızca kadınlar için düzenlenmiş olduğundan, DİE'nin (TÜİK'in) erkeklerin kadınlara oranla %77,13 daha fazla evlenme şansları bulunduğuna ilişkin 1997 yılında yaptırdığı araştırma sonuçlarından yararlanarak, bu oranı kadınlar için düzenlenen tablolara uygulayıp dul erkeğin yeniden evlenme şansını belirliyoruz.

g) Çocuk ölümlerinde, ana ve babaya tazminat hesaplanırken "yetiştirme ve eğitim giderleri" adı altında bir indirim yapılmakta ve bunun gerekçesi olarak ana ve

babanın çocuğun ölümüyle bu masraflardan kurtuldukları ileri sürülmekte ise de, bu uygulama toplumda yoğun tepkilere neden olduğu gibi, İLO'nun TÜİK ile işbirliği yaparak yurt çapında yaptıkları araştırma sonuçlarına göre 6-17 grubu çocukların büyük bir bölümünün çalışarak aile bütçesine katkı sağladıkları, çalışmayanların ise çok küçük yaşlardan başlayarak ev hizmetlerinde ailelerine yardımcı oldukları saptanmış olmasına göre, 6 yaşından sonraki çocukların ölümlerinde, ana babalarının destek tazminatı hesaplanırken yetiştirme giderleri adı altında bir indirim yapılması gerektiği hususunda ilgilileri sürekli uyarıyoruz. 6 yaş öncesi içinse, madem ki, çocuğun ölümüyle anne babanın onu yetiştirme giderlerinden tasarruf etmiş sayılacakları ileri sürülüyor, o halde bu maliyet hesabına çocuğun doğum masrafları ile öldüğü güne kadar boşa giden yetiştirme giderleri de katılmalı; böylece boşa giden masraflar ile tasarruf edilen giderler denkleştirilmelidir. Hukuk ve mantık bunu gerektirir, diyoruz.

h) İş kazalarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ölüm sigortası dalından bağladığı (dul ve yetim aylıkları gibi) gelirler, yeterli miktarda prim ödemiş olmanın karşılığı olduğu gibi, bu tür gelirlerde Kurum'un zarar sorumlularına rücu hakkı bulunmadığından, tazminattan indirilmez. (6098 sayılı TBK.m.55 ve yeni yasanın yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay BGK.06.03.1978 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.)

i) Gene iş kazalarında, kaza sigortasından bağlanan gelirlerin, sorumlu işveren ise rücu tabii ilk peşin değer kusura isabet eden tutarı, (5510/m.21/1) sorumlu üçüncü kişi ise ilk peşin değer kusura isabet eden tutarının yarısı (5510/m.21/4) tazminattan indirilir. Ancak sigorta şirketlerinin bu tür indirimleri ileri sürerek tazminat ödemeyi reddetmeleri yasal değildir. Çünkü 2918 sayılı KTK. özel bir kanundur ve tazminat ödenmesine ilişkin 98. ve 99.maddeler "özel hüküm" niteliğindedir. Bilindiği gibi, özel yasaların ve özel hükümlerin öncelikli olarak uygulanması gerekir.

## 2- Bedensel zararlarda

Yukarda genel bölümlerdeki tazminat hesap unsurları da belirtilmek suretiyle, beden gücü kayıpları nedeniyle tazminat hesapları yapılırken rapor planı şöyle olmalıdır:

**Birinci bölüm:** Tazminat hesabına esas bilgiler:

- a) Olayın açıklanması ve nedensellik bağı
- b) Kusur ve sorumluluk
- c) Beden gücü kayıp oranına ilişkin Sağlık Kurulu Raporu
- d) Beden gücü kaybına uğrayan davacının yaşı, yaşam süresi, aktif ve pasif dönem süreleri, işi, mesleği, kazancı



e) Tazminatın “parasal” unsuru

**İkinci bölüm:** Tazminatın hesaplanması:

a) Tazminat hesabına esas kazançların (parasal unsurların) belirlenmesi:

aa) İşlemiş aktif dönem

bb) İşleyecek aktif dönem

cc) Pasif dönem

dd) Tazminat hesabına esas kazançlar toplamı

b) Tazminatın (brüt olarak) hesaplanması

c) Tazminattan indirimler ve indirim nedenleri

d) Kusura göre tazminat tutarları

**Açıklamalar:**

a) Olay açıklanırken, zararın doğuşu ile eylem arasındaki nedensellik bağı kısaca belirtilmelidir.

b) Kusur ve sorumluluk değerlendirmesi, bu konuda uzman bilirkişiler tarafından yapılacaktır. Davanın tarafları kusur raporlarına soyut itirazda bulunmamalı; haklı nedenler bulmalıdırlar.

c) Beden gücü kayıp oranı, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü (SSİT) hükümlerine veya 11 Ekim 2008 gün 27021 sayılı RG’de yayınlanan Çalışma ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Yönetmeliği’ne göre belirlenmelidir. İşlevi farklı olan Özürlülük Ölçütü Yönetmeliği bu konuda geçerli sayılmamalıdır.

d) Beden gücü kaybına uğrayan kişinin bir işi ve kazancı yoksa, yaşlı bir kimse veya çocuk ise, kendi ev hizmetlerinin yapan bir ev kadını ise, “aktif dönem-pasif dönem” ayrımı yapılmadan tüm yaşam süresi üzerinden tazminat hesaplanmalıdır.

e) Geçici işgöremezlikte, tedavi ve iyileşme süresine göre değerlendirme yapıldığı için, yaş ve kalan yaşam süresi söz konusu değildir. Ancak özellikle yaşlı kişilerle çocukların iyileşme sürecinde başkalarının bakımına ihtiyacı varsa, bu ayrı bir değerlendirme konusudur

f) Ölümelerde olduğu gibi, bedensel zararlarda da, Sosyal Güvenlik Kurumu maluliyet dalından aylık bağlamışsa, bu yeterli miktarda prim ödemiş olmanın karşılığı olduğu ve Kurum’un rücu hakkı bulunmadığı için bu tür gelirler tazminattan indirilmeyecektir. Eğer “kaza sigortası” dalından gelir bağlamışsa, bunun (rücua tabi) ilk peşin değerinin kusura isabet eden tutarı işverenin ödeyeceği tazminattan, ilk peşin değerinin kusura isabet eden tutarının yarısı üçüncü kişinin ödeyeceği tazminattan indirilecektir.

## VIII- Sorunlar ve Çözüm Önerileri

### 1- Sorunlar

İnsan zararlarının tazminata dönüştürülmesinde çözüm bekleyen sorunların başlıcaları:

a) Kurumlar, yüksek mahkemelerin kararları ve özel daireler arasında uygulama birliği bulunmayıp, uyum sağlanması gerekmektedir.

b) Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat hakları konusunda hukuksal değerlendirmeler, eskimiş ve donmuş kalıplar halinde olup, bunlar gözden geçirilmekte, doğrulukları veya yanlışlıkları tartışılmamakta; değişen toplum yapılarına ve yaşam koşullarına uygun yeni görüşler üretilmemekte; yeni kural ve kuramlar oluşturulmamakta; yargıya yol gösterici, yönlendirici çalışmalar yapılmamaktadır.

c) İnsana verilen zararlar trafik veya iş kazalarıyla sınırlı değildir. Ölümlere ve beden gücü kayıplarına yol açan olaylar çok ve çeşitlidir. Ancak ne var ki, tazminat davaları, sigorta şirketlerinin ve sosyal güvenlik kurumunun baskısı altındadır. Bu iki kurumun dayatmaları ve yönlendirmeleri yüzünden yanlış ve haksız sonuçlarla karşılaşmaktadır.

d) Ülkemizin toplum yapısı üzerine araştırmalar yapılmamaktadır. Türkiye İstatistik Kurumu, 1926 yılındaki kuruluşundan bu yana geçen seksen yılda ülkemiz koşullarına uygun yaşam tabloları oluşturamamış; Sosyal Güvenlik Kurumları ile Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği de bu konuda hiç bir çaba göstermemiş; hep yabancı kaynaklı tablolarla yetinilmiş; her biri farklı formüller uygulamışlardır.

e) Haksız eylem zamanaşımının kısıltığı yıllar boyunca haksızlıkların, hak kayıplarının en büyük kaynağı, nedeni olmuştur. Bu konudaki ilgisizlik, duyarsızlık kaygı vericidir. Başka ülkelerde olduğu gibi, yaşama hakkına ve beden bütünlüğüne verilen zararlar için daha uzun zamanaşımı süreleri konulması düşünülmemiştir.

f) Yargılama yasalarının son derece katı uygulanması, adeta hak arayanların önüne aşılabilir duvarlar örülmesi yüzünden pek çok kişi haksızlığa uğratılmıştır. Halen de 6100 sayılı HMK'nun 107.maddesindeki belirsiz alacak davasının benimsenmemiş olması ve geçmişin yasaklarında direnilmesi yüzünden haksız uygulamalar sürüp gitmektedir.

g) Hukuk eğitiminin yetersizliği ve genel kültür alt yapısından yoksunluk nedeniyle yargıçların ve avukatların büyük çoğunluğu bilgisizdir, yetersizdir; düşünme ve karar verme yetileri zayıftır. Son otuz yılda okuma ve öğrenme alışkanlıkları kalmamıştır. Bilginin ışığına koşmak yerine, inançların kuytu, karanlık, dar hücrelerinde kişiliklerini yitirenlerden ya da teknolojinin yarattığı aygıtların tutsağı haline gelmiş robotlardan hukuk ve adaletli çözümler beklenemez.

e) Artık öyle bir çağda yaşıyoruz ki, genel hukuk bilgisi yeterli olmamakta; hukukun çeşitli dallarında uzmanlaşmaya gereksinim bulunmaktadır. Sorumluluk Hukuku, neredeyse tüm hukuk dallarıyla, giderek tüm sosyal bilim konularıyla ilgili bir uzmanlık dalıdır. Ancak ne var ki gereken önem verilmemektedir.

## 2- Çözüm önerileri

a) **İnsan Zararları Mahkemeleri** kurulması yönündeki girişim ve yasa tasarısı desteklenmelidir.

b) Ancak mahkemeler kurulmadan bunun alt yapıları oluşturulmalıdır. İnsan zararları mahkemesi kurulması olumlu bir girişim olmakla birlikte, bunun alt yapısı hazırlanmalı; gerek yargıçların ve gerekse bu tür davalarda rapor düzenleyecek bilir-kişilerin bir eğitim sürecinden geçirilip uzmanlaşmaları sağlanmalı; bunun için bir **İnsan Zararları Araştırma ve Eğitim Merkezi** kurulmalıdır.

c) Bilim çevrelerinin yoğun biçimde konuya eğilmeleri, ilgilenmeleri, destek vermeleri sağlanmalıdır. Sorumluluk Hukuku, bütün anabilim dallarıyla ilgili olduğu, giderek toplum bilimlerin çeşitli dallarından yararlanması gerektiği için, hukuk fakültelerinde ayrı bir anabilim dalı olarak örgütlenmesi düşünülmelidir. Ayrıca enstitü kurulması da çözüm olabilir.

d) Ülkemizin toplum yapısına uygun tablolar hazırlanmalı; bunlar sürekli güncellenmelidir. Bugün E-Devlet olanakları, toplum yapımızı incelemede, insan zararları için gerekli tabloları hazırlamada en elverişli ortamdır. Bugüne kadar hiç bir girişimde bulunulmamış olması ülkemizin bir ayıbıdır. TÜİK'in aile yapısı türünden hazırladığı bir takım tablolar hiç bir işe yaramamakta, ihtiyaçları karşılamaktan uzak bulunmaktadır. Tek yararlı çalışma, İLO ile TÜİK işbirliğinde 2006 yılı çocuk işgücü araştırması olmuştur. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun siparişi üzerine yapılan TRH-2010 tablosunun ülkemiz gerçeğini yansıtmadığını ve inandırıcı olmadığını yukarıda ilgili bölümlerde anlattık.

e) Yasalarımızı Avrupa ülkelerinden aldığımıza göre, başta Almanya ve Fransa olmak üzere çeşitli ülkelerde insan zararlarının nasıl değerlendirildiği kapsamlı ve ayrıntılı bir biçimde incelenmeli; bize en uygun olan üzerinde karar kılınıp , tüm kurumlarca ayın yöntemler ve formüller uygulanmalıdır.

f) Zamanaşımı hükümleri yeniden düzenlenmeli; sorumluluğun türü ne olursa olsun **tüm insan zararları için** (adli, idari ve askeri yargı ayrımı yapılmaksızın) **tek bir zamanaşımı süresi** belirlenmelidir. Bizim önerimiz, 6098 sayılı TBK'nun 72.maddesinin aşağıdaki biçimde değiştirilmesidir:

(1) *Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak beş yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. İnsan zararlarında bu süreler (10) ve (30) yıldır.*

(2) *Tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*

(3) *Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.*

g) Sosyal Güvenlik Kurumu ayak bağı olmaktan çıkarılmalı; her olayda SGK'dan gelir bağlanıp bağlanmadığının araştırılmasının önü alınmalı; hangi olaylarda SGK. gelirlerinin söz konusu olacağı, hangi gelirlerin rücu tabi olduğu ve tazminattan indirimi gerektireceği konularına, herkesin anlayabileceği biçimde açıklık getirilmeli; SGK. iş kazası sigorta dalından gelir bağlayacaksa, bunu yıllarca geciktirmeyip, bu yükümlülüğünü derhal yerine getirmeli; davaların sürüncemede kalmasına ve duraksamalara neden olmamalıdır.

h) Sigorta şirketlerinin sorumlulukları ağırlaştırılmalı ve ödemede direnimlerine karşı ağır yaptırımlar uygulanmalıdır. Zorunlu sigortalarda, artık, manevi tazminat bölümleri de yer almalı; ferdi kaza (can) sigortaları özendirilmelidir. Koltuk (can) sigortasının kent içi ve yakın mesafelere uygulanmasının sürekli erteletilmesinden vazgeçilmeli ve özellikle okul servis araçları için zorunlu hale getirilmelidir.

i) Maluliyet tespitiyle ilgili biri tüzük üçü yönetmelik dört ayrı düzenleme teke indirilerek en son tıbbi gelişmelere ve yeni meslek gruplarına göre güncellenmelidir.

k) TÜİK tarafından ülkemiz şartlarına uygun yaşam, aktivite, ekonomik göstergeler, evlenme şans tabloları ile çeşitli meslek gruplarının yıllara göre (kamuda ve serbest piyasada) kazanç düzeyleri ile ilgili tablolar hazırlanıp sürekli güncellenmelidir.

l) Yargıtay'da ve Adalet Bakanlığı'nda "E-Bilgi Merkezi" kurulmalıdır.

m) Tazminat hesaplarını, bu konuda uzmanlık belgesi olan bilirkişiler yapmalı; insan zararlarının tazminata dönüştürülmesinde formüller önemli olmayıp aslanan "hukuksal nitelemeler" ve hesap raporlarının "hukuksal gerekçeleri" olduğundan, bilirkişilerin "uzman hukukçu" olmaları şartı getirilmelidir.

# GENİŞ KAPSAMLI TEMİNAT AMACI AÇIKLAMALARININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

(Validity of The Broad Assurance Explanations)

Doç. Dr. Bilgehan ÇETİNER\*

## ÖZET

Teminat işlemlerinde, teminat sağlanan alacak ile teminat arasındaki bağlantının kurulması amacıyla hizmet eden teminat amacı açıklamaları çok geniş kapsamda ifade edilebilmektedir. Bundan amaç alacaklının mümkün olduğunca çok sayıda alacağı için teminatın güvence sağlamaya devam etmesine imkan sağlamaktır. Kural olarak bu tür açıklamalar geçerli kabul edilmekle birlikte alacaklının beklentileri doğrultusunda her türlü doğmuş ve doğacak alacağa güvence sağlama-sına hukuken her durumda imkan bulunmamaktadır. İşte makalemiz de geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarının hangi içerik ve kapsamda geçerli ola-caklarına ilişkin konuda özellikle uygulamacılara ışık tutmayı amaçlamaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Teminat, teminat işlemleri, teminat amacı açıklaması, kredi teminatı, ticari ilişki.

## *Abstract*

The assurance explanations under assurance transactions have a broad role in order to establish a relation between the debts which provide assurance and assurance. The purpose is maintaining to provide assurance for the creditors debts as far as possible. Such explanations is accepted as a general rule; however, providing assurance to mature and immature credits in accordance with the creditor's expectations is not applicable in all legal situations. Therefore, the goal of our article is bringing light on particularly pragmatists in which context and extent of assurance explanations is valid.

**Keywords:** Assurance, assurance transaction, assurance explanations, credit assurance, trade relation.

## A. Sorunun Genel Olarak Sunumu

Bankacılık uygulamasında, gerek kredi sözleşmeleri içerisinde yer alan teminat

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

hükümlerinde, gerekse kefalet, rehin, alıkoyma, hapis vb. teminatlara ilişkin sözleşmelerde, hemen her zaman şu türden ifadelerle bir teminat amacı açıklamasına yer verildiği görülmektedir: “*Banka lehine verilen teminat, bankanın doğmuş ve doğacak bütün alacaklarına güvence sağlayacaktır*”. Bankaların teminat yoluyla alacaklarına mümkün olduğunca geniş bir koruma sağlamak amacıyla, genel işlem koşulları içerisinde düzenledikleri bu türden teminat amacı açıklamalarının, sözleşmenin üzerinde taraf iradelerinin uyuşması gereken asli edim unsurları bakımından *belirlilik ilkesi* (TBK m. 1), *kişilik hakkının korunması* (MK m. 23, TBK m. 27) ve *genel işlem koşullarının denetimi* (TBK m. 21-25) kapsamında geçerliliklerinin değerlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda açıklamalarımıza geçmeden önce konumuz bakımından öne çıkan *teminat amacı açıklaması, alacağın belirliliği ilkesi* ile *ticari ilişki* kavramlarına ilişkin ön bilgi vermekte fayda görüyoruz.

## B. Teminat Amacı Açıklaması

Teminatın temel işlevi, bir alacağa teminat sağlamaktır. Bu bağlamda hangi alacağın (veya alacakların) teminat altına alındığı, teminat sözleşmesinin asli unsurlarından birisi olan *teminat amacına* (“*Sicherungszweck*”) göre belirlenecektir. Teminat amacı, hem teminat altına alınan alacağı belirlememizde, hem de bunun kapsamını sınırlamamızda en önemli ölçüttür. Temel borç ilişkisinden yalnızca *doğmuş mevcut* alacakların mı yoksa gelecek de doğacak *müstakbel alacakların*<sup>1</sup> da mı teminatın kapsamına gireceği; yine açıklamada belirtilen alacağın toplam tutar mı olduğu yoksa faizlerin, masrafların, sözleşme cezalarının vb. unsurların da ayrıca teminat kapsamında mı değerlendirileceği; teminat sağlanan temel borç ilişkisinden doğan yalnızca asli edim borçlarının mı yoksa borcun ihlali halinde istenebilecek tazminatın ve/veya sebepsiz zenginleşmeye yahut sözleşmeye dayanan iade taleplerinin de teminat aracı ile teminat altına alınıp alınmadığının belirlenmesinde *teminat amacı açıklaması* kilit rol oynayacaktır.

Teminat amacı açıklaması, müstakil tek bir alacağın (fer’ileriyle birlikte) teminat alınmasına yönelik olabileceği gibi, özellikle bankacılık uygulamasında yaygın olduğu üzere “*doğmuş ve doğacak bütün alacakları kapsayacak*” şekilde bir içeriği de sahip olabilmektedir. Teminat verilirken, mevcut olan alacaklar kadar, müstakbel alacakların da teminat amacının kapsamına alınmasına kural olarak herhangi bir hukuki

<sup>1</sup> Müstakbel alacak kavramı, yalnızca vadeye yahut geciktirici koşula bağlanmış alacakları (dar anlamda müstakbel alacakları) değil, belirli bir hukuki ilişkiden ileride doğacak alacakları yahut hangi hukuki ilişkiden doğacağı dahi belli olmayan alacakları da kapsayan bir kavramdır. Örneğin bir kira sözleşmesi çerçevesinde hukuki ilişkiye giren taraflardan, kiralayan için şu müstakbel alacaklar gündeme gelebilecektir: Doğacak kira bedeli alacakları (vadeye bağlanmış alacaklar), kira konusunun iadesine ilişkin alacak, kiracının kiralayanın şahsına yahut malvarlığına verdiği zarardan doğan alacak (haksız fiil alacağı), kiralayanın malvarlığından geçerli hukuki sebebe dayanmayan kazanımlar nedeniyle doğacak alacaklar (sebepsiz zenginleşme alacakları).

engel bulunmamaktadır. Nitekim, kanuni teminatların tipik örneklerinden ipoteğe ilişkin MK m. 881/f. 1'de “*henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olması bulunan herhangi bir alacak ipotekle güvence altına alınabileceği*” belirtilmektedir. Keza, kefaletle ilişkin TBK m. 582/f. 1 hükmünde gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de kefalet sözleşmesi kurulabileceği düzenlenmektedir. O halde, teminat sözleşmesinde yer alan teminat amacı açıklaması mevcut olacaklar kadar henüz doğmamış alacaklara da güvence sağlamaya yönelik olabilir. Önemli olan, teminat amacının hangi alacak yahut alacakların teminat altına alındığını yeterli açıklıkta ortaya koymasıdır. Buna doktrinde “*teminat altına alınan alacağın belirliliği ilkesi*” veya kısaca “*alacağın belirliliği ilkesi*” denmektedir.<sup>2</sup>

### C. Alacağın Belirliliği İlkesi

Alacağın belirliliği ilkesi, teminatın ilişkin olduğu alacağın *belirli* yahut *belirle-  
nebilir* olmasını gerektirir<sup>3</sup>. Alacak, teminat amacıyla somut olarak belirlenmemiş ve nasıl belirleneceği de açıkça kararlaştırılmamış olsa da, sözleşmenin somut olayın hal ve şartları da dikkate alınarak yorumuyla da belirlenebilir (TBK m. 19/f. 1). Özellikle bir kredi sözleşmesi ekinde yahut bu sözleşmenin akdine zaman açısından denk düşen teminat işlemlerinin, kredi borcunu teminat altına alma amacıyla yapıldığı sonucuna varılabilir.

Teminat amacı açıklaması ile teminatın belirli bir alacak ile ilişkilendirilmesi, teminat işlemlerinin<sup>4</sup> *asli unsurudur*. Dolayısıyla teminat sağlanmak istenen alacağın belirliliği, her şeyden önce TBK m. 1 ve 2 hükümleri çerçevesinde teminat işleminin kuruluşuna ilişkin bir sorundur. Bu hükümler çerçevesinde tarafların irade açıkla-

<sup>2</sup> **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB N. 379, 460; karşı. ayrıca BGE 106 II 263.

<sup>3</sup> **ZürcherK-Oftinger/Bär**, Art. 884 ZGB N. 117 vd., 138; **Schmid/Hürliemann-Kaup** N. 1914; **BaslerK-Bauer**, Art. 884 ZGB N. 48 vd.; **Canaris**, Bankvertragsrecht 3. A. 1981 N. 2670 vd. BGE 128 III 437 vd., 120 II 37, 51 II 28..

<sup>4</sup> Teminat alacaklısına teminat sağlanması bağlamında karşımıza iki tür hukuki işlem çıkmaktadır: *Teminat sözleşmesi* ve *teminat sağlama işlemi*. Bir alacağa teminat sağlanmasında borçlandırıcı işlem aşamasını oluşturan teminat sözleşmesi ile tasarruf işlemi niteliğindeki teminat sağlama işlemlerinin her ikisini birden ifade etmek üzere metnimizde *teminat işlemleri* ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin bir taşınmaz üzerinde ipotek teminatı sağlanırken, teminat sözleşmesi olarak ipotek sözleşmesi (veya daha genel ifadeyle taşınmaz rehini sözleşmesi) akdedilirken, alacaklıya ipotek teminatını kazandıran işlem tapuda adına yapılacak ipotek hakkının tescili işlemidir. Bununla birlikte bir alacak hakkının teminat amaçlı inanca temlikinde, tasarruf işlemi niteliğindeki temlik sözleşmesi çoğu zaman hukuki sebebinin teşkil eden inanca anlaşmasını da bünyesinde barındırır. Ancak bu, her iki işlemin hukuk aleminde ayrı ayrı varlığa sahip oldukları gerçeğini değiştirmez. Konumuz açısından belirtelim ki, teminat sağlanan alacağın belirliliği ilkesi yalnızca teminat sözleşmesi bakımından değil, teminat sağlama işlemi bakımından da tarafların üzerinde anlaşmış olmaları gereken asli unsurdur. Bununla birlikte uygulamada geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarının aynı teminatlarda (ipotek, taşınır rehni) teminat sözleşmelerinde, kişisel teminatlar ile alacak teminatlarında ise teminat sağlama işlemi (kefalet sözleşmesi, inanca temlik anlaşması, garanti sözleşmesi) içerisinde yer aldıkları görülmektedir.

malarının değerlendirilmesi neticesinde teminat amacı konusunda taraf iradelerinin belirli yahut belirlenebilir bir alacak üzerinde uyuşmadığı sonucuna varılması halinde işlemin hiç kurulmadığı yahut taraf irade açıklamalarında öngörülenden çok daha dar kapsamlı kurulduğu sonucuna varılabilecektir. Bu noktada belirtelim ki, sağlanmak istenen teminatın fer'i mi yoksa bağımsız bir teminat mı olduğunun hiçbir önemi yoktur. Bir ipoteğin kurulmasında olduğu kadar, bir garanti sözleşmesi ile sağlanan teminatta da, teminatın hangi alacak için verildiği belirsiz ise, her iki işlem de asli unsur bulunmadığından alacaklıya hiçbir teminat sağlamayacaktır. Bilhassa bağımsız teminatlar açısından teminat amacı açıklamasının ("*Sicherungszweckerklärung*" = "*Zweckerklärung*") önemi bu noktada ortaya çıkmaktadır: Teminat amacı açıklamasıyla sadece hangi alacak için teminat sağlandığı belirlenmiş olmamakta, aynı zamanda teminat sağlama işlemi ile temel borç ilişkisi veya bir başka ifadeyle teminat ile alacak arasındaki bağlantı da bu açıklama ile kurulmaktadır. Oysa fer'i teminatlarda alacak belirli olduktan sonra teminat ile alacak arasındaki bağlantı *kanun* yoluyla kurulmaktadır. Her iki durumda da bağlantı kurulacak belirli yahut belirlenebilir bir alacağın bulunmaması, teminat işlemlerinin yokluğu sonucunu doğuracaktır.

Alacağın *belirlenebilirliği* ile kastedilen, teminatın kuruluşunda somut olarak belirlenmemiş olsa da hangi alacağa teminat sağlandığının, sonraki bir zamanda ya objektif kriterlere göre ("*objektif belirlenebilirlik*") yahut da teminat veren yahut alan yahut bir üçüncü kişinin kararına göre ("*sübjektif belirlenebilirlik*") belirlenebilecek olmasıdır<sup>5</sup>. Teminat altına alınan alacakların genel ve kapsamlı bir ifadeyle belirtildiği durumlarda bunların çerçevesine ilişkin ortaya çıkabilecek ihtilaflarda, teminatın ihtilaf konusu alacağa teminat sağlayıp sağlamadığı, teminat amacı açıklamasının *güven ilkesine göre* yapılacak yorumuyla belirlenecektir<sup>6</sup>. Bir başka deyişle, teminat amacı anlaşmasına yönelik irade açıklamaları yorumlanırken ne tarafların iç iradeleri ne de açıklamanın lafzı esas alınacaktır; bunlara, dürüst ve makul bir muhatabın somut olayın özellikleri de dikkate alarak açıklamaya vermesi gereken anlam esas alınarak, hangi alacakların teminat kapsama alınmış olduğu belirlenecektir<sup>7</sup>. Bu bağlamda örneğin, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi hesabına kefalette, ileride bu hesap dahilinde çekilecek kredilerden doğacak yeni alacaklardan da sorumlu olunacağı, hesabın niteliği dikkate alındığında bilinmesi gerektiği halde; aynı durumda -cari hesaba da dahil edilmiş olsa- bankanın, örneğin kredi alanın haksız fiilinden ötürü doğacak alacağının, teminat açıklamasının kapsamına girmeyeceği sonucuna da yine güven esasına göre yapılacak bir yorumla ulaşılabilecektir.

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB N. 383 vd.; **BernerK-Kramer**, Allgemeine Einleitung N. 75; **Gauch/Schluop/Schmid**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, N.345.

<sup>6</sup> **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB N. 460.

<sup>7</sup> Genel anlamda güven ilkesine göre sözleşme hükümlerinin yorum yoluyla içeriklerinin belirlenmesine ilişkin açıklamalar için bkz. **BaslerK-Bucher**, Art. 1 OR, N. 5 vd..



#### D. Ticari İlişki Kavramı

Teminat sözleşmesinde mevcut geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarının geçerliliğine ilişkin açıklamalarımızda sıklıkla “*ticari ilişki*” (“*geschäftlicher Verkehr*”) kavramını kullanacağız. Ticari ilişki, her ne kadar kanun (örneğin MK m. 950/f. 3) ve yargı içtihatlarında sıkça kullanılan bir tabir olsa da, tanımına söz konusu metinlerde rastlamamaktayız. Doktrinde ise, “*aralarında sürekli ticari işlemler yapan yahut en azından bu türden çok sayıda işlem yapmayı amaçlayan taraflar arasındaki ilişki*” olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>. O halde, bu tanımdan yola çıkarak ticari ilişkinin iki temel unsuru bulunduğunu söyleyebiliriz: *Ticari işlem* ve *Süreklilik*. Ticari işlem, TTK m. 3’e göre ticari iş kavramının kapsamına giren *işlemleri* ifade etmektedir. Yine ticari iş, TTK m. 19’da yer alan karineden hareketle kural olarak tacirin işletmesiyle ilgili yaptığı iş olarak kabul edildiğine göre, ticari işlem de buna uygun olarak kısaca tacirin, işletmesiyle ilgili yaptığı hukuki işlem olarak tanımlanabilir. Bu durumda ticari ilişki ise, taraflarından en az birinin tacir olduğu kişiler arasında yapılan ticari işlemlerle oluşan, belirli bir süreden beri devam edegelen ve belirli/belirsiz bir süre daha devam etmesi öngörülen hukuki ilişki olarak tanımlanabilir. Bu ilişki kapsamında yapılan hukuki işlemlerin, hep aynı türden olması zorunda değildir. Örneğin, banka ile müşteri arasındaki ticari ilişki çoğu zaman bir bireysel veya ticari bankacılık hizmetleri sözleşmesi akdiyle açılan hesap (çoğu zaman cari hesap) ile ortaya çıkar<sup>9</sup>. Bu ilişki dahilinde banka ile müşteri arasında ayrıca tüketici kredisi sözleşmesi, kredi kartı sözleşmesi, ticari kredi sözleşmesi, havale sözleşmesi, akreditif sözleşmesi, çek defteri verilmesine ilişkin sözleşme vb. çok sayıda ve türde sözleşme akdedilebilir. Bütün bu sözleşmelerle kurulan *hukuki ilişkiler*, taraflar arasındaki ticari ilişkiye dahil olacaktır. Doktrinde, banka ile müşterisi arasındaki ticari ilişkinin, bu ilişkiye dahil münferit sözleşmelerden bağımsız bir hukuki ilişki olduğu konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte, bu ilişkinin bizzat kendisinden taraflar için ayrıca yükümlülükler (örneğin, sadakat yükümlülüğü, bankanın münferit sözleşmeler yapma yükümlülüğü) doğup doğmayacağı ise tartışmalıdır. Konumuz bu olmadığından tartışmanın detayına girmeyip yalnızca ilgili kaynaklara atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>10</sup>.

Teminat sözleşmeleri de uygulamada çoğunlukla taraflarından birini bir tacirin, örneğin bir bankanın, bir müteahhidin, bir finansal kiralama yahut faktöring şirketinin, bir mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış yapan işletme sahibinin, bayii, işyerini işletmek üzere kiralayan/kiraya verenin vs. oluşturduğu sözleşmeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine bu durumda akdedilen teminat sözleşmesi, aralarında ticari ilişki bulunan kişiler arasındaki hukuki ilişki(ler)den doğmuş veya doğacak *belirli* bir alacağı/yahut alacakları teminat altına almayı amaçlayabileceği gibi uygu-

<sup>8</sup> Bkz. ve karşı. **Zobl**, Morphologie, s. 506 vd.; **Betschart**, N. 233.

<sup>9</sup> Karşı. **Zobl**, Morphologie, s. 507.

<sup>10</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Zobl**, Morphologie; **Schmid**, Geschäftsbeziehung.

lamada daha yaygın olduğu şekliyle, bazen ticari ilişkiyle bağlantı kurularak bazen de bu bağlantı dahi kurulmaksızın, ilişkinin tarafları arasında herhangi bir hukuki sebepten doğmuş/doğacak her türlü alacağı konu edinen bir teminat amacı açıklaması da içerebilmektedir. İşte, bundan sonraki yapacağımız açıklamalarda özellikle bu son durumda ortaya çıkan geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarının, teminat sözleşmesinin kuruluşu bakımından alacağın belirliliği ilkesine uygun olup olmadıklarını, teminat verenin ekonomik faaliyet özgürlüğü kapsamında kişilik hakkını ihlal edip etmediklerini ve genel işlem koşullarının denetimine ilişkin TBK m. 21-25 ve TKHK m. 5 hükümleri kapsamında geçerliliklerini ayrıntılı olarak ele alacağız. Yine bu noktada belirtelim ki, teminat verenin daha fazla korunma ihtiyacı içinde olduğu, bizzat kanunda düzenlenen örneklerinden de anlaşılan *üçüncü kişi teminatları* ile *asıl borçlu tarafından sağlanan teminatlar* arasında bir ayırım yapılarak konuya yaklaşmak gerekecektir.

## E. Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerlilik Esasları

### I. Üçüncü Kişi Teminatları Bakımından

#### 1. Asıl Borçlunun Doğmuş Bütün Alacaklarından Sorumluluk

Üçüncü kişi teminatlarından en yaygın uygulama alanı olan kefalette, kefilin sorumluluğuna ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu şu temel düzenlemeyi içermektedir:

Madde 589/f. 3: “*Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, asıl borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.*”

Bu hükme göre, kefalet sözleşmesinden önce *doğmuş alacaklara* (o halde aynı anda doğanlar bu kapsama girmeyecektir) kefalet, ancak bunun sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması halinde mümkündür<sup>11</sup>. Bu kapsamda doğmuş alacakları ikili bir ayırıma tabi tutmakta fayda vardır: Teminatın verilmesine sebep olan belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş alacaklar; asıl borçlu ile alacaklı arasındaki ticari ilişki dahilindeki yahut bunun dışındaki başka bir hukuki ilişkiden doğmuş alacaklar. Bunlardan ilkinin *dar anlamda doğmuş alacaklar*, her ikisinin birden oluşturduğu alacak grubunu ise *geniş anlamda doğmuş alacaklar* olarak adlandırabiliriz. Kefilin, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış ise, “dar anlamda doğmuş alacaklardan” sorumlu olacağında şüphe yoktur, zira bu tür alacakların belirlenebilir oldukları açıktır<sup>12</sup>. Bu

<sup>11</sup> Buna karşın Art. 499/f. 3 OR (İsviçre Borçlar Kanunu) “*sözleşmeden veya halin icabından aksi anlaşılmadıkça*” kefilin yalnızca kefalet sözleşmesinden sonraki borçlardan sorumlu olduğunu düzenlemektedir. Buna göre sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa da, sözleşmeden dolayı olarak anlaşılması hatta bu dahi söz konusu olmaksızın durumun özelliklerinden, doğmuş alacaklara kefil bulunduğu sonucuna varılabiliyor olunması yeterlidir. TBK m. 589/f. 3 hükmü son iki halde kefilin doğmuş borçlardan sorumlu olmayacağını öngörmektedir.

<sup>12</sup> Karş. **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N. 385, 386. Nitekim bankacılık uygulama-

bağlamda örneğin kefil, açıkça kararlaştırılmışsa bankanın, asıl borçludan cari kredi ilişkisi dahilinde daha önce doğmuş alacaklarından sorumlu tutulabilir. Bunların kefalet sözleşmesinde teker teker sayılması zorunlu değildir; bunun olağan genel ifadesiyle de sözleşmede kararlaştırılmış olması yeterlidir (örneğin, “kredi ilişkisinden doğmuş alacaklar”).

Geniş anlamda doğmuş alacaklardan kefilin sorumluluğunu öngören bir teminat amacı açıklaması için ise aynı şeyi söyleyemeyiz. Kefilin bu durumda, asıl borç ilişkisinin tarafları arasındaki *ticari ilişkiye dahil de olsalar*, teminatın verilmesine sebep<sup>13</sup> olandan *başka bir hukuki ilişkiden* doğmuş alacaklardan sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Örneğin, banka ile borçlu arasındaki kredi ilişkisi vesilesiyle kefil olan kişinin sorumluluğu, taraflar arasındaki ticari ilişkiden doğmuş bütün alacakları kapsayan bir genel ifadeyle (örneğin, “*bankanın, bankacılık işlemleri nedeniyle doğmuş bütün alacakları için kefil oluyorum*”) bankanın asıl borçludan olan çek hesabı alacaklarını yahut kredi kartı kullanımından doğmuş alacaklarını da kapsamayacaktır.

Bu durumun nedenlerinden ilki, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki belirli bir hukuki ilişki sebebiyle kefalet teminatı verirken kefilin, teminat amacı açıklamasına *güven esasına* göre vereceği anlam, teminatın yalnızca bu ilişki kapsamında doğmuş olan alacakları kapsadığı olacaktır. Genel teminat amacı açıklamasının dar anlamdaki doğmuş alacaklar dışındaki kapsamı, kefil açısından ne objektif ne de subjektif

---

sında da kefalet hükümlerinde, kefilin, yalnızca *kredi sözleşmesinden doğmuş* alacaklardan sorumlu olduğu çoğu zaman açıkça belirtilmektedir. Bkz. örneğin Akbank Genel Kredi Sözleşmesi madde 3.5.2.1: “*Banka ile müteselsil kefiller; Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 582’nci maddesi gereği, müteselsil kefaletin Sözleşme sebebiyle doğmuş borçları kapsadığı gibi, ileride doğması muhtemel borçları da kapsayacağı hususlarında mutabık kalmışlardır.*” (<http://www.akbank.com/doc/GenelKrediSozlesmesi.pdf>); Akbank Tüketici Kredisi Sözleşmesi madde 9: “*İşbu sözleşmenin sonunda imzası bulunan Müşterek Asıl asıl borçlu ile Kefil/Kefiller, Kredili Müşterinin bu sözleşme ile borçlandığı/borçlanacağı bütün meblağları, BANKA’ya karşı MADDE 13’de yazılı kredi miktarına kadar Müşterek Asıl asıl borçlu, Kefil/Kefiller olarak üstlenirler*” ([http://www.akbank.com/doc/TuketiciKredisiSozlesmesi\\_TL.pdf](http://www.akbank.com/doc/TuketiciKredisiSozlesmesi_TL.pdf)); Vakıfbank Tüketici Kredisi Borçlanma ve Rehin Sözleşmesi madde 13: “*Bu sözleşmenin sonunda imzası bulunan Kefil/Kefiller; Müşterinin bu sözleşmeden ötürü borçlandığı ve borçlanacağı tutarı aşağıda imza bölümünde belirtilen miktara kadar kefil olarak tekeffül ettiklerini...gayrikabili rücu olarak kabul ve taahhüt ederler.*” ([http://www.vakifbank.com/documents/tuketici\\_kredisi\\_borclanma\\_ve\\_rehin\\_sozlesmesi.pdf](http://www.vakifbank.com/documents/tuketici_kredisi_borclanma_ve_rehin_sozlesmesi.pdf)); Finansbank Genel Kredi Sözleşmesi madde 32: “*Bu Sözleşme’nin altında isim, unvan ve adresleri yer alan ve borçtan sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olduğunu el yazısı ile yazarak imza vazetmiş, müşterek asıl asıl borçlu müteselsil kefiller, Müşteri’nin işbu Sözleşme ve bilcümle ekleri sebebiyle borçlandığı (kefalet dahil) veya borçlanacağı bütün paraları...Banka’ya ödemeyi müşterek asıl asıl borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla birbirlerinden bağımsız ve kişisel olarak üstlenmektedir.*” ([http://www.finansbank.com.tr/pdf/bankacilik/sozlesmeler/Genel\\_Kredi\\_Sozlesmesi.pdf](http://www.finansbank.com.tr/pdf/bankacilik/sozlesmeler/Genel_Kredi_Sozlesmesi.pdf));

<sup>13</sup> Burada ve metnin devamında “sebeup” kavramı teknik anlamda, yani “hukuki sebep” (causa) anlamında kullanılmamaktadır. Teminat sözleşmesinin teminat amacıyla bağlantısının kurulduğu ve bu sözleşmenin hukuken “saikini” oluşturan “temel borç ilişkisi” için kullanılan bir tabirdir.

anlamda belirlenebilir olmayıp, kefalet işlemine *yabancı ve alışılmadık* niteliktedir<sup>14</sup>. Hal böyle olunca, güven esasına göre yapılacak bir yorumla tarafların teminat sözleşmesinin teminat amacı hükmüne ilişkin irade beyanlarının *yalnızca teminat verilmesine sebep hukuki ilişkiden doğmuş alacaklar için* uyuşmakta olduğu (“*normatif uyuma*”)<sup>15</sup> sonucuna varılması kaçınılmaz olacaktır. Bu durumda teminat sözleşmesinin de yine yalnızca bu alacaklara teminat sağlayacak şekilde ve içerikte kurulmuş olduğu sonucuna varılacaktır (TBK m. 1, 2)<sup>16</sup>.

Aynı sonuca, söz konusu teminat amacı açıklamasının, TBK m. 20 (TKHK m. 5/f. 3) anlamında genel işlem koşulu niteliğine sahip olması halinde de ulaşılabilecektir<sup>17</sup>. Geniş kapsamlı bir teminat amacı açıklaması içeren genel teminat koşulu, teminatın verilmesine sebep hukuki ilişkiden doğan alacaklar dışında kalan içeriğiyle TBK m. 21/f. 2 anlamında bir *sürpriz koşul* niteliğinde olacaktır<sup>18</sup>. Zira belirli bir hukuki ilişki ile bağlantılı olarak kefil olunurken, -ayrıca açıkça bilgilendirilmedikçe- aynı zamanda alacaklının, asıl borçlu ile ticari ilişkileri kapsamında dahi olsa başka hukuki ilişkilerden doğan alacaklarına da kefil olunacağına ilişkin genel teminat koşulu, Kanunda belirtildiği şekilde, “işin özelliğine” yabancı, dolayısıyla alışılmadık, sürpriz bir koşuldur<sup>19</sup>. Ancak bu tür alacaklardan da kefilin sorumlu olduğu ayrıca ve açık bir biçimde sözleşmede belirtilmişse, teminat amacı açıklamasının kefil açısından “sürpriz koşul” olma özelliği bulunmaz. Bunun için, genel işlem koşullarının varlığına ilişkin TBK m. 21/f. 1 uyarınca yapılacak genel bilgilendirmenin ötesinde,

<sup>14</sup> Aynı yönde **Ulmer/Brandner/Hensen**, Teil 2 (9), N. 1, 2; Karş. ayrıca **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N. 431; **Bilow**, N. 916.

<sup>15</sup> Kavram ve açıklaması için bkz. Kocayufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, s. 171, 172.

<sup>16</sup> Dar anlamdaki doğmuş alacaklar dışındaki doğmuş alacaklar bakımından geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarının TBK m. 589/f. 3’de öngörülen *açıkça kararlaştırılmış olma* koşulunu da karşılamayacakları söylenebilecektir. Ancak her durumda söz konusu alacaklar üzerinde TBK m. 1 ve m. 2 anlamında bir uyuşmanın bulunmadığı kabul edileceğinden, bunlar sözleşmenin içeriğine dahil olmayacaklar ve ayrıca TBK m. 589/f. 3 bağlamında bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmayacaktır. Bununla birlikte, dar anlamda doğmuş alacaklar açısından geniş kapsamlı teminat açıklamaları belirlilik ilkesine uygun olsalar da TBK m. 589/f. 3 hükmü bu tür alacakların kefaletin kapsamına geçerli surette girebilmeleri için normatif bir uyuşmanın ötesinde açıkça kararlaştırılmış olma koşulunu aramakta olduğundan yeterli olmayacaklardır.

<sup>17</sup> Bizce, TBK m. 589/f. 3’deki “*açıkça kararlaştırılmamışsa*” ifadesi, doğmuş alacaklar için kefalet verilmesine yönelik açıklamanın, genel işlem koşulları içerisinde yapılmasına engel değildir. Hükmü, bu yöndeki sözleşme hükmünün mutlaka *müzakere edilmiş* olmasından çok, yoruma gerek duyulmaksızın, kefilin doğmuş alacaklardan sorumluluğunu sözleşmede açıkça belirtilmiş olması zorunluluğunu öngörmektedir.

<sup>18</sup> Karş. **Schimansky/Bunte/Lwowski**, § 90, N. 97; **Wolf/Lindacher/Pfeiffer**, 5. Teil (Sicherungsrechte), N. 176; BGH, 01.06.1994- XI ZR 133/93, BGHZ 126, 174; BGH 18.01.1996- IX ZR 69/95, BGHZ 132, 6.

<sup>19</sup> **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N. 431; BGE 119 II 446; **ZürcherK-Schönenberger/Jäggi**, Art. 1 OR N. 499; **Gauch/Schluemp/Schmid** N. 1141b; BGE 109 II 458; **Schimansky/Bunte/Lwowski**, § 90, N. 101.

kefilin *özel olarak* teminat amacı açıklamasını içeren koşulun varlığı hususunda bilgilendirilmiş olması gereklidir<sup>20</sup>. Bu özel bilgilendirme, ilgili teminat koşulunun diğer koşullardan baskı tekniğiyle daha belirgin (koyu ve daha büyük puntoda) yazılmaları suretiyle de gerçekleştirilebilir<sup>21</sup>. Ancak, geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarında her halükarda kefilin kişisel teminat vermesine sebep olan hukuki ilişki dışındaki alacaklar *belirlenebilir* olmadıkça kefalet sözleşmesinin kapsamına dahil olmayacaklardır. Bu ise, ancak diğer alacakların doğdukları hukuki ilişkilerin sözleşmede ayrıca münferit şekilde sayılmaları halinde mümkündür.

Hiç şüphe yoktur ki, kefalet bakımından yapılan bütün bu açıklamalar ve varılan sonuçlar, diğer üçüncü kişi teminatları, yani teminat amaçlı borca veya sözleşmeye katılma, garanti sözleşmesi, üçüncü kişi tarafından sağlanan taşınır, taşınmaz, alacak ve diğer hak rehinleri, üçüncü kişiler tarafından asıl borçlu lehine yapılan inançlı temlik işlemleri için de aynen geçerli olacaktır. Esasen kefalet örneğinde yaptığımız bu açıklamalar, diğer kişisel ve aynı nitelikteki üçüncü kişi teminatları bakımından çok daha büyük önem taşımaktadır. Zira yargı kararlarının da etkisiyle özellikle bankacılık uygulamasında, kefilin sorumluluğunun yalnızca temel borç ilişkisinden doğmuş borçlarla sınırlandırıldığına; buna karşın diğer üçüncü kişi teminat verenlerin, asıl borçlunun kredi ilişkisiyle bağlantılı olmayan borçlarında da sorumlu olacağına dair hükümlere teminat sözleşmelerinde veya kredi sözleşmelerinin genel teminat koşullarında yaygın biçimde yer verildiğine şahit olunmaktadır<sup>22</sup>. Oysa bu tür teminatlarda da belirlilik ilkesi ve genel işlem koşulu denetimi bağlamında belirlediğimiz

<sup>20</sup> Lwowski/Fischer/Langenbacher, § 3, N. 18.

<sup>21</sup> Schimansky/Bunte/Lwowski, § 90, N. 205.

<sup>22</sup> Bkz. örneğin Vakıfbank Tüketici Kredisi Borçlanma ve Rehin Sözleşmesi madde 12: “Müşteri ve Kefil/Kefiller, işbu kredi sözleşmesi kapsamında verdiği/vereceği tüm teminatların (rehin, temlik, ipotek vs.), bu kredi sözleşmesine teminat olması dışında Bankadan kullandıkları ve kullanacakları diğer krediler ile **her ne sebepten olursa olsun gerek asaleten ve gerekse kefaleten doğmuş ve doğacak tüm borçlarının teminatını da teşkil edeceğini ayrıca kabul, beyan ve taahhüt ederler.**; madde 14: “Müşteri **velveya Rehin Veren, gerek bu sözleşmeden, gerekse Bankayla imzalamış bulunduğu başka sözleşmelerden velveya herhangi bir nedenden doğmuş/doğacak borçlarının teminatı olarak aşağıda belirtilen nakit, mevduat, döviz tevdiat hesabı, repo, devlet tahvili, hazine bonosu, yatırım fonu, Eurobond vb. hesaplarının Banka’ya rehmedildiğini kabul ve taahhüt ederler.**”; madde 15: “Müşteri **velveya Rehin Veren, gerek bu sözleşmeden, gerekse Bankayla imzalamış bulunduğu başka sözleşmelerden velveya herhangi bir nedenden Müşteri’nin gerek asaleten ve gerekse kefaleten doğmuş/doğacak her türlü borçlarının teminatı olarak aşağıda nitelikleri belirtilen aracın fekki Banka’ca bildirilinceye kadar, .....-TL (Yalnız ..... TL) üzerinden süresiz olarak Banka’ya rehmedildiğini kabul ve taahhüt ederler.**” ([http://www.vakifbank.com/documents/tuketici\\_kredisi\\_borclanma\\_ve\\_rehin\\_sozlesmesi.pdf](http://www.vakifbank.com/documents/tuketici_kredisi_borclanma_ve_rehin_sozlesmesi.pdf)).

Ziraat Bankası Menkul Rehni Sözleşmesi madde 8: “Bankanın, **her ne sebeple olursa olsun Müşteriden asaleten/kefaleten alacağı bulunduğu sürece** Müşterinin teminatların kısmen/tamamen geri verilmesi istediğini kabul edip etmemekte serbest olduğunu, Müşteri veya üçüncü şahıslar tarafından Bankaya verilen veya verilecek olan teminatların, bu teminatlarla ilgili olarak elde edilen her türlü hak ve alacağın, Müşteri’nin Banka’ya olan borçlarının tümü için teminat teşkil edeceğini... kabul ve taahhüt eder.”

esaslar ve sonuçlar aynen geçerli olacaktır. Asıl borçlu ile alacaklı arasındaki diğer hukuki ilişkilere yabancı konumdaki *rehin veren* yahut *inançlı devir işlemi yapan* kişiden de teminat verirken güven ilkesi gereği söz konusu ilişkilere doğmuş alacakların teminat kapsamında olduğunu bilmesi yahut öngörmesi beklenemez.

## 2. Borçlunun Müstakbel Alacaklarından Sorumluluk

Müstakbel alacak (yahut doğacak alacak) kavramının kapsamına öncelikle belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde vadeye, süreye yahut koşula bağlanmış alacaklar (“*dar anlamda müstakbel alacaklar*”) girecektir. Bunun dışında, henüz hiçbir hukuki temeli bulunmamakla birlikte ileride tarafların iradeleriyle kuracakları bir borç ilişkisine dayalı olarak yahut haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi kanundan doğan borç ilişkileri kapsamında doğacak alacaklar da (“*geniş anlamda müstakbel alacaklar*”) yine müstakbel alacak kavramı ile ifade edilmektedir. Dar anlamda müstakbel alacaklar için kefil olunabileceği TBK m. 582/f. 1’de açıkça düzenlenmiştir. Bu tür alacaklar aynı zamanda *belirlenebilir* oldukları için, geniş kapsamlı teminat amcı da içeriyor olsa teminat işleminin geçerliliği bakımından herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır<sup>23</sup>. Nitekim bunun tipik örneği, *cari hesap şeklinde işleyen kredi ilişkisine* kefil olunmasıdır. Burada kefilin sorumluluğu, asıl borçlunun, genel kredi sözleşmesi çerçevesinde kullanmış olduğu herhangi bir münferit kredi borcunu tamamen ödemiş olmasıyla sona ermeyecek, asıl borçlunun aynı sözleşme uyarınca yeniden kredi çekmesi ile birlikte kefilin sorumluluğu bu defa bu yeni borç için devam edecektir<sup>24</sup>.

Buna karşın alacaklının, asıl borçlu ile ticari ilişkisi kapsamında başka bir hukuki işlemde veya bu ilişki dışında kalan bir hukuki sebepten doğacak alacaklar, kısaca *ge-*

<sup>23</sup> Karş. **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N. 432. Her ne kadar bu yönde bir inceleme ve değerlendirme içermese de kefalet ve ipotek sözleşmelerinin geçerli olduğundan hareket eden bir karar için bkz. Y. 11. HD., 13.3.2007, E. 2005/13053 K. 2007/4350, “*Mahkemeye, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran, gerek kefalet sözleşmesi, gerekse ipotek sözleşmesi incelendiğinde davacının sadece ( 10.000.000.000 )TL limitli kefaleti sebebiyle sorumlu olmadığı, aksine ipotek sözleşmesi ve sözleşmenin eki olan şartlara göre asıl borçlunun bankaya karşı her türlü sebepten doğmuş ve doğacak tüm borçları nedeniyle, sorumluluğun üstlenildiği, ipoteğin kefaletin teminatı olarak verilmeyeceği, bu durumda davacının hem kefalet miktarı, hem ipotek limiti hem de temerrüdünün sonuçlarından dolayı sorumlu olduğu, yapılan hesaplama göre davacının bankaya yapmış olduğu ödemenin yapması gereken ödeme miktarından az olduğu, fazladan yapılmış bir ödeme bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. . . Davaya dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davacı tarafından tesis edilen ipoteğin kredi borçlusunun doğmuş, doğacak tüm borçlarını limiti kapsamında teminat altına alan maksimal limit ipoteği niteliğinde olmasına, henüz ipotek limitinin de dolmamış bulunmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir*”.

<sup>24</sup> **Hasan Ayrancı**, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, GÜHFD Cilt 9, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 2005), 111, 121 vd.; **Bülow**, N. 919; karş. ayrıca BGE 120 II 37 vd.; BGE 44 II 261 vd.

*niş anlamda müstakbel alacaklar* bakımından, genel nitelikteki teminat açıklamalarının belirlilik ilkesine ne ölçüde uygun olduklarının ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir. Özellikle de teminat sözleşmesinde, uygulamada yaygın olduğu biçimde, “*hangi hukuki sebepten doğarsa doğsun mevcut ve ileride doğacak tüm borçlardan*” üçüncü kişinin kişisel yahut teminat aracı ile sorumluluğunun öngörülmesi halinde, teminat sağlama işleminin geçerliliği tartışma konusu olacaktır. Aynı sorun, örneğin kefilin cari hesap şeklinde çalışmayan ve limitli olmayan sabit vadeli krediler<sup>25</sup> için, “*bankanın doğacak kredi alacakları için kefil oluyorum*” şeklindeki bir genel teminat amacı açıklaması yoluyla teminat vermesi halinde, bu teminatın, sonradan doğacak yeni kredi alacaklarını da kapsayıp kapsamayacağı sorunu bağlamında da ortaya çıkacaktır.

Teminat verilmesine sebep olan temel borç ilişkisi dışında, alacaklının her türlü müstakbel alacağından üçüncü kişi teminat vereni sorumlu tutan sözleşme hükümünün, bu kişinin sorumlu olacağı alacakların çerçevesini son derece genişleteceği açıktır. “Hangi hukuki sebepten doğarsan doğsun” ifadesi, üçünü kişinin sözleşme yaparken yükümlülüğünün nereye kadar uzanacağını tasavvur etme imkânını büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Bu ifadenin geniş kapsamı nedeniyle teminat sözleşmesinin kapsamına lafzen girecek bir alacağın, sözleşmesi yapılırken ancak çok uzak bir ihtimal olarak dikkate alınabilecek nitelikte olması mümkündür<sup>26</sup>. Bu bağlamda, *Bucher* tarafından verilen çarpıcı bir örnekle durumu daha açık ortaya koyabiliriz: Bir kredi borçlusu ile alacaklı bankanın araçlarının katıldığı trafik kazası nedeniyle bankanın, kredi borçlusundan tazminat alacağı doğması halinde, bu alacağın da lafzen geniş kapsamlı kefalet açıklamasının içeriğine dahil olacağı açıktır. Oysa belirli bir kredi ilişkisi çerçevesinde doğacak alacağı/alacaklara kefalet veren kefilin, kefalet sözleşmesi akdederken, haksız fiilden doğan böyle bir alacağın da kefalet kapsamında olacağını göz önünde bulundurduğunu veya bulundurması gerektiğini söylememiz mümkün değildir<sup>27</sup>. İşte bu nedenle de söz konusu koşul, bu içeriğiyle açıktır ki “be-

<sup>25</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal Tekinalp**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 488, N. 39-32 vd.

<sup>26</sup> **Bucher**, Grundprobleme des Kontokorrents, Recht 1994, 168, 181. Üçüncü kişi teminatlarında, özellikle de sorumluluğun kapsam ve/veya süre ile sınırlandırıldığı kefalet ve ipotekte, temel borç ilişkisinden doğmuş ve doğacak alacaklar için verilen teminatların “belirlilik ilkesi” ve “kişilik hakkının korunması” yönünden geçerli olduğunu belirten **Wiegand**, (Personalsicherheiten, s. 200 vd.) aynı teminat açıklamasının temel hukuki ilişki ile bağlantısız alacaklar için geçerliliği sorusunu cevapsız bırakmıştır.

<sup>27</sup> Aynı yönde BGHZ 101 29, 34; **Ulmer/Brandner/Hensen**, Teil 4 (2), N. 57. Bu noktada belirtelim ki, bazı alacaklar esasen belirlilik ilkesi ve TBK m. 21/f. 2 engeline takılıp teminattan yoksun kalabilecekken, Kanun, bunları açıkça teminat kapsamına sokarak belirsiz ve sürpriz olmaktan çıkarmıştır. Örneğin, kefilin sorumluluğunun kapsamını belirleyen TBK m. 589/f. 2/b. 2 alacaklının, borçluya yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masrafları da bu kapsama almıştır. Oysa Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında ve Alman doktrininde söz konusu masrafların, kredi ilişkisinden kaynaklanmadığı ve bu ilişkiyle doğrudan bağlantılı olmadığı gerekçeleriyle

lirlenebilir” nitelikte olmayan alacakları da kapsamına almaktadır ve tarafların sözleşme kurulurken teminatın kapsamına ilişkin yaptıkları irade açıklamalarının güven ilkesine göre yorumundan, söz konusu alacaklara ilişkin bir uyuşmanın bulunmadığı (“*Dissens*”) sonucu çıkacaktır.

Öte yandan, teminatın kapsamına ilişkin teminat işlemindeki iradelerin hangi alacakları kapsayacak şekilde uyduğu noktasında belirleyici kriter şu olmalıdır: Taraflar arasında ihtilaf konusu olan alacak bakımından, genel kapsamlı teminat açıklamasın *sürpriz* nitelikte olmamalıdır. Örneğin somut olayda kefaletin kapsamına girip girmeyeceği tartışmalı olan alacağın, kefilin sözleşmeyle üstlendiği sorumluluğun kapsamına girmesinin *öngörülemez* olduğu her durumda, söz konusu alacağın teminat kapsamında olmadığı sonucuna varılmalıdır<sup>28</sup>. Bu bağlamda hangi müstakbel alacaklar için genel kapsamlı teminat koşulunun *sürpriz*, hangilerinin *öngörülebilir* olduğunu biraz daha somutlaştıralım:

- Asıl borçlu ile alacaklı arasındaki ticari ilişkinin tamamen dışındaki hukuki sebep ve ilişkiden doğan alacakların teminat kapsamına girmeyecekleri açıktır. Örneğin, bankanın, kredi borçlusundan aynı zaman da haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme sebebine yahut doğrudan kanuna dayanan bir alacağının doğması halinde bunlardan kefilin sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu bağlamda, kredi sözleşmesinin hükümsüzlüğü nedeniyle bankanın asıl borçludan olan iade alacağının da kefaletin kapsamına girip girmeyeceği ise tartışmalıdır. Bizce, geçerli bir kredi ilişkisi bulunduğu inanarak teminat veren kefilin, bunun herhangi bir nedenle hükümsüz olması halinde bankanın iade alacağının da teminat kapsamına gireceğini hesaba katması beklenemez<sup>29</sup>. Bu nedenle, söz konusu alacağın genel kapsamlı bir teminat amacı açıklamasına binaen kefilin sorumluluğunda olduğu kabul edilemez. Keza, bu amaç ve mantıktan hareketle TBK m. 589/f. 4’de, “*Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz*

---

kefilin bunlardan sorumlu tutan koşulların *sürpriz* koşul olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Ulmer/Brandner/Hensen**, Teil 4 (2), N. 57, dn. 177 ve orada atıf yapılan karar; ayrıca genel olarak bütün teminatlar için aynı sonucu kabul eden **Wolf/Lindacher/Pfeiffer**, 5. Teil (Sicherungsrechte), N. 178.

<sup>28</sup> Ayrıca karşı. **Staudinger/Horn**, § 765 BGB, N. 44; **Schimansky/Bunte/Lwowski**, § 90 N. 97; BGE 120 II 35 vd.; **Beck**, (Das neue Bürgschaftsrecht, Art. 492 OR, N. 107) geçmiş ve gelecek bütün borçları kapsayan geniş kapsamlı bir kefalet koşulunun kural olarak geçerli olduğunu, ancak bunun için kefilin dürüstlük kurallarına uyarınca yükümlülüğünün sınırlanacağına güvenebilmesinin şart olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe, şu açıdan katılmamıza imkan bulunmamaktadır: Asıl borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden (örneğin cari hesap ilişkisinden) doğmuş ve doğacak alacaklar bakımından kefilin sorumluluğu zaten kanunla sınırlanmış olduğundan ayrıca bu konuda dürüstlük kurallarına yapılan atıf gereksizdir. Burada mesele kefilin sorumluluğunun sınırlanmasına ilişkin değildir; kanunen sorumluluğu zaten sözleşmede belirtilen azami miktar ile sınırlı olacak kefilin, bu sınır dahilinde hangi alacaklardan sorumlu olacağıdır.

<sup>29</sup> Aynı yönde, **Wolf/Lindacher/Pfeiffer**, 5. Teil (Sicherungsrechte), N. 178; OLG Hamm ZIP 1988 300. Aksi görüşte BGH NJW 1992, 1234, 1235; **Ulmer/Brandner/Hensen**, Teil 2 (9), N. 6.



*hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüz*” olduğu düzenlenmektedir. Bu hüküm, sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi halinde doğacak tazminat ve sözleşme cezası alacağın kefaletin kapsamına gireceğinin kefalet sözleşmesinde açıkça düzenlendiği durumlarda uygulama alanı bulacağı gibi, aynı alacakların genel kapsamlı bir teminat amacı anlaşması çerçevesinde ileri sürülmesi halinde de evleviyetle uygulanacaktır. Bir başka deyişle, sözleşmenin hükümsüz olmasından kaynaklanan alacakların belirlenebilir oldukları için kefaletin kapsamına girdikleri kabul edilecek olsa dahi, bu defa TBK m. 589/f. 4’de yer alan hüküm nedeniyle kefilin bu alacaklardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

- Asıl borçlu ile alacaklı arasındaki *ticari ilişki dahilinde* olmakla birlikte, teminat işlemine vesile olan temel hukuki ilişki, örneğin cari kredi ilişkisi, dışındaki bir hukuki ilişkiden doğacak alacaklar, ayrıca sözleşmede açıkça kararlaştırılmadıkça, belirlenebilir olmadıklarından teminatın kapsamı dışında kalırlar. Bu duruma bankacılık uygulamasından birkaç örnek vermek gerekirse, bir ticari kredi sözleşmesi bağlamında ipotek teminatı sağlayan kişi, asıl borçlunun bankayla olan kredi kartı sözleşmesinden, sigorta sözleşmesinden, taşıt kredisinin de yatırılacağı hesabın açılmasına ilişkin sözleşmeden, havale sözleşmesinden doğacak alacakları için sorumlu tutulamaz<sup>30</sup>. Bu konuda üçüncü kişi teminatları ile borçlu tarafından sağlanan te-

<sup>30</sup> Bu açıdan bizce isabetli olmayan bir karar için bkz. Y. 19. HD., 11.6.2012, 4341/9898. Karara konu olayda bir bankadan kredi kullanan borçlu şirket lehine, üçüncü kişi tarafından ipotek teminatı sağlanmış; daha sonra kredi borcu tamamen ödenmiş ve hatta banka ile üçüncü kişi arasında ipoteğin fekki konusunda anlaşma yapılmış olmasına rağmen, banka daha sonra pos cihazı sözleşmesi kapsamında aynı borçlu şirketten alacağı için rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlamış ve bunun üzerine üçüncü kişi ipotek veren borcun olmadığını tespiti ile ipoteğin terkinini dava etmiştir. İlk derece mahkemesi davacıyı haklı bulmuş ancak Yargıtay bu kararı şu gerekçeyle bozmuştur: “*Uyuşmazlık, somut olay bakımından ipoteğin fekki koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır. Bu durumda; Mahkemece, davaya konu ipotek akdi ve banka kayıtları üzerinde, konusunda uzman bir bilirkişiye inceleme yaptırılarak, ödendiği iddia edilen kredi borcu dışında davacının davalı bankaya karşı ipotek kapsamında kalan herhangi bir kredi sorumluluğu bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla somut olay bakımından ipoteğin fekki koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasına yönelik ayrıntılı ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir*”. Bizce, ipotek sözleşmesindeki geniş kapsamlı teminat koşuluna dayalı olarak alacaklı ile borçlu arasındaki ticari ilişkiden doğan bütün alacaklar üçüncü kişi teminatı (burada ipoteğin) kapsamında değerlendirilemez. Yalnızca teminatın verilmesine vesile olan, teminat sözleşmesinin saikini oluşturan borç ilişkisi (burada kredi sözleşmesi) kapsamında doğmuş ve doğacak alacaklar teminatın kapsamına girecektir. Bunun dışındaki diğer alacaklar, taraflar arasındaki ticari ilişkiden dahi doğmuş olsalar, üçüncü kişi ile alacaklının bunlara güvence sağlanması konusunda iradelerinin uyutuğundan (güven ilkesi gereği) söz edilemez.

<sup>31</sup> Benzer şekilde kredi sözleşmesi bağlamında üçüncü kişi tarafından verilen ipoteğin yalnızca tamamını ödenmiş kredi borcunu değil, geniş kapsamlı teminat koşulu nedeniyle çek defterleri ve banka teminat mektupları nedeniyle ileride doğabilecek olası lacaklara da güvence sağladığı şeklindeki bizce yerinde olmayan bir başka karar için bkz. Y. 19. HD., 13.9.2011, 2111/10663, “*Davacının*

minatlar arasında bir ayırım yapılması ve ilkinde ticari ilişki dahilindeki her borç ilişkisinden değil, yalnızca teminat işleminde doğrudan yahut dolaylı olarak bağlantı kurulan veya teminatın verilmesine vesile olan (teminat işleminin saikini teşkil eden) borç ilişkisinden doğan alacakların belirlenebilir oldukları ve teminat kapsamına girdikleri kabul edilmelidir<sup>3233</sup>. Bununla birlikte teminat amacı açıklaması “*hangi*

25.11.2005 tarihli 14245 Yevmiye numaralı ipotek akit tablosunda “... gerek yurt içinde, gerekse yurt dışındaki tüm şubeleri tarafından adı geçenler lehine açılmış ve açılacak her türlü krediler ve ytl ve yabancı para velvaya yabancı para ölçüsüyle dövize endeksli kredilerle verilmiş ve verilecek teminat mektuplarından ve kontrgarantilerden, ithalata dair poliçelere bankaca konulan aval ve kabul şerhlerinden adı geçenlerin keşideci, ciranta ve kefil sıfatıyla imzalamış olduğu ve imzalayacağı kambiyo senetlerinden, yine adı geçenlerin alacaklı bankaya vermiş olduğu ve vereceği kefaletle dayalı taahhütlerinden, velhasıl sebep ve ciheti ne olursa olsun, adı geçenlerin alacaklı bankaya doğmuş ve doğacak tüm borçlarından 120.000.-YTL'na kadar olan kısmı ile ...” sorumlu olacağı açıkça belirtilmiştir. Davalı bankaca kredi borçluları olan şirketlerin lehine verilen teminat mektupları ve çek karnelerinin risklerinin halen devam ettiği, bilirkişi raporuyla banka yazularından belli olmasına göre, ipotek akit tablosundaki açık hüküm de gözetilerek değerlendirme yapıp, varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken...”.

Aynı şekilde oğlunun kredi borcu için ipotek veren babanın, kredi borcu tamamen ödenmiş olsa da geniş kapsamlı teminat koşulu nedeniyle oğlunun kredi kartı sözleşmesinden doğan borcu için de taşınmazla sorumlu olacağı yönünde Y. 19. HD., 16.2.2011, E. 2010/7288, K. 2011/1966 “Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda taşınmaz üzerindeki ipotegin dava dışı T. D. davalı bankaya karşı doğmuş ve doğacak tüm borçlarının teminatı olarak verildiği, dava dışı T.’in Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesinden doğan borçlarının bulunması nedeniyle davalı bankanın ipotegin fekki için onay vermekten vazgeçtiği, dava dışı T. D.’in davalı bankaya olan borçlarının ödenmemesinden dolayı ipotegin kaldırılmamasında hukuka aykırı bir durumun bulunmadığı, davalı bankanın ipotegin fekkine onay vermekten vazgeçmesi nedeniyle davacının maddi ve manevi zarara uğramadığı gerekçesiyle davacının ipotegin fekki ile maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir...”

<sup>32</sup> Aynı ayırımdan yola çıkarak üçüncü kişi rehninde, teminatın alacak yönünden kapsamı belirlenirken daha sıkı denetlenmesi gerektiği görüşünde, **Foëx**, Nr. 657; **Simonius**, Probleme des Drittpfandes, ZSR 1979 I 359/362 (BGer, 20.8.2007, 4A\_141/2007, E. 4.3. kararından naklen).

<sup>33</sup> Bu husus dikkate alınarak verilen bir karar için bkz. Y. 19. HD., 4.6.2012, 5727/9431, “Mahkemece toplanan deliller ve dosya kapsamına göre; davacıların murisinin yalnızca şirketin bankadan kullandığı 13.000,00 TL kredi ile ilgili olarak ipotek tesis ettiği, söz konusu ipotek işlemine konu edilen 13.000,00 TL’lik kredinin şirket tarafından bankaya ödendiği, muris tarafından verilen ipotegin limiti belli bir ipotek olduğu, davalı banka tarafından cari hesabın açık tutulduğu belirtilerek söz konusu ipotegin şirketin daha sonradan doğan borçlarına da teminat olarak kabul edilmesinin, objektif iyi niyet kurallarına aykırı olduğu, ipotek senedinde miktarın açıkça ve ihtilafsız olarak belirlenmiş olduğu, murise ait taşınmazların doğmuş ve doğacak diğer borçlar için de teminat olarak gösterileceğine ilişkin davalı taraf iddiasının yerinde olmadığı, zira senedin matbu olarak hazırlanan kısmında böyle bir ibarenin yer aldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

*Ipotek akit tablosunda taşınmazın T... Gemi San. ve Tic. A.Ş.’nin, T. 04.06.2012 Halk Bankası A.Ş. Sinop şubesinden kullanacağı 13.000,00 TL’ye karşılık tesis edildiği belirtilmiştir. İpotek 13.000,00 TL üzerinden kurulan limit ipotegi olup ipotegin T. 04.06.2012 Halk Bankası A.Ş. Sinop şubesinden kullanılacak kredilerin teminatını teşkil etmek üzere tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda Mahkemece T... Gemi San. ve Tic. A.Ş.’nin ipotek akit tablosu kapsamında bir borcu bulunup bulunmadığı hususunda bilirkişiden ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınıp varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir”.*

*hukuki sebepten olursa olsun doğacak tüm alacaklar*” şeklinde genel bir ifade değil de, ticari ilişki dahilinde saydığımız alacakları doğuran hukuki sebepleri belirten bir ifadeyi içeriyorsa, bu durumda belirlenebilirlik sorunu ortadan kalkar. Yalnız, bu türden bir teminat amacı koşulu genel işlem koşulu niteliğinde ise, teminat verilmesine vesile olan işleme yabancı olduğu ölçüde TBK m. 21/f. 2 hükmü uyarınca sürpriz koşul olma özelliği taşıyacaktır<sup>34</sup>. Bunu aşmak için bankanın, kefilî söz konusu koşula ilişkin özel olarak bilgilendirmiş olması gerekir; böylelikle koşulun sürpriz olduğundan ve kapsamına giren alacaklar bakımından hükümsüz olduğundan artık söz edilemeyecektir.

- Üçüncü kişi teminatının verilmesine vesile olan hukuki ilişkiden doğan alacaklar kural olarak objektif belirlenebilirlik koşulunu sağlayacaklardır. Örneğin, bir kredi sözleşmesi bağlamında banka ile kefalet sözleşmesi akdeden kefil, sözleşmede açıkça bu kredi sözleşmesine atıf yapılmamış olsa da, kefalet sözleşmesinin hukuki sebebini yahut sadece saikini oluşturduğu durumlarda, bu kredi sözleşmesinden doğacak münferit kredi alacaklarının tamamından –azami meblağ dahilinde- sorumlu olacaktır<sup>35</sup>.

Burada varılan sonuçlar, bütün üçüncü kişi teminatları bakımından geçerlidir. Bir başka deyişle, teminat verenin, borçlunun her türlü müstakbel borcundan sorumluluğunu öngören bir teminat amacı açıklamasının yalnızca kefalet değil, garanti sözleşmesinde, üçüncü kişi tarafından asıl borçlu ile akdedilen taşınır-taşınmaz rehin sözleşmelerinde, inanca temlik anlaşmasında, borca ve sözleşmeye katılma sözleşmesinde yer alması halinde de teminat veren, bu alacaklardan ancak belirlenebilir oldukları ölçüde sorumlu olacaktır. Özellikle bankalar ile üçüncü kişiler arasında akdedilen rehin sözleşmelerinde yer alan geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarının, rehin hakkının fer’iliği ilkesi nedeniyle, hangi alacaklar bakımından belirlilik ilkesinin koşullarını taşıdığı belirlenmesi özel önem arz etmektedir. Zira, bu şekilde rehin verenin sorumluluğunun kapsamı sınırlanmış olacağı gibi, sorumluluğu kapsamındaki alacakların hiç doğmaması yahut sona ermesi halinde rehin teminatı da alacağına bağlı

<sup>34</sup> Alman Federal Mahkemesi, (BGHZ 130, 19=WM 1995, 1397, 1398) kefilî, asıl asıl borçlunun doğmuş ve doğacak bütün borçlarından sorumlu tutan sözleşme koşullarının “alacağın belirliliği” ilkesi açısından herhangi bir hukuki sorun içermediğini; zaten hangi alacakların hükmün kapsamına gireceğini belli olduğunu ancak bu tür hükümlerin denetiminin, genel işlem koşullarına ilişkin § 305 c/f. 1 BGB (sürpriz koşul) ve § 307 /f. 1 BGB (içerik denetimi) ile bu hükümlerin uygulama alanı bulmadığı durumlarda § 138/f. 1 BGB (ahlaka aykırı işlemler) hükümleri ile yapılabileceğini kabul etmektedir. Her ne kadar anılan hükümler uyarınca yapılan denetim de yine bizim “belirlilik ilkesi” çerçevesinde vardığımız sonuçları ortaya koymakta ise de (bkz. yalnızca **Schmimansky/Bunte/Lwowski**, § 90, N. 97 vd.), Federal Mahkemenin bu tür koşullar bakımından teminat altına alınan alacağın “belirli” olduğuna ilişkin görüşüne yukarıda açıkladığımız gerekçelerle katılmadığımızı da belirtmekte fayda görüyoruz. Aynı görüşte, **Reinicke/Tiedtke**, N. 104; **Horn**, ZIP 1997, 525, 528.

<sup>35</sup> Aynı yönde BGE 128 III 434 vd.

olarak sona erecektir. Teminatın belirli olmayan sayıda alacak için güvence oluşturması, fer'i teminatların bu özelliğinin içi boş bir kavrama dönüşmesine yol açacaktır. Keza fer'i nitelikte olmayan teminatlarda da, alacağa bağlı olarak teminat hakkının da sona ereceğine ilişkin açık yahut örtülü olarak kararlaştırılmış koşulların da aynı durumda işlevsiz kalacağı ortadadır.

Üçüncü kişi konumundaki teminat verenin, asıl borçlunun müstakbel bütün borçlarından sorumlu olmasını öngören açıklamanın yukarıda belirtilen kapsam ve içerikte teminat işleminin içeriğine dahil olduğu hallerde ikincil bir sorun olarak karşımıza bu açıklamaların teminat verenin ekonomik özgürlüğünü sınırlandırmak suretiyle kişilik hakkını ihlal edip etmeyeceği yahut haksız şart niteliğinde olup olmayacakları sorusu çıkmaktadır. Belirli yahut belirlenebilir nitelikteki alacaklardan, teminat verenin *kişisel* yahut *teminat ile* sorumluluğunun kanunen yahut sözleşmeyle sınırlanmış olduğu durumlarda teminat verenin ekonomik özgürlüğüne yönelik bir müdahaleden söz edilemeyeceğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Aynı durumda TBK m. 25 ve TKHK m. 5 anlamında dürüstlük kurallarına aykırı biçimde teminat veren aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı bir durum ortaya çıktığından da söz edilemez<sup>36</sup>. Ancak kanunen ve/veya teminat işlemi ile teminat verenin *zaman ve kapsam* bakımından sorumluluğunun sınırlandırılmadığı teminatlarda, özellikle tüzel kişilerce verilen kefalet dışındaki kişisel teminatlarda<sup>37</sup> ve taşınır ile taşınmaz teminatlarında<sup>38</sup>, söz konusu koşul, teminat verenin kişilik hakkını ihlal edeceği gibi haksız şart olarak da kabul edilebilecektir<sup>39</sup>. Bu noktada teminat verenin asıl borçlu olması ile üçüncü kişi olması arasında, korunmaya değer menfaatleri açısından bir fark bulunmadığından burada konuya ilişkin daha fazla detaya girmeyip borçlu tarafından müstakbel alacaklara ilişkin verilen teminatlar bağlamında ileride yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Bankacılık uygulamasına bakıldığında kefilin sorumluluğunun, asıl borçlunun kefaletin verilmesine sebep olan kredi sözleşmesinden doğacak borçları ile sınırlandırıldığı ve yukarıdaki geçersizlik hallerinin kefalet açısından ender ortaya çıktığını

<sup>36</sup> Karş. **Wiegand**, Personalsicherheiten, s. 202 vd.; **Wolfgang Wiegand**, Die Grundpfandrechte, Berner Bankrechtstag 1996, s. 82 vd.

<sup>37</sup> Kefalet sözleşmeleri ve TBK m. 603 hükmünde yer alan atıf nedeniyle gerçek kişilerce verilecek kişisel teminatlarda teminat verenin sorumluluğu sözleşmede belirlenmek zorunda olunan azami meblağ ile sınırlı olup (TBK m. 589/f. 1), bu sorumluluk kefalette aynı zamanda uzatılmadıkça 10 yıllık sürenin sonunda sona erer (TBK m. 598/f. 4).

<sup>38</sup> Taşınır teminatlarının aksine ipotekte, ipotek veren üçüncü kişinin sorumluluğu, tapu sicilinden belirlenebilecek olan ipotek yükü ile sınırlıdır. Ancak belirtelim ki, bu sorumluluk süre ile sınırlı değildir ve özellikle cari hesap şeklinde işleyen bir kredi ilişkisi için verilen ipotekte teminat verenin uzun yıllara yayılan sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.

<sup>39</sup> Taşınır rehni bakımından BGer, 20.8.2007, 4A\_141/2007, E. 4.3; **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB N. 461, 466; kefalet bakımından BGE 120 II 35, 38 vd.; BGE 128 III 434, 437 vd.

görmekteyiz. Ancak diğer teminat türleri, özellikle de üçüncü kişilerce verilen rehin teminatları için aynı şeyi söylemek maalesef mümkün değildir. Banka kredi sözleşmeleri bağlamında akdedilen rehin sözleşmelerinde, rehin verenin, asıl borçlunun hangi sebepten doğarsa doğsun bütün borçlarından sorumlu olduğuna ilişkin geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarına sıklıkla yer vermektedir<sup>40</sup>. Dolayısıyla bu tür koşulların, içerdikleri geniş kapsamlı teminat amacı açıklamalarına rağmen ancak *belirli* alacaklar için bankaya teminat sağladıkları ve bunun da yine sorumluluğun zaman ve kapsam yönünden sınırlanmış olması halinde geçerli olacağı kabul edilecektir.

## II. Asıl Borçlu Tarafından Sağlanan Teminatlar Bakımından

### 1. Doğmuş Alacaklar

Teminat veren ile asıl borçlunun aynı kişiler olduğu durumlarda<sup>41</sup>, teminatın “*hangi hukuki sebepten olursa olsun doğmuş bütün alacakları*” kapsadığına ilişkin bir teminat amacı açıklaması kural olarak geçerli biçimde kararlaştırılabilir. Zira böyle geniş kapsamlı bir açıklamaya rağmen, taraflar için, teminatın kuruluşu anında söz konusu alacakların kapsamının objektif olarak belirlenebilir olduğu açıktır<sup>42</sup>. Üçüncü kişi teminatlarında olduğu gibi, bu alacakların taraflar arasındaki süregel ticari ilişkiden mi veya daha somut ifadeyle, teminatın sağlanmasına vesile hukuki ilişkiden mi doğduğu sorusunu burada yöneltmemizi gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Zira taraflar arasındaki ticari ilişki dışındaki bir hukuki sebepten –örneğin haksız fiilden- doğmuş bir alacak dahi bulunsa, bunun teminat veren borçlu için gerek objektif gerekse subjektif manada belirlenebilir nitelikte olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

<sup>40</sup> Bkz. örneğin Vakıfbank Tüketici Kredisi Borçlanma ve Rehin Sözleşmesi madde 14: “*Müşteri ve/veya Rehin Veren, gerek bu sözleşmeden, gerekse Bankayla imzalamış bulunduğu başka sözleşmelerden ve/veya herhangi bir nedenden doğmuş/doğacak borçlarının teminatı olarak aşağıda belirtilen nakit, mevduat, döviz tevdiat hesabı, repo, devlet tahvili, hazine bonosu, yatırım fonu, Eurobond vb. hesaplarının Banka’ya rehnedildiğini kabul ve taahhüt ederler.*”; madde 15: “*Müşteri ve/veya Rehin Veren, gerek bu sözleşmeden, gerekse Bankayla imzalamış bulunduğu başka sözleşmelerden ve/veya herhangi bir nedenden Müşteri’nin gerek asaleten ve gerekse kefaleten doğmuş/doğacak her türlü borçlarının teminatı olarak aşağıda nitelikleri belirtilen aracın fekki Banka’ca bildirilinceye kadar, .....-TL (Yalnız ..... TL) üzerinden süresiz olarak Banka’ya rehnedildiğini kabul ve taahhüt ederler.*” ([http://www.vakifbank.com/documents/tuketici\\_kredisi\\_borclanma\\_ve\\_rehin\\_sozlesmesi.pdf](http://www.vakifbank.com/documents/tuketici_kredisi_borclanma_ve_rehin_sozlesmesi.pdf)).

<sup>41</sup> Teminat veren üçüncü kişi olsa da, asıl borçlu şirketin tek ortağı yahut ortaklarından birisi olarak şirketin banka ile olan iş ilişkisinin kapsam ve içeriğini belirlemede etkili olduğu durumlarda da borçlu tarafından sağlanan teminatlara ilişkin kurallar geçerli olacaktır. Burada ortağın, banka ile olan iş ilişkisine yönelik tasarruflara katılıp katılmadığının bir önemi yoktur. Aynı esaslar, şirket yöneticisi tarafından sağlanan teminatlar ile bir eşin diğer eş lehine sağladığı teminatlar bakımından da geçerlidir. Bkz. **Schimansky/Bunte/Lwowski**, § 90, N. 99; **Bucher**, Recht 1994, 168, 181; **Bülow**, N. 152; BGHZ 131, 55, 59; 109, 197, 203; BGH NJW 1997, 2677; BGHZ 106, 19, 23/24; karş. ayrıca YHGK 15.11.2006, E. 2006/19-726 K. 2006/719.

<sup>42</sup> Karş. **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N. 469, 476.

Genel kapsamlı bir teminat amacı açıklamasının genel işlem koşulu olarak karşımıza çıkması halinde ise, TBK m. 21/f. 1 uyarınca yapılacak genel bilgilendirme dışında ayrıca söz konusu teminat koşuluna *özel* olarak teminat veren borçlunun aydınlatılması, bunun sözleşmenin parçası olması ve özellikle de taraflar arasındaki ticari ilişkiye tamamen yabancı –örneğin haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşmeden doğmuş bir alacak için de teminat teşkil etmesi bakımından- TBK m. 21/f. 1 anlamında sürpriz koşul oluşturmaması açısından elzemdir. Nihayet, söz konusu borçlardan teminat verenin zaten kişisel sorumluluğu bulunduğundan, böyle bir teminat açıklamasının, TBK m. 25 (TKHK m. 5/f. 1) anlamında haksız şart olarak nitelenemebilmesi yahut MK m. 23/f. 2 anlamında kişilik haklarını ölçüsüz biçimde sınırlaması söz konusu olmayacaktır<sup>43</sup>.

## 2. Müstakbel Alacaklar

Teminat sağlama anlaşmasına sebep olan hukuki ilişki çerçevesinde doğacak alacaklar, teminat sözleşmesinde çok geniş kapsamlı bir teminat amacı açıklaması yer alıyor olsa da, asıl borçlu tarafından verilen teminatın kapsamına girecekleri hususunda tereddüt etmemek gerekir<sup>44</sup>. Zira böyle bir durumda, teminat altında olduğu iddia edilen alacak, borçlu/teminat veren için öngörülebilir ve dolayısıyla da belirlebilir niteliktedir.

Taraflar arasındaki teminatın verilmesine vesile hukuki ilişkiden olmasa da, bunun da dahil olduğu yine taraflar arasında süregelen *ticari ilişki* kapsamında başka hukuki sebeplerden doğacak alacaklar da teminat kapsamında olacaklardır<sup>45</sup>. Zira, bu alacakların da kural olarak belirlenebilir oldukları söylenebilir. Örneğin, cari hesap şeklinde işletilmeyen bir kredi alacağı vesilesiyle banka lehine rehin tesis ederken, rehinin ileride ticari ilişkiden doğacak her türlü alacağı kapsayacağı kararlaştırılmışsa, bankanın aynı kişiyle aralarındaki bu ilişki<sup>46</sup> çerçevesinde ileride açacağı, örneğin

<sup>43</sup> Karş. **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N. 469, 476.

<sup>44</sup> İpotek için BGE 108 II 49, 106 II 263 f, 51 II 282; taşınır rehni için BGer, 11.11.2009, 4A\_435/2009; BGE 106 II 257, 263 vd.; ayrıca **ZürcherK-Oftinger/Bär**, Art. 884 N. 129, 131; **Frotz**, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, s. 23.

<sup>45</sup> **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N 469 vd.; **Betschart**, N. 508; BGE 108 II 49.

<sup>46</sup> Banka ile müşterisi arasındaki ilişki özelinde “ticari ilişki” kavramını şöyle somutlaştırabiliriz: Öncelikle belirtelim ki, banka ile müşterisi arasındaki ticaret ilişkisi, çoğu zaman sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme ilişkisine dayanır. Bu bağlamda ilk akla gelen sözleşmeler: Kredi açılması, mevduat hesabı açılması, çek defteri kullanılması, akreditif, kasa kiralama ile bunların birkaçına ait unsurlardan oluşan karma sözleşmeler. Bazen de bu ilişki, süreklilik arzetmeyen, ani edimli bir sözleşmeye dayanır: Kambiyo senetlerinin iştira ve iskontosu, her türlü bilgilendirme, gişe işlemleri (döviz alım-satım, fatura yatırma, çek tahsili, havale-eft işlemleri vs.). Öte yandan banka ile müşterisi ve bazen de üçüncü kişi arasında öyle hukuki ilişkilere rastlanır ki bunların “ticaret ilişkisi” kapsamında olduklarını söyleyemeyiz; ancak bunların taraflar arasında bir borç ilişkisi kurduklarında da şüphe yoktur: Örneğin, asli edim yükümlülüğü bulunmayan bir kanuni

nakdi-gayrinakdi krediden doğacak alacaklar ve bunların fer'i alacakları da rehlin kapsamına girecektir<sup>47</sup>. Yine kredi ertelemesinde esasen yeni bir kredi kullanımı söz konusu olsa da<sup>48</sup> asıl borçlunun ertelenen kredi için verdiği teminatın yeni kredi alacağını kapsadığı kabul edilebilecekken, aynı durumda kefilin sorumluluğu sadece ertelenen kredi borcu ile sınırlı olacaktır. Ayrıca, asıl borç ilişkisinin hükümsüz olması halinde ortaya çıkacak zarardan doğan alacak kefilin sorumluluğu kapsamına girmezken, aynı alacağın, borçlu tarafından verilen teminatın kapsamında olduğu kabul edilebilecektir<sup>49</sup>.

Taraflar arasındaki *ticari ilişkiye yabancı* hukuki sebeplerden doğan alacaklar içinse aynı şey söylenemeyecektir<sup>50</sup>. Örneğin, bir kredi sözleşmesi ilişkisi nedeniyle asıl borçlu, bir üçüncü kişiden olan alacağını bankaya teminat amaçlı temlik ettiğinde, teminatın kapsamına, kredi borçlusunun mevduat hesabına yanlışlıkla yapılan ödeme nedeniyle doğan iade alacağı yahut internet bankacılığı için verilen şifrenin kredi borçlusunun kusuruyla başkasının eline geçmesi ve hesabın boşaltılması nedeniyle doğan tazminat alacağı girmeyecektir. Zira ortalama bir banka müşterisinden, teminat anlaşması yaparken, banka ile aralarındaki ticari ilişkiye yabancı bu tür alacakların da teminat kapsamına gireceğini öngörmesi, dürüstlük kuralı gereği bekle-

---

borç ilişkisi kuran davranışlar (culpa in contrahendo sorumluluğu, özen, davranış ve koruma yükümlülüğü ihlalden doğan sorumluluk) yahut geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu, sebepsiz zenginleşme esasına dayanan borç ilişkisi ve diğer kanuni sorumluluk halleri. Teminat anlaşmaları çoğu zaman sürekli sözleşmelere dayanan ticari ilişkilerde karşımıza çıkar. Şüphesiz diğer ticari ilişkilerde, özellikle de büyük inşaat işleri, işyeri kiralari, finansal kiralama, uluslararası ticaret ilişkilerinde de teminat uygulaması bulunmakla birlikte, bankacılık sektöründe bu oldukça geniş kapsamlı ve çeşitlidir.

47 Kanaatimizce gerekmediği halde bu durumun açıkça belirtildiği bir teminat amacı açıklaması için bkz. örneğin Yapı Kredi Bankası Menkul Kıymetler ve Mevduat Rehin Sözleşmesi madde 1: “*REHİN VEREN, mülkiyeti ihtilafsız olarak kendisine ait bulunan ve aşağıda dökümü yapılan hisse ilmhaberli, hisse ve intifa senetleri, finansman bonosu, gelir ortaklığı senedi, TL veya Döviz vadeli veya vadesiz mevduat Hesapları, Hazine Bonosu, Varlığa Dayalı Menkul Kıymet, devlet ve Türkiye'deki veya yurtdışındaki kuruluşların velv veya şirketlerin mevzuat çerçevesinde çıkardığı veya çıkaracağı her türlü menkul kıymetler ile tahvilleri ve altınları (Bundan böyle kısaca “HAK ve MENKUL KIYMETLER” denilecektir) bu sözleşmenin imzalandığı tarihten önce ve sonra ..... 'nin (MÜŞTERİ) BANKA'nın Merkez ve şubelerinde (kefalet ve üçüncü kişilerin MÜŞTERİ'den olan kredi alacaklarının BANKA'ya temlik edilmesiyle doğmuş ve doğacak alacaklar da dahil olmak üzere) adına açılmış ve açılacak her türlü nakit ve gayrinakit kredilerinin ve bunların faiz, komisyon ve gider vergisi, sigorta ücreti, takip ve dava masrafları ve vekalet ücreti gibi fer'i borçlarının teminatı olarak BANKA'ya rehnemeyi kabul eder.”*

48 Bkz. **Schimansky/Bunte/Lwowski**, § 90, N. 103 ve orada dn. 5'te anılan yazar ve mahkeme kararları.

49 Aynı yönde **Wolf/Lindacher/Pfeiffer**, 5. Teil (Sicherungsrechte), N. 178.

50 **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N. 472; **Ulmer/Brandner/Hensen**, AGB-Recht Kommentar Teil 3 (10), N. 30; BGE 106 II 263 f; BGE 108 II 49.

nemez<sup>51</sup>. Bir başka deyişle, söz konusu alacaklar, teminat amacı açıklamasına güven esasına göre verilecek anlam kapsamında “belirlenebilir alacaklar” değildirler. Dolayısıyla teminat verenin teminat amacına yönelik irade açıklamasının bu alacakları kural olarak kapsamadığını ve taraf iradelerinin güven esasına göre yapılacak yorumundan, TBK m. 1 anlamında bir uyuşmanın bulunmadığını söyleyebiliriz<sup>52</sup>.

“*Hangi hukuki sebepten olursa olsun doğacak bütün alacaklar*” için asıl borçlu tarafından verilen teminatların kapsamı taraflar arasındaki ticari ilişki çerçevesinde mevcut hukuki ilişki(ler)den doğan alacaklarla sınırlı kabul edildiğinde dahi, borçlunun teminatla sorumluluğunun teminat sözleşmesi ile *zaman* sınırlamasına tabi tutulmamış olması halinde, bu tür teminat amacı açıklamalarının onun ekonomik özgürlüğünü ölçüsüz biçimde sınırlaması sebebiyle kişilik hakkını ihlal ettiği (MK m. 23/f. 2) ve yine borçlunun dürüstlük kurallarına aykırı biçimde durumunu ağırlaştırıcı nitelikte oldukları (TBK m. 25) kabul edilebilecektir<sup>53</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (BGE 51 II 281 vd.) bu bağlamda bizim de katıldığımız şu tespitlere yer vermektedir: Bu türden bir koşulun varlığı halinde rehin veren için “*mevcut borçlarını ödedikten sonra bile rehin konusu şeyi geri alması mümkün olmayacaktır, çünkü davalının (bir banka) aralarındaki doğrudan iş ilişkisi kesilmiş olsa da gelecekte bir üçüncü kişi alacaklıdan sağlayacağı kazanımla tekrardan ona karşı bir alacak sahibi olması imkân dahilindedir.*” Herhangi bir zaman sınırlaması yapılmazsa bu türden bir teminat amacı açıklamasının, *lex commissoria* yasağını ihlal edeceği ve fer’i teminatlar bakımından *fer’ilik ilkesi* ile de bağdaşmayacağı açıktır<sup>54</sup>. Dolayısıyla teminat

<sup>51</sup> Karş. **Betschart**, N. 507. Bu bağlamda Y. 8. HD.’nin 5.6.2012 tarih ve E. 2012/4787, K. 2012/5260 sayılı kararı dikkat çekicidir. Karara konu olayda, bir bankadan kullandığı kredi borcunu teminen taşınmazı üzerinde taşınmaz malikinin “*bankaya karşı doğmuş doğacak, her türlü borçlarının teminatını teşkil etmek üzere 1.derece 1.sırada fekki alacaklı banka tarafından bildirilinceye kadar süresiz olarak ( 150.000 YTL ) yüzelli bin YTL bedelle ipotek edildiği görülmektedir*”. Ayrıca karar metninden, bankanın, kredi alacağı dışında bir alacak için rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yaptığı anlaşılmalı birlikte, alacağın dayandığı hukuki sebep belirli değildir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, kararında, “*Somut olayda ipotek veren borçlunun ( halefiyet yolu ile ipotekli taşınmazı satın alanın ) taşınmazın tüm borçlar için teminat verildiği, bir başka deyişle satın alınan taşınmazın doğmuş doğacak tüm borçlardan limit dahilinde sorumlu olduğu düşünüldüğünde sadece konut kredisinden kaynaklı borçtan sorumlu olunacağı yönündeki şikayet ve temyiz nedenleri yerinde değildir*” sonucuna varmıştır. Bizce kredi alacağı dışındaki alacak, ancak taraflar arasındaki kredi sözleşmesiyle kurulan ve çerçevesi belirlenmiş olan ticari ilişki dahilinde bir alacaksa, ipotek buna da teminat sağlayacaktır. Aksi takdirde belirlenebilir bir alaktan söz edilemeyeceği için, ipotek teminatı kapsamında değerlendirilemez.

<sup>52</sup> Güven esasına göre teminat amacı açıklamasının yorumunda, somut olayın bütün özellikleri dikkate alınması gerekeceğinden, teminatın verilmesine sebep iş ilişkisi ile ihtilafı alacak arasında bir bağlantı bulunduğunun ispat edilmesi halinde, teminatın bu alacağı da kapsadığı sonucuna varılacağına tereddüt etmemek gerekir. Yalnız burada ispat yükü, genel ispat kuralı gereği (MK m. 6) kendi lehine haklar çıkaracak olan teminat alacaklısında olacaktır.

<sup>53</sup> Karş. **ZürcherK-Oftinger/Bär**, Art. 884 ZGB N. 128, 131; Spiro II 1269; BGE 108 II 49, BGE 4A\_141/2007, 20.08. 2007, Erw 4.3.

<sup>54</sup> **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB, N. 466.



sözleşmesinde belirli bir süre belirtilmemişse, dürüstlük kuralına göre tespit edilecek makul bir süre boyunca doğacak alacaklar için teminatın güvence sağlayacağı; bu süreden sonra ise teminatın sona ereceği sonucuna varılabilir. *Planck* tarafından savunulan bir başka ihtimal de, teminatın verilmesine vesile temel borç ilişkisi süresince ticari ilişki dahilindeki bütün borç ilişkilerinden doğacak borçların tamamına teminat oluşturması; ancak taraflar arasındaki bu temel ilişkinin sona ermesi ile birlikte teminatın sonradan doğacak diğer alacaklar için –bunlar ticari ilişki kapsamında olsalar dahi- geçerliliğini yitirmesi yönündedir<sup>55</sup>.

### III. Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarında Gündeme Gelebilecek Hükümsüzlük

Teminat sözleşmesinde yer alan teminat amacı açıklaması (teminat koşulu) ne kadar geniş kapsamlı kaleme alınırsa alınsın, borçlu tarafından sağlanan teminatlar da, taraflar arasındaki ticari ilişkinin kapsamı dışındaki hukuki ilişkilerden doğan alacaklar; üçüncü kişi teminatlarında ise ticari ilişki kapsamında dahi olsa teminatın verilmesine vesile hukuki ilişki dışında, bir başka hukuki ilişkiden doğan alacaklar, *belirlilik* koşulunu sağlamadıklarından sağlanan teminatın kapsamına girmeyeceklerdir. Zira teminat sözleşmesi kurulurken bu türden belirli olmayan, işleme yabancı, alışılmadık, sürpriz alacakların, teminatın kapsamına girecekleri hususunda, teminat sağlama işlemleri yapılırken TBK m. 1 anlamında taraf iradelerinin uyuştüğundan söz edebilmemize imkân bulunmamasıdır. Bir başka ifadeyle, taraf iradelerinin güven ilkesine göre yorumundan, belirsiz alacakların teminat sözleşmesi kurulurken teminatın kapsamına yönelik varılan uzlaşının dışında kaldıkları sonucuna varılacaktır. Dolayısıyla belirli olmayan alacakları kapsayan içeriğiyle söz konusu sözleşme hükmü yok hükmündedir. Keza bu açıklamanın genel işlem koşulu niteliğinde olması ve TBK m. 21/f. 2 anlamında sürpriz koşul niteliğinde olduğu hallerde de varılacak sonuç aynı olacaktır<sup>56</sup>.

Öte yandan buraya kadar ki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, belirsiz alacakları da kapsar biçimde kaleme alınmış olması nedeniyle teminat amacı açıklamasının –ve dolayısıyla teminat sağlama işlemlerinin- *tamamı* hükümsüz olmayacaktır. Teminat koşulunun, TBK m. 22 ve 27/f. 2 hükümlerinin –kıyasen veya doğrudan uygulanması ile yalnızca *belirsiz/sürpriz alacaklar* bakımından kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu kabul edilecektir. Gerçekten de, gerek yargı içtihatları ve gerekse doktrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere ölçüsüz, aşırı nitelikteki yü-

<sup>55</sup> **Gottlieb Planck**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III: Sachenrecht, bearbeitet von Brodmann Erich und Strecker D., 4. A., Berlin/Leipzig 1920, § 1204 BGB, N. 2b.

<sup>56</sup> TBK m. 21/f. 2'de öngörülen “yazılmamış sayılma” yaptırımının da esasen yokluk yaptırımı olduğu konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur. Bkz.örneğin **Oğuzman/Öz**, Cilt 1, s. 168; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 221.

kümlülüklerin tarafların farazi iradeleri ile de uyumlu, kanunun cevaz verdiği ölçüye çekilmesi konusunda, TBK m. 27/f. 2 hükmü ile hakime bir yetki tanınmaktadır<sup>57</sup>. Buna uygun olarak geniş kapsamlı teminat koşullarının da, *belirli* alacaklar bakımından geçerli olduğu; bunun dışındaki alacaklar için ise hükümsüz olduklarının kabulü, tarafların farazi iradelerine uygun bir sonuç olacaktır<sup>58</sup>.

Bununla birlikte geniş kapsamlı teminat koşulunun belirlilik ilkesine uygun içeriği ile de her zaman geçerli olamayabileceğini ifade etmiştik. Teminat sağlayan borçluyu yahut üçüncü kişiyi, ne zaman ve ne şekilde sona ereceği belirli olmayan bir ticari ilişki yahut temel hukuki ilişki kapsamında ileride doğacak alacaklardan belirsiz bir süre için sorumlu tutmak, onun ekonomik özgürlüğünün ölçüsüz sınırlandırılmasına yol açarak kişilik hakkını ihlal edeceği gibi (MK m. 23/f. 2); dürüstlük kurallarına aykırı biçimde durumunu ağırlaştırdığı ölçüde de TBK m. 25 ve TKHK m. 5/f. 3 anlamında haksız koşul olma özelliği de taşıyacaktır. Bu konuda kanun koyucu, kefalet teminatı bakımından, kefalet sözleşmesinin şekli koşulları arasında kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesi gerektiğini öngören TBK m. 583/f. 1 ve gerçek kişilerce verilecek kefaletin sözleşmenin kurulmasından itibaren 10 yıl geçmekle kendiliğinden sona ereceğini düzenleyen TBK m. 598/f. 3 hükmü ile gerçek kişi kefiller için yeterli diyebileceğimiz bir kanuni koruma sağlamış bulunmaktadır. Bunun dışında taşınmaz rehninde, rehin verenin tapuda tescil edilen ipotek yükü ile sınırlı sorumluluğu da taşınmaz rehni verene belirli ölçüde bir koruma sağlamakta ise de gerek burada ve gerekse –gerçek kişi kefaleti dışında– diğer bütün teminatlarında, teminat verenin sorumluluğunun herhangi bir kanuni süre sınırlandırılmasına tabi tutulmadığını görüyoruz. Teminatın fer'i nielikte olması da bu noktada özellikle geçerli biçimde geniş kapsamlı teminat koşulu kararlaştırıldığı hallerde teminat verenin korumaktan uzaktır. Çünkü mevcut alacak sona erse bile ileride doğması alacaklar bakımından da teminat verenin, teminatla sorumluluğu devam etmektedir. Peki böyle durumlarda, teminat amacı açıklamasının ve dolayısıyla teminat sözleşmesinin kişilik hakkına aykırılık nedeniyle TBK m. 27/f. 1 uyarınca kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılması ne derece isabetli olacaktır?<sup>59</sup> Bizce, sözleşmenin mümkün oldu-

<sup>57</sup> **Bucher**, Recht 1994, 168, 182; BGE 108 II 47 E. 2, 51 II 273 E. 4 s. 282, 114 II 159 E. 2c s. 163/164; **Veysel Başpınar**, Kısmi Butlan, s. 169.

<sup>58</sup> Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de geniş kapsamlı teminat taahhütlerinin otomatikman geçersizliği sonucuna varmamakta ve taraflar arasında devamedegele ticari ilişki kapsamına giren alacaklar için bu tür taahhütlerin hüküm doğuracağını kabul etmektedir. Bkz. BGE 51 II 273, 281 vd.; BGE 106 II 257, 263 vd.; BGer. 11.11.2009, 4A\_435/2009, E. 3.3.1; BGE 108 II 47, 48 vd.; BGer 2.2.2010, 5A\_122/2009, E. 4.

<sup>59</sup> Oysa doktrinde ve yargı içtihatlarında hakim görüş, bu tür teminat koşulunun ve dolayısıyla teminat sözleşmesinin kişilik hakkına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olacağı yönündedir. Bkz. **BernerK-Zobl/Thurnherr**, Art. 884 ZGB N. 461, 466; **BaslerK-Ernst/Zogg**, Art. 824 ZGB N. 26; BGE 108 II 47, 48 vd.; BGE 51 II 273, 281 vd.; BGE 120 II 35, 38 vd.; BGE 128 III 434, 437 vd.

ğunca ayakta tutulacak biçimde yorumlanması ilkesi (*favor contractus*) gereği, üçüncü kişi teminatlarında teminat verilmesine vesile hukuki ilişki (örneğin cari hesap kredi ilişkisi) belirli bir süreye bağlanmışsa, teminatın da bu süre boyunca doğması olası alacaklar için güvence sağlayacağı; herhangi bir süre öngörülmemişse bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu kabulüyle, boşluğun TBK m. 598/f. 3 hükmü kıyasen uygulanarak doldurulması ve teminat sözleşmesinin akdinden itibaren işleyecek on yıllık sürenin sonunda teminatın ortadan kalkacağı kabulü isabetli olacaktır.

Borçlu tarafından sağlanan aynı teminatlarda ise<sup>60</sup>, yine bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilerek, Medeni Kanun m. 1 hükmü uyarınca hakim tarafından yaratılacak hukuk ile doldurulması isabetli olacaktır. Bu konudaki önerimiz Türk Borçlar Kanunu'ndaki en uzun alacak zamanaşımı süresi olan yirmi yıllık süre dikkate alınarak boşluğun doldurulmasıdır. Yani borçlu tarafından sağlanan aynı teminatlar, geniş kapsamlı teminat amacı açıklamaları çerçevesinde en çok yirmi yıl için teminat sağlama işlevine sahip olmalı; taraflar açıkça bundan daha uzun bir süre öngörmedikçe yahut kısa olan süre uzatılmadıkça yirmi yıllık süre sona erdikten sonra artık teminata başvurulamazdır. Bir başka deyişle, yirmi yılın dolması ile birlikte teminat amacı anlaşması ve dolayısıyla teminat sağlama işlemi kendiliğinden sona ermiş kabul edilmelidir.

#### KAYNAKÇA

- Ayrancı, Hasan**, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, GÜHFD Cilt 9, Sayı 1-2 (Haziran-Aralık 2005), 111.
- Başpınar, Veysel**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Betschart, Franziska Martha**, Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Zürich 2011.
- Bucher**, Grundprobleme des Kontokorrents, Recht 1994,
- Bülow, Peter**, Recht der Kreditsicherheiten, Heidelberg 2012.
- Canaris, Claus Wilhelm**, Bankvertragsrecht 3. Auflage 1981.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- Gauch/Schluemp/Schmid**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008.
- Lwowski, Hans-Jürgen/Fischer, Gero /Langenbucher, Katja**, Das Recht der Kreditsicherung, Berlin 2011.
- Oftinger, Karl/Bär, Rolf**, Art. 884-918 ZGB. Das Fahrnispfand, Band IV/2c - Das Sachenrecht - Die beschränkten dinglichen Rechte, Zürich 1981.

<sup>60</sup> Kişisel teminatlarda teminat hakkının konusu yine bir alacak hakkı olduğundan ve bu alacak her durumda bir zamanaşımı süresine tabi olduğundan ayrıca zaman sınırlaması ihtiyacı bulunmamaktadır.

- Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 2013.
- Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski**, Hans-Jürgen (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band II, München 2011.
- Schmid, Stefan J.**, Die Geschäftsbeziehung im schweizerischen Bankvertragsrecht, 1994.
- Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina**, Sachenrecht, 4. Auflage, Zürich 2012.
- Tekinalp, Ünal**, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.
- Ulmer/Brandner/Hensen**, AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG. Mit kommentierten Vertragstypen, Klauseln und speziellen AGB-Werken, Köln 2011.
- Wiegand, Wolfgang**, Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstag, 1995.
- Wolfgang Wiegand**, Die Grundpfandrechte, Berner Bankrechtstag 1996.
- Wolf, Manfred/Lindacher, Walter/Pfeiffer, Thomas**, AGB-Recht Kommentar, 6. Auflage, München 2013.
- Zobl Dieter**, Zur Morphologie und rechtlichen Qualifikation der Geschäftsverbindung im Bankverkehr, in: Honsell/Portmann/Zäch/Zobl, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 505 vd. ("Morphologie").
- Zobl, Dieter/Thurnherr, Christoph**, Syst. Teil und Art. 884-887 ZGB, Berner Kommentar, Bd. IV/2/5/1 Bern, 2010.

**MAZBUT VE MÜLHAK VAKIFLARDA GALLE (GELİR)  
ÜZERİNDE VAKIF EVLATLARININ ve DİĞER  
İLGİLİLERİN HAK SAHIPLIĞI ve İNTİFA HAKKI  
HAYRINDAN FAZLA OLAN MÜLHAK VAKIFLARIN  
AİLE VAKFINA DÖNÜŞTÜRÜLMESİ**

**(The rights of the children of the endower and other related persons on the income in the pious foundations that were joined together and began to be administered by the State and the transformation of the pious foundations, with usufruct rights more than their charitable service, into family foundations)**

**Doç. Dr. Ömer ÇINAR\***

**ÖZET**

743 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğünden önce kurulmuş olan vakıflarda vakfedenin, kendi soyundan gelen kişiler ile hısımları başta olmak üzere üçüncü kişilere vakfedilen malvarlığı ya da geliri üzerinde belirli koşullara bağlı olarak bir menfaat sağlaması mümkündür. Gerek Türk Medeni Kanununun kabulünden sonra yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ve gerekse bu Kanunu mülga eden 5737 sayılı Vakıflar Kanununda hak sahiplerinin galle üzerindeki hak sahipliği korunmuştur. Ancak Vakıflar Kanunu, vakfedenin hısmı olan şahısların galleden yararlanması için, vakfeden ile hısımlık ilişkisinin ve vakıf senedine göre diğer başka koşullar aranıyorsa bu koşulların hak sahibi açısından gerçekleşip gerçekleşmediğinin Mahkemece tespit edilmesini aramaktadır. Uygulamada bu davaya vakıf evladiye davaları ya da galleye müstehik evlat olduğunun tespiti davası denilmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Vakıf, Vakıf Evladı Davaları, Aile Vakfı, mazbut, mülhak, galle

***Abstract***

The endower could provide a benefit from the endowed property or its income based upon certain conditions for his descendants and third parties including his

---

\* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

family members in the pious foundations established before the commencement of Turkish Civil Law numbered 743. Both in the Law of Foundations numbered 2762 entered into force after Turkish Civil Law and Law of Foundations numbered 5737 which repealed it the rights on income for the rights holders were preserved. But for the kins of the endower to benefit from income, the Law of Foundations requires that whether the relationship of kinship and other conditions stipulated in the foundation deed, if there are any, are realized or not must be determined by the Court. In practice, these cases are called “heirloom claims” or “lawsuits to determine the descendants entitled to the income”

**Keywords:** foundation, heirloom claims, family foundation, income, pious foundation

## GİRİŞ

743 sayılı Medeni Kanunun kabulüyle birlikte, vakıflar; Medeni Kanunundan önce ve sonra kurulan vakıflar (başka bir ifade ile, “eski vakıf” ve “yeni vakıf”) olarak ikiye ayrılmıştır. 5737 sayılı Vakıflar Kanununa göre, Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce yönetilen vakıflara “Mazbut Vakıf” ve mülga 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflara da “mülhak vakıflar” denilir. Buna göre, mazbut vakıflar Genel Müdürlük tarafından yönetilirken, mülhak vakıflar vakfedenlerin soyundan gelen kişilerce yönetilir. Mülhak vakıflarda vakfedenin soyundan gelenlerin açtığı dava tevliyet olarak isimlendirilmektedir.

Osmanlı Devleti döneminde vakıftan yararlanan kişilere göre vakıflar, “hayri vakıflar, zürri vakıflar ve avarız vakıflar” olarak üçe ayrılmıştır. Hayri vakıflarda vakfin mal ve gelirinden her ihtiyaç sahibi kişi yararlanabilirken, zürri vakıflarda vakfin geliri ve malları vakfedenin evlatlarının ve akrabalarının yararlanmasına özgülenmiştir. Bazı zürri vakıflarda ise, öncelikle vakfedenin evlatları ve hısımları gözetilmiş, sonrasında ise ihtiyaç sahibi herkesin vakıftan yararlanmasına imkan verilmiştir. Avarız vakıflarda ise, vakfin geliri, belirli bir yerleşim yerinin (mahalle veya köy) olağanüstü ihtiyaçlarına özgülenmiştir. Vakıflar Kanununa göre, zürri vakıf niteliğindeki mazbut ve mülhak vakıflarda vakfedenin soyundan gelen ve bu nedenle vakfin gelirinden (galesinden) yararlanma hakkına sahip olan kişiler için öncelikle dava açılması ve bu haklarının dava ile tespit edilmesi aranmıştır. Uygulamada bu dava, vakıflarda evladiye davaları, vakıf evladı ya da galleye müstehak evlat olduğunun tespiti davası şeklinde isimlendirilmiştir.

Biz bu çalışmamızda mazbut ve mülhak vakıflarda uygulama alanı olan, vakıf evladı, galleye müstehak evlad ya da galle üzerinde hak sahipliğinin tespiti şeklinde isimlendirilen davayı inceleyeceğiz. Bu kapsamda öncelikle mazbut ve mülhak vakıf

kavramını, daha sonra ise zürri vakıflarda galleye müstehik evlad ya da galle üzerinde hak sahipliğinin tespiti şeklinde isimlendirilen davanın koşullarını ve sonuçlarını inceleyeceğiz.

## I. Mazbut ve Mühlhak Vakıf Kavramı

Osmanlı Devleti döneminde mazbut vakıf, tevliyeti vakfiyede belirtilen kişinin uhdesinde bulunduğu halde idaresi mazbut olan, Evkaf-ı Hümayun Nezareti tarafından idare olunan vakıflardır<sup>1</sup>. 5737 sayılı Vakıflar Kanununun<sup>2</sup> 3. maddesindeki tanıma göre mazbut vakıf, “*Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce yönetilen vakıflardır*”. 5737 sayılı Kanun, Mülga 2762 sayılı Kanuna<sup>3</sup> atıf yaptığından söz konusu Kanuna göre de mazbut vakfın tanımlanması gerekmektedir. 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanununun 1. maddesinin 1.bendine göre, “*4 birinci teşrin 1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıflardan A - Bu kanundan önce zabtedilmiş bulunan vakıflar, B - Bu kanundan önce idaresi zabtedilmiş olan vakıflar, C - Mütevelliliği bir makama şart edilmiş olan vakıflar, D - Kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olan vakıflar, E - Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerinden başkalarına şart edilmiş vakıflar, Vakıflar Umum Müdürlüğü’nce idare olunur. Bunların hepsine birden (Mazbut vakıflar) denir*”. Yine aynı Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Umum Müdürlüğü’nce idare ve temsil ettiği vakıflar da bir kül halinde hükmi şahsiyet sayılır*”<sup>4</sup>.

Buna göre, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, 743 sayılı Medeni Kanunun<sup>5</sup> yürürlüğünden önce kurulmuş ve yönetiminin İdare tarafından yürütüldüğü ya da yönetimin vakfedenin soyundan gelmeyen kişilere bırakıldığı vakıflarla, amacı sona ermiş ya da gerçekleşme imkânı kalmamış vakıfları mazbut vakıf olarak nitelendirmiş ve bu vakıfların toplu bir şekilde tüzel kişiliğe sahip olduğunu belirterek, her bir mazbut vakfın tüzel kişiliğinin olmadığını düzenlemiştir<sup>6</sup>. 5737 sayılı Kanunun 4. madde-

<sup>1</sup> Akgündüz, Ahmed, **İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi**, İstanbul 1996, s.367; Karınâbâdizâde Ömer Hilmi/Sungurbey, İsmet, **Eski Vakıfların Temel Kitabı**, İstanbul 1978, s.7; Ömer Hilmi (Karinâbâdizâde), **İthâ’ül Ahlaf fi Ahkâmül Evkaf**, İstanbul 1307, m.33.

<sup>2</sup> 27.02.2008 tarihli ve 26800 sayılı Resmi Gazete.

<sup>3</sup> 13.6.1935 tarihli ve 3027 sayılı Resmi Gazete.

<sup>4</sup> Mazbut vakıflar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, Hüseyin, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri**, C.I, İstanbul 1979, s.441 vd.

<sup>5</sup> 4.4.1926 tarihli ve 339 sayılı Resmi Gazete. Yürürlük Tarihi 4 Ekim 1926.

<sup>6</sup> Ögüz, M. Tufan, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul 2007, s.8-10; Yener, M. Serhat/Uslu Kazım, **Mazbut ve Mühlhak Vakıflarda Vakfiyeden Doğan Haklara İlişkin Davalar**, Ankara 2013, s.15-19; Özkaya, Eraslan, **Eski Vakıf Hukuku**, Ankara 2012, s.170-174; Yazar tarafından isabetle belirtildiği üzere (s.172, 173), mazbut vakıfların tüzel kişiliklerinin kaldırılarak kül halinde Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından idare olunacağı

sinde ise, vakfın özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu düzenlendiğinden, her bir mazbut vakfın ayrı tüzel kişiliği vardır<sup>7</sup>.

2762 sayılı Kanun uyarınca mazbut olarak kabul edilen vakıflar, bu Kanunu ilga eden 5737 sayılı Vakıflar Kanununda da aynen korunmuş, buna ilave olarak Kanunun 7. maddesinde, on yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıfların da mahkeme kararıyla Genel Müdürlükçe yönetileceği ve temsil edileceği düzenlenmiştir. Aynı hükme göre, 5737 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, 5737 sayılı Vakıflar Kanununa göre mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca, on yıl yönetici atanamayan mülhak vakıflar da mazbut sayılarak, yönetimi tamamen Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır.

Osmanlı Devleti döneminde mülhak vakıf, vakfiyelerinde belirtilen kişiler tarafından bağımsız olarak idare edilen, Evkaf Nezareti tarafından denetimi yapılan vakıflardır<sup>8</sup>. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ise (m.3), mülhak vakıfları, Mülga 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflar şeklinde tanımlamıştır. Mülhak vakıflar açısından önemli olan husus, vakfiyelerinde belirtilen yönetim şekline göre idare edilmesi olup, yönetim organının mutlaka vakfedenin soyundan gelmesi zorunlu bir koşul değildir. Bu nedenle Vakıflar Kanununun söz konusu tanımı hatalı olmuştur. Mülhak vakıflar, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye şartlarına göre Meclis tarafından atanacak yöneticiler eliyle yönetilir ve temsil edilir<sup>9</sup>. Vakıf yöneticileri kendilerine yardımcı tayin edebilirler (Vakıflar Kanunu m.6).

Mülhak vakıf yöneticilerinde aranacak şartlar ile yardımcılarının nitelikleri Vakıflar Yönetmeliği'nde<sup>10</sup> düzenlenmiştir. Vakfiyedeki şartları taşımamaları nedeniyle kendilerine yöneticilik verilemeyenler bu şartları elde edinceye, küçükler ile kısıtlılar fiil ehliyetlerini kazanıncaya ve boş kalan yöneticilik yenisine verilinceye kadar, vakıf işleri, Genel Müdürlükçe temsilen yürütülür (Vakıflar Kanunu m.6). Temsilen yönetilen vakıfların yıllık safi gelirinin %20'si Yönetim ve Temsil masrafı olarak Genel

---

hükümünün mazbut vakıfların malvarlığının Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne geçtiği şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Bu tür vakıf malları yine vakfına ait olduğu, ancak idare ve denetimlerinin Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapıldığı kabul edilmelidir. Yine Vakıflar Kanun Tasarısının (daha sonra 5737 sayılı Vakıflar Kanunu olarak yasalaşmıştır) vakıf tüzel kişiliğini düzenleme tarzı, tüm vakıfların aynı statüde görmesi ve meydana getirdiği aksaklıklar konusunda bkz. Ögüz, s.8-14.

<sup>7</sup> Yener/Uslu, s.19.

<sup>8</sup> Akgündüz, s.368-369; Ömer Hilmi, m.34; Özkaya, s.174. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Hatedmi, s.471 vd.

<sup>9</sup> Türk Medeni Kanununa göre kurulan vakıflarda vakıf yönetim organı, oluşumu ve görevleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı, Mehmet özgür, **Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı**, İstanbul 2006, s.43 vd.

<sup>10</sup> 27.9.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazete.



Müdürlük bütçesine irat kaydedilir, ayrıca tevliyet ücreti kesilmez (Vakıflar Yönetmeliği m.54/b.4).

## II. Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Vakıf Geliri (Galle) Üzerinde Hak Sahipliği ve Galleden Yararlanma Koşulları

### A. Genel Olarak

Osmanlı Devleti döneminde tartışmalı olmakla birlikte bir ailenin üyelerine menfaat sağlayan, onların hak ve menfaatlerini gözeten aile vakıflarının kurulması caiz görülmüştür<sup>11</sup>. Zürrî vakıf denilen bu vakıflarda vakfiyede belirtilen hayri koşulların ifasından sonra vakfın gelirinden (galle) fazlasının vakfiyede belirtilen evladlara ya da hısımlara verilmesi öngörülmüştür. Vakfeden, vakfın gelir fazlasından sadece belirli bir kişi ya da kişilerin yararlanmasını mümkün kılabilirdi gibi, çocuklarının, usul ve/veya füruunun ya da diğer akrabalarının yararlanmasını mümkün kılabilirdi<sup>12</sup>.

743 sayılı Medeni Kanun sonrasında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile Mazbut ya da mülhak vakıf kabul edilen zürrî vakıfların malvarlığı üzerinde hak sahipliği bulunanların bu hakları belirli koşullara bağlı olarak korunmuştur<sup>13</sup>. Gerek 2762 sayılı gerekse 5737 sayılı Vakıflar Kanununda ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelik'te mazbut ve mülhak vakıfların gelirinden yararlanacak kişiler "intifa hakkı" sahibi olarak nitelendirilmiş ve bu kişilerin dava yoluyla bu hakkını kullanabileceği belirtilmiştir. Mazbut ve mülhak vakıflarda vakfın geliri üzerinde hak sahibi olanlar için, "intifa hakkı" kavramı kullanılmışsa da bu hak teknik anlamda intifa hakkı değildir<sup>14</sup>. Hak sahibi sadece vakfın gelir fazlası üzerinde belirli bir tutarda alacak hakkı kazanmaktadır. Söz konusu hakkın üçüncü kişilere devri mümkün olmadığı gibi, hak sahibinin vakfın mallarını bizzat kullanma ve yararlanma da mümkün de-

<sup>11</sup> Zürrî vakıfların leyh ve aleyhindeki görüşler ve eserler için bkz. Akgündüz, s.271-273. Yazar, leyh ve aleyhteki görüşleri belirttikten sonra, kendi görüşü olarak (s.273), vakfiyede mirasçılardan zikredilmesinin her zaman vakfın gayesine aykırı olmayacağını, insanların kendi hısımlarına yaptığı sadakanın İslam dinine göre daha hayırlı ve sevap olduğunu, ancak vakfedenin macının bazı mirasçıları mirastan mahrum etmek ise bu tür vakıfların caiz olmayacağını belirtmiştir. Aynı yönde bkz. Uluç, Yusuf, **Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara 2008, s.49; Akipek, Şebnem/Altaş, Hüseyin, "*Vakıflarda Evladiye Davaları*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.47, S.1-4, (s.145-151), Ankara 1998, s.145-146.

<sup>12</sup> Akgündüz, s.270, 272-273; Akipek/Altaş, s.146; Uluç, s.49; Yener/Uslu, s.24-26, 96, 120.

<sup>13</sup> Hatemi, s.434'de kanunkoyucunun yanlış tutum zilediğini, kanunkoyucunun dürüstlük kurallarına uygun bir bedel karşılığında tasfiye etmesinin daha yararlı olacağını, mevcut düzenlemelerin kamu tüzelkişilik ve makamlarına gereksiz bir iş hacmi yüklediğini, evladlara yapılacak ödemenin azaltılması adına bir takım önlemler alınmasının mülhak vakıfların zabt edilmesini kolaylaştırdığını ifade etmiştir. 5737 sayılı Vakıflar Kanununa eklenen geçici 6. madde ile intifa koşulu hayır koşulundan daha fazla olan mülhak vakıfların aile vakfına dönüştürülmesi kabul edildiğinden, Yazarın bu görüşünün kanunkoyucu tarafından da kabul edildiği söylenebilecektir.

<sup>14</sup> Yener/Uslu, s.32.

ğildir<sup>15</sup>. Mahkeme kararı kesinleşmeden davacının ölmesi halinde, ilk derece mahkemesi karar vermiş ancak karar kesinleşmemiş ise, hak kazanma ilk derece mahkemesi kararı ile olduğundan, mirasçılar yerel mahkeme kararının kesinleşmesi sürecinde davaya devam edebilecek ve kararın kesinleşmesinden sonra ilk derece mahkemesinin karar tarihi itibari ile hesaplanacak galle terekeye dahil olacaktır. Davacının yargılama devam ederken, yani henüz ilk derece mahkemesi karar vermeden önce ölümü halinde ise, ilk derece mahkemesi kararı verilmeden hak sahipliği söz konusu olamayacağından (Yönetmelik m.55), terekeye dahil olmayan bir alacak bulunmadığından kanaatimizce mirasçıların davaya devam etmesi de mümkün olmayacaktır<sup>16</sup>.

2762 sayılı Vakıflar Kanununun 39. maddesinde, Kanunun yürürlüğünden önce mazbut hale gelmiş vakıflar ile on seneden beri mütevellisi bulunmayan vakıflara artık müteveli tayin edilmeyeceği belirtilmiş, ancak ilgililerin vakfiyeye göre intifa hakları mahfuz tutulmuştur. Yine aynı Kanunun 40. maddesinde mülhak vakıflarda mütevelliliğe ve vakıftan intifa veya mülkiyet iddiasına ait davalarda mütevellilerle vakıflar idaresi birlikte davalı gösterilmesi gerektiği belirtilmişti. 2762 sayılı Kanun döneminde Vakıflarda İntifa Haklarının Ne Suretle Tesbit ve İta Edileceği Hakkında 17/7/1936 Tarihli Vakıflar Nizamnamesine Ek Nizamname yürürlüğe konulmuş,

<sup>15</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.05.2001 tarihli, 2001/13-396 E. ve 2001/440 K. sayılı kararından; “.....Dava konusu taşınmazların, Mirohor Yusuf Oğlu Mehmet Bey Vakfı’ndan olup, tapuda Vakıflar Genel Müdürlüğü adına kayıtlı bulunduğu; daha önce açılan dava sonucunda vakıf kapsamındaki taşınmazların intifa haklarının vakıf evlatlarına ait olduğunun hüküm altına alındığı ve bunun tapuya işlendiği; anılan vakfın mülhak vakıf niteliğinde iken, Vakıflar Genel Müdürlüğü Vakıflar Meclisi’nin 04/07/1989 günlü kararıyla mazbut vakıflar arasına alındığı; bu kararın iptali istemiyle idare mahkemesinde açılan davanın kabul ile sonuçlandığı, ancak Danıştay tarafından yetki yönünden kararın bozulduğu, davanın derdest olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, vakıf evlatlarının intifa haklarının hukuksal niteliği ve kapsamı; bu hakkın taşınmazları bizzat ya da başkalarına kiralama yoluyla kullanma olanağını verip vermeyeceği, Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün davacılar ile yaptığı kira sözleşmesinin geçerli bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, Yargıtay 1,6 ve 18. Hukuk Daireleri’nin istikrar kazanmış kararlarında kabul edildiği üzere, vakıf evlatlarının intifa hakları, Medeni Kanun’un 717 ve ardından gelen maddelerinde düzenlenmiş olan “mülkiyetin gayri aynı haklar” anlamındaki intifa hakkıyla tam olarak örtüşen; hukuksal yapısı itibariyle onunla tamamen aynı nitelikte bir hak değildir. Vakıf namede sükna hakkından söz edilmediği sürece, vakıf evlatlarının intifa hakları, taşınmazları kullanma hakkını içermez; sadece 2762 Sayılı Vakıflar Kanunu ile Tüzük hükümleri çerçevesinde, vakıf gelirlerinden pay isteyebilme olanağı verir.

O halde, uyuşmazlık, davacıların Vakıflar Genel Müdürlüğü ile akdettikleri kira sözleşmesinin geçerli bulunduğu olgusuna dayalı olarak, bu hukuksal temel üzerinde değerlendirilip, çözümlenmelidir. Bu durumda ise, davacıların, geçerli bir sözleşmeyle kiraladıkları dava konusu taşınmazları, davalının engellemesi nedeniyle kullanamamalarından doğan zararlarının tazminini, ister vakıf evladı, ister ondan kiralayarak kullanan durumunda bulunsun, davalıdan isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Mahkemenin bu gerekçelere dayalı direnme kararı yerindedir. Ne var ki, mahkemece hüküm altına alınan tazminatın tür ve miktarı ile hesaplama yöntemi yönünden Özel Dairece bir inceleme yapılmadığından, bu yönler incelenmek üzere, dosya özel dairesine gönderilmelidir”, (www.kazanci.com.tr).

<sup>16</sup> Yener/Uslu, (s.32), davacının dava sırasında ölmesi halinde davadaki talep tarihi itibari ile sınırlı olmak üzere ödenecek galle fazlasının terekeye dahil olacağını belirtmektedir. Dava açılmakla hak sahipliği söz konusu olmadığından, kanaatimizce bu görüş isabetli değildir.

kimlere ne şekilde intifa hakkı ödeneceği bu Tüzükte belirtilmiştir<sup>17</sup> 18.

17 6/1/1938 tarihli ve 3801 sayılı Resmi Gazete. Söz konusu Tüzüğün 1. maddesinde, gelirden hak sahiplerine ödeme yapılacak vakıflar sıralanmıştır. Bu maddeye göre; "A-2762 sayılı Vakıflar Kanunundan önce zaptedilmiş, B – Bu kanundan önce idaresi mazbutiyet altına alınmış, C – Mütevelliliği bir makama şart edilmiş, Ç – Kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış, D – Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerinden başkalarına şart edilmiş, E – On senedenberi mütevelliliği kimseye tevcih edilmemiş olduğundan dolayı Vakıflar Kanunu mucibince Vakıflar Umum Müdürlüğüne idaresi lazım gelen vakıflarda alakalılarının vakfiyeye göre mahfuz tutulan intifa hakları aşağıda yazılı esaslara göre tesbit ve ita olunur. Kanunun neşriden sonra zaptedilecekler hakkında da aynı hükümler tatbik olunur". Tüzüğün 2. maddesinde ise, intifa hakkı talep edebilecek kişiler belirtilmiştir. Bu hükme göre, "A – Fiili hizmet mukabilinde kendilerine vakfından vazife veya hisse verilmesi vakif tarafından şart edilmiş olan hademe, B – Makam sahipleri hariç olmak üzere vakfiye şartlarına göre vakıfta alakalı bulunanlar" hak sahibidir. Tüzüğün 3. maddesinde, (Değişik: 30.7.1987 - 87/12047 K.) 2762 sayılı Vakıflar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce mazbut Vakıflar arasına alınan vakıflarda intifa haklarının, vakfiye şartları esas alınarak 7 nci maddeye göre belirlenen vakif ilgililerine, 6 ncı madde hükümlerine göre her yıl ödeneceği düzenlenmiş, 4. maddede ise, fiilen veya kanunen hayri bir hizmeti kalmamış olmasından dolayı tevliyetleri kaldırılan mütevelliler evlattan oldukları takdirde vakfiyet uyarınca tevliyet hizmetine mukabil tahsis edilmiş olan intifa hakları kaydı hayat şartı ile verileceği düzenlenmiştir. Tüzüğün 5. maddesinde, Vakıflar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, zaptedilen vakıflarda alakalılarının intifa hakları ayrıca düzenlenmiştir. Bu hükme göre, (m.5), "A – Vakıftan hizmet mukabili intifa edenlerden asli cihat sahipleri diğer mazbut vakıflar hademesi gibi muamele görürler. Ancak zabıttan evvel aldıkları vazife hademe kadrolarında emsaline muhassas aylıklardan fazla olduğu ve tahsisleri usulü dairesinde yapılmış bulunduğu takdirde bunların inhihallerine kadar tesviyesine devam olunur. 283/284 Bu vakıflardaki fer'i cihat sahiplerinin almakta oldukları tahsisatda inhihal vukuuna kadar bütçeden tesviye olunur. Bankaların vefatında münhal kalacak hizmetler hakkında diğer mazbut vakıflara ait hükümler tatbik edilir. B – Vakfiyelerinde hizmet mukabili olmayarak makam sahipleri hariç olmak üzere alakalılara mukannen olarak tahsis edilmiş olup zapta kadar almakta oldukları aylık ve yıllıkların zabıt sırasında 6 ncı madde mucibince tesbit edilecek vasati gelirleri müsait olan vakıflarda itasına devam olunur. C – Vakfiyelerinde masraf çıktıktan sonra kalacak fazladan alakalılara tahsis edilen hisseler, aşağıdaki madde uyarınca tesbit edilecek fazla miktara göre tayin olunur". İlgililere ödenecek fazla gelirin hesaplanması konusundaki 6. madde düzenlemesi Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 30/6/1978 tarih ve K. 1978/433 S.K.ile iptal edildiğinden 30/7/1987 - 87/12047 K. sayılı karar ile yeniden düzenlenmiştir. Bu hükme göre (m.6), "Vakfiyeleri gereği intifa hakkı almaya hak kazanan vakıf evladı veya ilgisi bulunan mazbut vakıfların, gelir ve giderleri, ayrı ayrı, vakıfları adına tutulur. Akar ve Toprak satış bedelleri, taviz bedelleri ve hayrat satış bedellerine yürütülen faizler ana paraya eklenerek değerlendirilir ve Vakıflar Meclisi kararıyla yatırıma dönüştürülebilir. Vakfiyesinde vakıf taşınmazların bakım ve onarım şartı bulunan vakıfların gayrisafi gelirlerinden, her yıl % 10 oranında ihtiyat akçesi ayrılarak taşınmazların bakım ve onarımları yapılır. Bu oran, vakıfların malvarlığına göre, Vakıflar Meclisi kararıyla artırılabilir. Vakıfların yıllık gayrisafi gelir tahsilatından % 20 oranında yönetim ve temsil gideri karşılığı alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğü bütçesine gelir yazılır. Bu vakıfların gerçekleşen yıllık gayrisafi gelir tahsilatından, vakıf için yapılan giderler ve vakfiye şartı gereği yapılan her türlü harcamalar çıkarıldıktan sonra vakıf evlatlarına veya ilgililerine ödenecek intifa hakkı belirlenir. Bu haklar, vakfın gelir fazlasının (intifa hakkının) doğduğu mali yılı izleyen ilk altı ay içinde vakfın evladı veya ilgisi olduğunu mali yılın birinci ayında belgeleyenlere yıllık olarak ödenir". Tüzüğün 7. maddesinde (Değişik: 30/7/1987 - 87/12047 K.), her vakıf için belirlenen gelir fazlası (intifa hakları) vakfiye şartı gereği vakıf evladı veya ilgisi olduğunu ve galleye hak kazandığını kesinleşen mahkeme kararıyla isbat edenlere ödeneceği, vakıf evladı veya ilgisi olduğunu mahkeme kararı ile isbat edenlerin vakfiye şartı gereği intifa hakkına hak kazanan çocuklarından ayrıca mahkeme kararı istenmeyeceği, nüfus kaydı esas alınarak işlem yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme Vakıflar Yönetmeliğinin 53. maddesi ile paralellik arz etmektedir.

18 Vakıflar Tüzüğü ve Ek Tüzük 2009/15228 ve 2009/15229 K. sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz.23 Temmuz 2009 tarihli ve 27297 sayılı Resmi Gazete.

5737 sayılı Kanununun 7. maddesinde ise, on yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mühlak vakıfların mahkeme kararıyla Genel Müdürlükçe yönetileceği ve temsil edileceği ve 5737 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, söz konusu Kanun ile mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılamayacağı belirtildikten sonra, ilgililerin vakfiye şartlarına göre intifa hakları saklı olduğu düzenlenmiştir. 5737 sayılı Kanununun 7. maddesine 6111 sayılı Kanunun<sup>19</sup> 208. maddesi ile 4. ve 5. fıkra olarak iki ek fıkra eklenmiştir. Kanununun 7. maddesine 4. fıkra olarak eklenen düzenlemeye göre, intifa haklarına ilişkin taleplerin galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşecektir. Buna göre, galle fazlasından yararlanma hakkı için 5 yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Yine Kanununun 7. maddesine eklenen 5. fıkra hükmü ile, mazbut vakıflarda intifa haklarının, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Genel Müdürlükçe belirleneceği düzenlenerek, galle üzerindeki hak sahipliğinin hesabında geçmişe dönük gelir hesabı 5 yıllık süre ile sınırlanmıştır.

Yine 5737 sayılı Vakıflar Kanununda, mazbut ve mühlak vakıfların vakfiyelerindeki şartlar doğrultusunda, ilgililerin intifa haklarının saklı olduğu ve bu hakların kullanılmasına ilişkin usûl ve esasların Yönetmelikle düzenleneceği (m.75), mühlak vakıflarda vakıf yönetimine, mülkiyet ve intifa hakkı iddiasına ait davalarda vakıf yönetimi ile Genel Müdürlüğün birlikte hasım gösterileceği (m.76) düzenlenmiştir. Kanununun 75. maddesi uyarınca, Vakıflar Yönetmeliği'nin 53 ilâ 57. maddeleri arasında galle üzerinde hak sahibi olanların bu hakkını kullanmasının şekli ve usulü, galle fazlası hesabı ve gallenin ödenmesi ve süre düzenlenmiştir.

Vakıflar Yönetmeliği'ne göre, vakfın gelirinden hak sahibi olanların öncelikle vakfedenin hismı ise bu hisimliliğini ve vakfiyede belirtilen diğer koşulları sağladığını gösteren bir mahkeme kararı alması daha sonra ise bu mahkeme kararı ile vakfın türüne göre vakıf yönetimine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne belirli bir süre içinde başvurması gereklidir. Biz aşağıda önce mahkeme kararı ile galle (gelir) üzerinde hakkın tespit ettirilmesini, sonrasında ise başvuru yapılması, gallenin hesaplanması ve ödenmesi, hak düşürücü süre ve son olarak da hak sahiplerine özgülenen gelirin hayır şartından fazla olması halinde aile vakfına dönüşmesini inceleyeceğiz.

<sup>19</sup> 25.2.2011 tarihli ve 27857 sayılı (mükerrer) Resmi Gazete.

## **B. Galleye Müstehik Vakıf Evladı ya da İlgilisi Olduğunun Mahkeme Kararı İle Tespiti**

### **1. Genel Olarak**

Mazbut ve mühlhak vakıflarda gelirden yararlanmak için açılan davalara, doktrinde ve uygulamada vakıf evladiyetinin tespiti ya da galleye müstehik vakıf evladı olduğunun tespiti gibi isimlendirmeler kullanılmaktadır<sup>20</sup>. Belirtmek gerekir ki vakıf evladı kavramı daha çok, vakfedenin çocukları ya da alt soyundan gelenler için kullanılan bir kavram olup, vakfedenin akrabaları ya da vakıftan yararlanan ismi ile belirtilmiş kişileri kapsamamaktadır. Bu nedenle vakfın gallesi (geliri) üzerinde hak sahibi olduğunun tespiti şeklindeki ifadenin daha uygun olduğunu düşünüyoruz.

Vakıflar Kanunu ve Vakıflar Yönetmeliği, galle üzerinde hak sahibi olduğunu ileri süren kişilerin öncelikle bu hakkının Mahkeme kararı ile belirlenmesini aramıştır. Yönetmeliğin 53. maddesinde, vakıf evlatları veya ilgililerin dilekçe ile vakfiye şartı gereği vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu ve galle fazlası almaya hak kazandığını gösteren mahkeme kararıyla başvuru yapması gerektiği belirtilmiş, ancak aynı hükümde, vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispat edenlerin, vakfiye şartı gereği galle fazlası almaya hak kazanan çocuklarından ayrıca mahkeme kararı istenmeyeceği, vukuatlı nüfus kaydı esas alınarak işlem yapılacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında ise, vakfiyede batın tertibi veya bunun gibi herhangi bir şart mevcut ise, bu şartın mahkeme kararı ile ispatı gerektiği özellikle vurgulanmıştır.

### **2. Vakfın Gallesi (Geliri) Üzerinde Hak Sahibi Olduğunun Belirlenmesi İçin Açılacak Davanın Tarafları, Hukuki Niteliği, Konusu, Delillerin Değerlendirilmesi ve Yargılama Sonunda Verilen Hükümün Niteliği**

#### **a. Davanın Tarafları**

Vakfın geliri üzerinde hak sahibi olduğuna ilişkin davayı, vakfiye uyarınca galleden yararlanma hakkı olan, yani vakfeden ile soy bağı olan ya da soy bağı olmasa bile galleden kendisine pay özümlenen diğer kişiler açabilir<sup>21</sup>. Davanın açılması için, fiil ehliyetine sahip olmak gerekli olup, ayırtetme gücüne sahip ancak kısıtlı olanlar ya da ergin olmayanlar için yasal temsilcinin (veli ya da vasi) onayı gerekir<sup>22</sup>. Davalı ise, mazbut vakıflarda Vakıflar Genel Müdürlüğü (Vakıflar Kanunu m.6), mühlhak vakıflarda ise, Vakıf Yönetimi ve Vakıflar Genel Müdürlüğüdür. Mühlhak vakıflarda

<sup>20</sup> Hatemi, s.430 vd.; Özkaya, s.163-164; Yener/Uslu, s.104 vd.

<sup>21</sup> Uluç, s.57; Yener/Uslu, s.61-62.

<sup>22</sup> Türk Medeni Kanununun 462. maddesinin 8. bendine göre, vesayet altın alınan kişiler açısından dava açılması için, vasinin onayı yanında vesayet makamının da izni gereklidir.

Kanundan kaynaklanan zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur (Vakıflar Kanunu m.76).

### b. Davanın Hukuki Niteliği ve Konusu

Vakıf evladı veya galleye müstehak vakıf evladı olduğunun belirlenmesi için açılacak dava bir tespit davasıdır<sup>23</sup>. Bu davada Mahkemece davacının vakfedenin evladı, akrabası ya da vakfiyede belirtilen ilgili kişilerden olup olmadığı, yine galleye müstehak olduğunun tespiti isteniyorsa vakıf senedine göre galle fazlasının dağıtılmasının gerekip gerekmediği ve dağıtılması gerekiyorsa davacının galleden pay alacak kişilerden olup olmadığı tespit edilecektir<sup>24</sup>. Mahkeme tarafından davacının vakıf evladı olduğunun ve vakıf senedine göre galleye hak kazandığının tespit edilmesinden sonra, bu tespit hükmü Vakıflar Yönetmeliğinin 53. maddesine göre yeterli olup, hak sahibi ilgili mülhak vakfa ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne başvuru yapacaktır.

Davanın konusunu, sadece vakfedenin evladı, akrabası ya da vakfiyede belirtilen ilgililerden olduğunun tespiti oluşturabileceği gibi, vakfın evladı ya da ilgisi olduğunun tespiti yanında, aynı zamanda gallesinden hak sahibi olduğunun da tespiti oluşturabilir<sup>25</sup>. Bazı mazbut ya da mülhak vakıflarda vakfeden, evladına ya da akrabasına gelirden pay bırakmamış olmakla birlikte, belirli bir ücretin ödenmesini kararlaştırmış olabilir. Bunun yanında vakıf evladı olduğunun belirlenmesi ilgili kişiye manevi bir tatmin sağlayabilecektir<sup>26</sup>. Bu nedenle sadece vakıf evladı ya da ilgisi olduğunun tespiti için bir dava açılması mümkün olduğu gibi, vakıf senedinde galle fazlasının dağıtılması öngörülmüşse evlad ya da ilgili olduğunun tespiti yanında galleye müstehak olduğunun da tespitinin istenmesi mümkündür<sup>27</sup>. Vakıflar

<sup>23</sup> Tespit davası, koşulları ve türleri konusunda bkz. Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara 2011, s.273 vd.

<sup>24</sup> Uluç, s.56-57; Yener/Uslu, s.98, s.107.

<sup>25</sup> Yener/Uslu, s.98-99.

<sup>26</sup> Yener/Uslu, s.63, 99; Sadece vakıf evladı olduğunun tespiti ile dava açılmış ise, davacının dava sonucunda elde edeceği hüküm ile manevi tatmin sağlayacağı ya da vakfiyede galle dışındaki diğer hakları elde edebileceği kabul edilerek, galle söz konusu olmasa bile hukuki yararın var olduğu kabul edilebilirse de vakıf evladı olduğunun tespiti davası açılarak, elde edilecek hüküm ile vakfın geliri üzerinde hak sahipliği talep edilmesi mümkün olmayacaktır.

<sup>27</sup> Sadece galle üzerinde hak sahipliğinin tespiti istenilmiş ve tespit isteyen kişi vakfedenin hısımları ise, galle üzerinde hak sahipliğinin tespiti isteminin aynı zamanda vakıf evladı olduğu isteminin de içerdiği kabul edilecektir. Aynı görüşte Yener, s.99. Buna göre, galleden yararlanmak için vakfiyedeki koşulların oluşmadığı belirlenmiş olsa da eğer davacının vakıf evladı olduğu tespit edilmişse, davacının galle açısından talebi reddedilecek, ancak vakıf evladı olduğunun tespitine karar verilecektir. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu husustaki 16.6.1999 tarihli ve 1999/18-497 E. ve 1999/503 K. sayılı bir kararı özetle şöyledir; "...DAVA : Taraflar arasındaki "vakıf evlatlığının tesbiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesince karar incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 14/9/1998 gün ve 1998/8310 – 8871 sayılı ilamı ile;(

Yönetmeliğinin 53. maddesine göre, galleden yararlanılmak isteniyorsa sadece vakıf evladı olduğunun tespiti değil, galleye müstehik olduğunun da mahkeme kararı ile belirlenmesi zorunludur.

### c. Delillerin Değerlendirilmesi, Özellikle Vakfiyenin Yorumlanması

Vakıf evladı ya da galle üzerinde hak sahibi olduğunun tespiti davasında vakfiyenin içeriği ve yorumlanması ile davacının vakfedenle olan nesep ilişkisi büyük önem taşır. Bu davalarda davacının vakfedenle ilişkisini gösteren veraset ilamı, nüfus kayıtları, özellikle vakfiyenin incelenmesi ve değerlendirilmesi zorunludur<sup>28</sup>. Galleye müstehik vakıf evladı ya da hak sahibi olduğunun tespit istemlerinde sadece vakfedenle kan bağıının sağlanması yeterli olmayıp, vakfiyede belirtilen diğer koşulların da gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekir<sup>29</sup>. Davacının ya da onun hı-sımlarından birinin vakfedenle nesep ilişkisini ya da galleden pay aldığını gösteren daha önce verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme hükmü varsa, bu karar da delil olarak

---

... Davacının evladı olduğunun tesbitine karar verilmesini istediği vakfın vakıfnamesinde galle fazlasından yararlanabilmek için ön batından ve erkek evlat olmak şartı vardır. Diğer bir deyimle davacı ön batından olma evlat niteliğini kazandığında (kendinden önceki batınlardaki evlat öldükten sonra ) galle fazlasından yararlanma niteliğini elde edecektir.Bu durumda davacının, vakfın evladı olduğunun tesbitine dair davada hukuki yararı bulunmadığı ileri sürülemez. O nedenle belirtilen gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir... ) gerekçe-siyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; Mahkemece önceki kararda direnilmiştir...KARAR : Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilme-si Usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...), (www.kazanci.com.tr).

<sup>28</sup> Yener/Uslu, s.71-72, 76, 112-113; Medeni usul hukukunda deliller ve ispat kuvveti hususunda bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s.367 vd..

<sup>29</sup> Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 5.11.2009 tarihli ve 2009/ 3664 E. ve 2009/ 9656 K. sayılı kararından; "...Davacılar vekili, müvekkillerinin H... ve K... Vakfının galle fazlasına müstahak vakıf evladı olduklarının tespitini istemiş, mahkemece yapılan yargılama sonunda davacıların vakfın galleye müstahak evladı olduğunun tespitine karar verilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelerden davaya konu vakıf için; E.. A... H... ( E... M.... H..., H.... ) Vakfının 1469, K.... A.... B... T... H... Vakfının 1484, C... A... B... T... H... Vakfının 1513 ve K... H... H... B... T... H... Vakfının 1521 tarihli vakfiyelerinin getirildiği ve değerlendirmenin bu vakfiyele-re göre yapıldığı görülmüştür. Ancak davaya konu vakfın, vakfiyeleri dosyaya getirilen bu vakıflardan birisi veya başkaca bir vakıf olup olmadığı davacı tarafı açıklattırılarak galleye müstahak vakıf evladı olduklarının tespiti istenen vakıf kesin olarak belirlenip bu vakfa ait vakfiyeye göre davacıların varsa kanbağı ile bağlı olduğu kişilere ait vakıftan galle alınmasına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararlarının ibrazı istenip, davacıların gidebildiği kadar üst murislerini gösterir nüfus kayıtlarının ilgili Nüfus Müdürlüğünden ve vakfa ait vakfiye ile vakıftan galle alan evlat listesi ve dayanakları evrakın Vakıflar Genel Müdürlüğünden getirtilip vakfiyede batın vs. diğer şartların bulunup bulunmadığı belirlendikten ve varsa davacıların bu şartları taşıyıp taşımadığı tespit edildikten sonra gerektiğinde uzman bir bilirkişiden de rapor alınıp; bütün bu delil ve belgeler birlikte değerlendirilip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın kabulü doğru görülmemiştir...", (www.kazanci.com.tr).

kabul edilecektir. Bu durumda önceki mahkeme kararı davacının tarafı olduğu bir dava da verilmiş ise, artık nesep ilişkisi ispatlanmış sayılmalıdır. Vakfedenle kan bağı kuran önceki mahkeme kararı davacının kendisine değil, hısımlarından birine ait ise, davacının söz konusu mahkeme kararındaki kişi ile hısımlılığını ispat etmesi yeterli olacaktır<sup>30</sup>.

Bununla birlikte Yargıtay, vakfedenle nesep ilişkisi kuram mahkeme kararlarının kesin hüküm, kesin delil ya da kuvvetli delil olmadığını, kuvvetli delil olduğu biran için kabul edilse bile, kuvvetli delil niteliğindeki mahkeme kararının aksinin ispatlanabileceğini kabul etmektedir.

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.5.2007 tarihli ve 2007/18-293 E., 2007/310 K. sayılı kararından;** "...Dava, vakıf evladı olduğunun tespiti isteğine ilişkindir. Davacı, murisi olduğunu iddia ettiği Süleyman Şah oğlu Ertuğrul Gazi'nin kurduğu vakıfların davalı idarede tescilli olduğunu, Ankara 21.Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen 2002/903 Esas sayılı dosyada, Ertuğrul Gazi'nin torununun torunu Padişah 2.Bayezid ile irsen soybağının tespit edildiğini ve evladiyet kararı verildiğini, bu nedenlerle Süleyman Şah oğlu Ertuğrul Gazi Vakıflarının da evladı olduğunun tespitini talep ve dava etmiştir. Davalı Vakıflar İdaresi vekili, davacının davada hukuki yararının bulunmadığını, davanın «galle fazlasına-müstehak evlat olduğunun tespiti biçiminde açılması gerektiğini ileri sürerek öncelikle hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verilmesini, aksi halde vakfiyenin ve davacının nüfus kayıtlarının getirtilerek bilirkişi vasıtasıyla davacının intifa hakkını almaya hak kazanan evlattan olup olmadığı hususunda gerekli araştırmanın yapılmasını, davacının davasını ispat etmesini cevaben bildirmiştir.

Yerel mahkemece davanın ispat edilemediğinden reddine karar verilmiş; hüküm Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur. Dava konusu vakıf, Osmanlı dönemine ait bir vakıftır. Bu nedenle davayı Osmanlı Vakıf Hukuku düzenlemelerine göre incelemek gerekir. Osmanlı döneminde kurulan bir vakfın yukarıdaki esaslar dairesinde kurulup kurulmadığının tespiti ancak vakfın tüzüğü ( vakfiye ) ile belirlenebilir. Dava konusu Ertuğrul Gazi Vakfına ait vakfiyenin ve evlat kaydının bulunmadığı ve tevliyetinin 10 yıldan fazla açık kaldığı, 2162 sayılı Vakıflar Kanununun 39. maddesi uyarınca mazbut vakıflardan olduğu Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 5.3.2004 tarihli yazısından anlaşılmaktadır. Bir vakfın adının geçmesi, o vakfa ait malların bulunması; bu vakfın amacının ne olduğunu, vakfi kimin idare ettiğini ( tevliyet ) ispat için yeterli değildir.

Evladiyetin tespiti ile ilgili olarak daha önce verilen ve Yargıtay'dan geçerek kesinleşen mahkeme kararlarının görülmekte olan davada kesin hüküm, kesin delil; veya güçlü delil teşkil edip etmeyeceği görüşmeler sırasında tartışılmıştır. Değinen kararların, konuları olan vakıflar ile somut olaydaki vakıfların ve vakıf kurucularının farklı olması nedeniyle kesin hüküm, kesin delil veya güçlü delil teşkil ettiğinden söz etme

<sup>30</sup> Yener/Uslu, s.112-113.



olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki bozma ilamında belirtilen ve önceden görülüp kesinleşen dosyaların güçlü delil olduğu kabul edilse dahi, güçlü delilin aksi her zaman ispat edilebilir. Bu görüşü Hukuk Genel Kurulu'nun 9.3.1994 gün, 1993/18-878Esas, 1994/139 sayılı kararı da doğrulamaktadır...Davacının vakıf evladiyetinin tespitini istediği Ertuğrul Gazi ile ilgili çok az sayıda belgenin Ankara'da Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Arşivinde ve Vakıflar Genel Müdürlüğü Arşivi'nde bulunduğu; bu belgelerden, Osmanlı Padişahlarının Bilecik'i Ertuğrul Gazi'ye vakfettikleri ve söz konusu vakfın, aslında tahsisat türünden, gayrisahih olduğu Dr.Mehmet Akif Erdoğan'ın «Ertuğrul Gazi'nin Bilecik'teki Vakıfları» başlıklı makalesinde anlatılmaktadır. Anılan makalede Ertuğrul Gazi Vakfının Selatin Vakfı olduğu, Selatin vakıflarının idaresinin Darüssaade Ağalığına bağlı olduğu, Darüssaade Ağası'nın Selatin vakıflarını nezaretle vazifeli bulunduğu ve tevliyetin ise padişahların vekil tayin ettikleri kişilere verildiği açıklanmıştır...Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere ortada güçlü delil olmadığı gibi, bir an için var olduğu düşünülse dahi, aksi dosya içeriği ile kanıtlanmıştır.

Osmanlılar döneminde 1831 yılına kadar modern anlamda nüfus sayımı ve nüfus kaydı olmadığı, 1831 sayımından sonra gerçek anlamda modern sayımlar ve nüfus kayıtlarının 20.yüzyıl başlarında tutulduğu dikkate alındığında davacının Sokullu Mehmet Paşanın oğlu İbrahim Han'ın torunu olduğunu kanıtladığını söyleyebilmek de yine dosya içeriği ile mümkün görülmemektedir.

Bütün bu anlatılanların ışığında, davacının iddiası, davalı tarafın savunması, bilirkişi raporları ve tüm dosya içeriğine göre davacının davasını ispatladığı sonucuna varılamayacağından, usul ve yasaya uygun bulunan, davanın reddi yönündeki direnme kararının onanması gerekir...”.

Galleye müstehak evlad olduğunun tespiti davalarında ise, kan bağı yanında vakfiyedeki diğer koşulların varlığını ispat etmesi gerekli olup, davacının hısımlarının galleden pay alması yeterli olmayacak, vakfiyeye göre kendisinin de hak sahibi olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Aynı derecedeki vakıf evladlarının hepsinin ayrı ayrı dava açması gereklidir. Ancak, Vakıflar Yönetmeliğinin 53. maddesinde, vakıf evladı veya ilgisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispat edenlerin, vakfiye şartı gereği galle fazlası almaya hak kazanan çocuklarından ayrıca mahkeme kararı istenmeyeceği düzenlendiğinden, bu koşulları haiz çocukların dava açmasına gerek yoktur.

Galle üzerinde hak sahipliğinin tespiti için vakfiyede galle üzerinde nasıl tasarruf edileceğinin ve kimlere galleden pay verileceğinin tespiti büyük önem taşır. Bu nedenle vakfiyedeki bazı kavram ve koşulların yorumlanması gerekir. Vakfiyelerde en çok kullanılan kavramlar, “batın (batn)”, “batnen ba'de batnın”, “evlad-ı zukur”, “veled”, “veledime ve veledimin veledine”, “evlad”, “evladıma ve evladımın evladına”, “karabet”, “karnen ba'de karnin”, “akraba” ve “nesil” vb.dir<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Burada belirtilen kavramlar örnek olarak sayılmış olup, bu kavramlar dışında da vakfiyede pek çok farklı kavram kullanılabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akgündüz, s. 274-277; Hatemi, s.418 vd.; Özkaya, s.164-167; Ömer Hilmi, m.140 vd.; Yener/Uslu, s.107 vd.

“Batın (batn)” kavramı, sözlükte “karın, kuşak” anlamına gelmektedir<sup>32</sup>. Vakfiyelerde batın koşulu en çok “batnen ba'de batnın” şeklinde yer almaktadır. Bu ifade ön kuşakta yer alan vakıf evladının galle üzerinde önceliği olduğu anlamına gelmekte olup, ön kuşakta vakıf evladı varken sonraki kuşaktaki vakıf evladlarının galleden pay alamayacağı anlamına gelmektedir<sup>33</sup>. Vakfiyede aksine bir hüküm yoksa, ön kuşakta yer alan evladın erkek ya da kadın olmasının ya da dininin herhangi bir önemi yoktur<sup>34</sup>.

“Evlad-ı zukûr” erkek evlat anlamında olup, evlad-ı evlad-ı zukur, erkek ve kız çocukların erkek çocukları anlamına gelir<sup>35</sup>. Vakfiyede “zukûr” denilmişse sadece erkek evladların galleden pay alacağı kabul edilecek, eğer “evlad-ı evlad-ı zukûr” denilmiş ise, vakfedenin erkek ve kız evladlarının erkek çocukları galle üzerinde hak sahibi olacaktır<sup>36</sup>. Veled ve evlad kavramları benzer anlama gelmekle birlikte, birden fazla kullanıldığında anlam değişmektedir<sup>37</sup>. Öyle ki, vakfeden veled ya da evlad lafzını bir kez kullanmış ise, mesela “galle veledime kalsın” ya da “galle evladıma kalsın” demiş ise, bu durumda galle birinci kuşak mirasçılar olan erkek ve kız çocukların tamamına kalacaktır. Bu durumda ölen evladın payı, kendi alt soyuna geçmeyecek ve fakirlerle kalacaktır<sup>38</sup>. Vakfedenin vakıf kurduğu sırada erkek ve kız çocukları ölmüş ancak torunları varsa evlad ya da veled lafzı torunlar anlamında yorumlanacak ve galle torunlara kalacaktır. Ancak daha sonra vakfedenin çocuğu dünyaya gelirse, artık torunlar yararlanamayacak, doğan çocuk galleden yararlanacaktır<sup>39</sup>.

Vakfiyede “evladıma ve evladımın evladına” denilmişse birinci ve ikinci kuşak

<sup>32</sup> Bkz. www.tdk.gov.tr (Güncel Türkçe Sözlük); Erdoğan, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, İstanbul 2005, s.47.

<sup>33</sup> Akgündüz, s.276-278; Akipek/Altaş, s.148-149; Hatemi,s.420; Ömer Hilmi, m.142; Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin15.11.1996 tarihli ve 1996/8575 E. ve1996/10089 K. sayılı kararından; “...Sadrazam Melik Mehmet Paşa vakfiyesinde ise mütevellinin nasıl belirleneceği açıklandıktan sonra vakıf fazlasının, “mütevelli olan kişi ile aynı derecede müsavi evlat” arasında kadın erkek ayrımı yapılmaksızın eşit olarak bölüşüleceği açıklanmıştır. “Mütevelli olan ile aynı derecede müsavi evlat” deyiminden amaç batın şartına bağlı mütevellinin batnında ( kuşağında ) olanlar kastedildiğine göre burada galle fazlasından yararlanmak için batın şartının mevcut olduğu kabul edilebilir. Bu durumda davacı küçüğün üst batında mütevellidi dedesi sağ iken bu vakfın galle fazlasından yararlanamayacağının kabulü ile bu vakıfla ilgili davanın reddinde de bu gerekçe ile isabet vardır...”.

<sup>34</sup> Akgündüz, s.277; Ömer Hilmi, m.154.

<sup>35</sup> Erdoğan, s.130.

<sup>36</sup> Ömer Hilmi, m.150; Yener/Uslu, s.108.

<sup>37</sup> Akgündüz, s.274-275; Hatemi, s.418-419;Özkaya, s.165-166; Ömer Hilmi, m.140-141; Uluç, s.49-50; Yener/Uslu, s.108; Belirtmek gerekir ki, vakfiyede manevi evlad intifa hakkına sahip kılınmış ise, evladlığın ayrıca nüfusa tescil edilmiş olması da aranmayacaktır (Yargıtay 6.HD., 91 E. ve 1646 S. kararı). Bu karar ve manevi evlad konusunda başka bir karar için bkz. Ömer Hilmi/Sungurbey, s.481.

<sup>38</sup> Akgündüz, s.274-275; Akipek/Altaş, s.148; Hatemi, s.418-419; Özkaya, s.164-165; Ömer Hilmi, m.140; Uluç, s.51.

<sup>39</sup> Akgündüz, s.275; Özkaya, s.165; Ömer Hilmi, m.151.

evlatlarla birlikte sonraki tüm kuşaklar galle üzerinde hak sahibi olacaktır<sup>40</sup>. Ancak vakfiyede “veledime ve veledimin veledine” şeklinde bir ifade yer alıyorsa galleden sadece ilk kuşaktaki erkek ve kız çocuklar ile sonraki erkek ve kız çocuklar (torunlar) yararlanacak, daha sonraki kuşaklar galleden yararlanamayacaktır<sup>41</sup>. Ancak vakfiyede “veledime, veledimin veledine ve onun veledine” şeklinde bir ifade kullanılmış ise, bu ifade “evladıma ve evladımın evladına” ile aynı anlamda yorumlanacak olup, vakfedenin birinci ve ikinci kuşak sonrasındaki tüm kuşakların da galle üzerinde hak sahibi olduğu kabul edilecektir<sup>42</sup>.

Vakfiyede kullanılan “karabet” kavramı, usul ve furuğ dışında, aralarında evlenme engeli bulunan en yakın hısımlar anlamına gelir. Akraba kavramı da usul ve furuğ dışındaki tüm hısımları kapsar<sup>43</sup>. Vakfiyede kullanılan “karnen ba'de karnin” lafzı ise, devir devir, asır asır anlamında sürekliliğe işaret eder<sup>44</sup>. Bu ifade tertip içermekte olup, önceki ve sonraki kuşaklar galle üzerinde birlikte hak sahibi olur<sup>45</sup>. Nesil ise, yakın uzak tüm batınları kapsayan bir kavram olup, vakfiyede vakıf nesline ya da şu kimsenin nesline ifadelerine yer verilmişse vakfedenin ya da bahsedilen kişinin tüm yakın uzak batınlardaki mirasçılar galleye eşit olarak hak sahibi olacaktır<sup>46</sup>. Zürriyet kavramı da nesil ile aynı anlama gelir, yani, vakfedenin tüm batındaki hısımlarını kapsar<sup>47</sup>.

#### **d. Mahkeme Tarafından Verilen Hükümün Niteliği ve Etkisi**

Vakıf evladı ya da galleye müstehak evlad veya hak sahibi olduğunun tespiti davası sonucunda verilen hüküm bir tespit hükmüdür<sup>48</sup>. Verilen hüküm olumlu bir tespit hükmü olmakla birlikte, söz konusu hükmün kesinleşmesi sonrasında Vakıflar

<sup>40</sup> Akgündüz, s.275; Akipek/Altaş, s.148; Hatemi, s.419; Özkaya, s.165; Ömer Hilmi, m.141.

<sup>41</sup> Akgündüz, s.274-275; Özkaya, s.165.

<sup>42</sup> Akgündüz, s.275; Özkaya, s.165.

<sup>43</sup> Akgündüz, s.277, Hatemi, s.423; Özkaya, s.164; Ömer Hilmi, m.153; Erdoğan, (s.291)'de Karabet kavramını yakınlık, hısımlık şeklinde belirttikten sonra iki kısma ayrıldığını ifade etmektedir. Karabet-i viladet: Usul ve furuğ arasındaki hısımlığı, Karabet-i gayr-i viladet'in ise, diğer akrabalar arasındaki yakınlığı ifade ettiğini belirtmektedir. Karabet-i gayr-i viladet'in ise, karabet-i muharrime ve karabet-i gayr-i muharrime olarak iki kısma ayrıldığını, karabet-i muharrime kavramının nikahı haram kılan karabet-i (yani, kardeş, amca, dayı vb. yakınlığı), karabet-i gayri muharrime kavramının ise, nikahı haram olmayan yakınlığı, (amca, dayı, hala çocukları gibi). Buna göre, vakfiyede kullanılan karabet kavramı islam hukukundaki karabet-i gayri viladet'in karabet-i muharrime kısmını karşıladığını ifade etmek uygun olur.

<sup>44</sup> Erdoğan, s.293;

<sup>45</sup> Yener/Uslu, s.121.

<sup>46</sup> Akgündüz, s.276; Özkaya, s.166; Ömer Hilmi, m.24; Uluç, s.52.

<sup>47</sup> Özkaya, s.166; Uluç, s.52.

<sup>48</sup> Akipek/Altaş, s.149; Yener/Uslu, s.126; Tespit davası ve verilen hükmün niteliği konusunda bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s.276 vd.

Genel Müdürlüğü'ne müracaat edilmesi ve diğer koşulların yerine getirilmesi sonrasında Genel Müdürlük tarafından belirlenen tutar davacıya ödeneceğinden eda hükmü ile aynı sonuç doğacaktır. Davanın reddi ya da kabulü aynı koşulları sağlayan üçüncü kişiler açısından bir etki meydana getirmez. Her ilgilinin ayrı bir dava açması ve hak sahipliğini tespit ettirmesi gerekecektir<sup>49</sup>. Bununla birlikte Vakıflar Yönetmeliğinin 53. maddesine göre, vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispat edenlerin, vakfiye şartı gereği galle fazlası almaya hak kazanan çocuklarından ayrıca mahkeme kararı istenmeyeceği, vukuatlı nüfus kaydı esas alınarak işlem yapılacağı düzenlendiğinden, vakfiyede tüm kuşaklar için galleden hak sahipliği belirtilmiş ise, anne veya babadan galle almaya hak kazanan kişilerin çocukları ayrı bir mahkeme kararına gerek duymaksızın hak sahibi olacaktır. Vakfiyede cinsiyet ayrımı yapılmışsa (örneğin, sadece erkek çocukların pay alacağı belirtilmişse) ya da başka bir koşul öngörülmüş ise, ancak söz konusu koşulu sağlayan çocuklar bu karardan yararlanacaktır.

### C. Başvuru Yapılması, Galle Fazlasının Hesaplanması ve Hak Sahibine Ödenmesi

Vakıflar Yönetmeliğinin 53. maddesine göre, vakıf evlatları veya ilgilileri dilekçe ile vakfiye şartı gereği vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu ve galle fazlası almaya hak kazandığını gösteren, vakfiyede batın koşulu var ise, bu koşulun da gerçekleştiğini tespit eden mahkeme kararıyla, mülhak vakıflarda ilgili mülhak vakıf yöneticisine, vakfiyesinde galle fazlası ödenmesine ilişkin şart bulunan mazbut vakıflarda veya Genel Müdürlükçe temsilen yönetilen mülhak vakıflarda ise ilgili bölge müdürlüğüne başvuru yapacaklardır. Aynı hükme göre, Vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispat edenlerin vakfiye şartı gereği galle fazlası almaya hak kazanan çocukları mahkeme kararı sunmak zorunda değildirler. Bunlar için sadece vukuatlı nüfus kayıt örneği ile işlem yapılacaktır.

Vakıflar Yönetmeliğinin 54. maddesine göre, vakfın o yıla ait gelirinin tamamından, % 15 ihtiyat akçesi, hayır şartı giderleri, yönetim ve temsil payı, tevliyet ücreti ile vakıf için yapılan diğer giderler düşülerek, mahkeme kararı ile galle fazlası almaya hak kazanan vakıf evlatlarına veya ilgililerine ödenecek galle fazlasının miktarı be-

<sup>49</sup> Aksi yöndeki fikirler için bkz. Akipek/Altaş, s.150; Uluç, s.58; Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu döneminde aynı statüdeki kişilerden birinin, örneğin, ana-baba bir kardeşlerden birinin, mahkemedan aldığı tespit hükmünden diğerinin de yararlanacağı şeklinde savunulan görüşün kanaatimizce, 5737 sayılı Kanunun 7. maddesi ve Vakıflar Yönetmeliğinin 53. maddeleri göz önünde tutulduğunda hukuki dayanağı mevcut değildir. Öyle ki, Yönetmeliğin 53. maddesinde sadece vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispat edenlerin, vakfiye şartı gereği galle fazlası almaya hak kazanan çocuklarından ayrıca mahkeme kararı istenmeyeceği belirtildiğinden aynı derecedeki hısımların da ayrı ayrı dava açması gerekmektedir.

lirlenir<sup>50</sup>. Bununla birlikte, vakfın onarıma ihtiyacı olan taşınmazı varsa, o yıl için gerçekleşen gayri safi gelirinden yönetim ve temsil payı veya tevliyet ücreti ile kanuni giderler ayrıldıktan sonra kalan miktar onarıma ayrılır<sup>51</sup>.

Vakıflar Yönetmeliğinin 55. maddesine göre, vakıf evladı veya ilgililerinin galle fazlasını almaya hak kazandıkları tarih ilk derece mahkemesi karar tarihi olup, galle fazlasına ilişkin ödeme mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra yapılır. Galle fazlası, mazbut vakıflarda Genel Müdürlük onayından, mühlhak vakıflarda ise kesin hesabın tasdikinden sonra 15 gün içerisinde yıllık olarak ödenir. İntifa hakkı ödemeleri yapıldıktan sonra ilk defa başvuranlara o yıl ödeme yapılmaz. Ancak hak kazandığı yılın veya yılların evlat hissesi, mahkeme kararının kesinleşmesini müteakip ödenir.

Yönetmeliğin 56. maddesine göre ise, galle fazlasına ilişkin ilk derece mahkemesi

<sup>50</sup> Belirtmek gerekir vakıf senedinde altın para ödenmesi istenmiş ise, bu tutara karşılık gelen Türk Lirası üzerinden ödeme yapılacaktır (TBK m.99). Danıştay 12. Dairesinin 1966/887 E. ve 1967/1109 K. sayılı bir kararında bu husus açıkça vurgulanmıştır. Söz konusu kararda özetle; "...Vakfın tesis edildiği tarihte 100 kuruş 1 altın liraya tekabül ettiğine göre, yeine getirilmesi kabil olmayan şart değiştirilerek yerine yenisi konulurken hali hazır rayiç nazara alınarak bir altın liranın yerine kaim olan nakit değere yer verilmesi adalat ve hakkaniyet icabı olduğu kadar vakıf iradesine de uyan hal çaresi olduğu..." denilmiştir. Bu karar için bkz. Hatemi, s.404,405. 20.02.1930 tarihli 1567 Sayılı Türk Parasını Koruma Kanununun (R.G.; 25.02.1939, S.1433) verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan 32 sayılı kararın 2. maddesinde (R.G. 11.08.1989, S.20249) Türk Parası, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre Türkiye'de tedavülde bulunan veya kaldırılmış olsa bile değiştirme süresi dolmamış paraları ifade eder. Türk Lirasından 6 adet sıfır atılması amacıyla çıkarılan 28.01.2004 tarihli 5083 sayılı Kanun (R.G.31.01.2004, S.25363), Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruşu Türkiye Cumhuriyetinin para birimi yapmıştır. Aynı Kanunun verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu 2007/11963 sayılı karar ile Yeni Türk Lirası ve Yeni Kuruşta yer alan "yeni" ibarelerini çıkarmıştır. Bu hususrtta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1**, İstanbul 2014, s.300 vd..

<sup>51</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.11.2014 tarihli ve 2013/18-1095 E., 2014/897 K. sayılı kararından; "...Alınan bilirkişi raporu Vakıflar İdaresince tek taraflı olarak gönderilen ödeme belgeleri esas alınarak düzenlenmiş olup, denetime elverişli bulunmamaktadır. Vakıflar Yönetmeliği'nin 54.maddesi galle fazlasının miktarının ne şekilde hesaplanacağını düzenlemiştir. Buna göre; mahkeme kararı ile galle fazlası almaya hak kazanan vakıf evladı veya ilgilisi bulunan vakıflarda; % 15 ihtiyat akçesi, hayır şartı giderleri, yönetim ve temsil payı, tevliyet ücreti ile vakıf için yapılan diğer giderler, vakfın gerçekleşen gayri safi gelirinden düşüldükten sonra vakıf evlatlarına veya ilgililerine ödenecek galle fazlasının miktarı belirlenir. Galle fazlasının hesaplanmasında oyula ait gelirin tamamı dikkate alınır. Vakfın onarıma ihtiyacı olan taşınmazı varsa, o yıl için gerçekleşen gayri safi gelirinden yönetim ve temsil payı veya tevliyet ücreti ile kanuni giderler ayrıldıktan sonra kalan miktar onarıma ayrılır. Temsilen yönetilen mühlhak vakıflarda ayrıca tevliyet ücreti kesilmez. O halde mahkemece yapılacak iş; Türk Medeni Kanunu'ndan önce eski hukukumuzda dayalı olarak kurulmuş bulunan vakıflar ile muhasebe konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile dava tarihinden ( 14.08.2009 yılı ) geriye doğru vakfın son 5 yıldaki ( 2004 yılı dahil ) malvarlığı belirlenir, Vakıflar Kanunu'nun ilgili maddesi ve Yönetmeliğin 54.maddesindeki hesaplama yöntemi uyarınca gelir ve giderleri incelenerek, davacılar varsa önceden ödenen galle miktarları da mahsup edilerek hesaplama yapılması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir. Açıklanan bu değişik gerekçe ile usul ve yasaya aykırı olan direnme kararı bozulmalıdır...".

kararının ilgili bölge müdürlüğüne ya da mülhak vakıf yöneticiliğine tebliğ edilmesi halinde, galle fazlası karar tarihinden itibaren ilgililerine ödeninceye kadar emanet hesaplarda izlenir. Vakfın; yıllık gayri safi gelirinden kesilen ihtiyat akçesi, vakfa ait ayrı bir hesapta izlenir. İhtiyat akçesi oranı Meclis kararıyla değiştirilebilir<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Vakıflar Yönetmeliğinin yürürlüğünden önce galle üzerinde hak sahibi olanlara ne şekilde ödeme yapılacağı Vakıflarda İntifa Haklarının Ne Suretle Tespit ve İta Edileceği Hakkında 17.07.1936 Tarihli Vakıflar Nizamnamesi'ne ek 23.12.1937 tarih 2/7898 sayılı Tüzük ile belirlenmiş olup bu hususta bkz. yukarıda II/A. Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 14.4.2008 tarihli, 2008/2169 E. ve 2008/4313 K. sayılı kararından; "...Davacı vekili dava dilekçesinde; kesinleşen Beyoğlu İkinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 13.11.2003 gün ve 2003/328-745 sayılı kararı ile tarafından yönetilen Hacı Hamza Oğlu Bezzazistan-ı Cedit Kethüdası S ... A ... Vakfı'nın galleye hak kazanan evladı olduğunun tespit edilmesi üzerine vakfın gelirinden faydalanmak için Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne başvurmasına karşın, vakfın hiçbir gelirinin olmadığı gerekçesiyle istemine olumsuz yanıt verildiğini, oysa vakfın 1963-1973 yıllarında emaneten 1973 yılında mazbutaya alınmasından bu güne kadar da davalı tarafından bizzat idare edildiğini, bu süreler içinde vakfiyede belirtilen taşınmazların gelirleri ve taviz bedelleri ile vakfın diğer gelirlerinin davalı tarafından toplanıp, vakfiye şartları yerine getirilip, gelir fazlasının vakif evlatlarına intikalinin sağlanmadığını ileri sürerek, vakfın taviz bedelleri dahil olmak üzere tüm malvarlığının tespiti ile, bugünkü tarihe uyarlanarak hesaplanıp fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 2001-2007 yıllarına ait ödenmesi gereken galle fazlasından şimdilik 10.000 YTL'nin yıllar itibarıyla işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiş; mahkemece, istemin idari iş ve eylemle ilgili olması ve yargı yolu yokluğu nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davaya konu vakif Hicri 7 Şaban 1118 tarihinde kurulmuş olup, 1963 yılına kadar mütevellileri eliyle, son mütevellinin ölümü üzerine ve 1963-1973 yıllarında emaneten, bu tarihten sonra da mazbutaya alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilmiştir. Vakıflarda İntifa Haklarının Ne Suretle Tespit ve İta Edileceği Hakkında 17.07.1936 Tarihli Vakıflar Nizamnamesi'ne ek 23.12.1937 tarih 2/7898 sayılı Tüzüğün 30.07.1987 tarihli Tüzükle değişik 5. maddesinin ( c ) fıkrasında; vakif gelirlerinden masraflar çıktıktan sonra kalacak fazlanın alakalılara tahsis edileceği belirtildikten sonra 6. maddesinde bu tahsisine şekilde yapılacağı düzenlenerek vakfiyesinde vakif taşınmazların bakım ve onarım şartı bulunan vakıfların gayrisafi gelirlerinden her yıl %10 oranında ihtiyat akçesi ayrılarak taşınmazların bakım ve onarımlarının yapılacağı, bu oranın vakıfların malvarlığına göre Vakıflar Meclisi kararıyla artırılabilceği, vakıfların yıllık gayrisafi gelir tahsilatından %20 oranında yönetim ve temsil gideri karşılığı alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğü bütçesine gelir yazılacağı, bu vakıfların gerçekleşen yıllık gayrisafi gelir tahsilatından vakif için yapılan giderler ve vakfiye şartı gereği yapılan her türlü harcamalar çıkarıldıktan sonra vakif evlatlarına ve ilgililerine ödenecek intifa hakkının belirleneceği ve bunun doğduğu mali yılı izleyen ilk altı ay içinde vakif evladı veya ilgisi olduğunu mali yılın birinci ayında belgeleyenlere yıllık olarak ödeneceği, 7. maddesinde ise vakif için belirlenen gelir fazlası ( intifa hakları ) vakfiye şartı gereği vakif evladı veya ilgisi olduğu ve galleye hak kazandığını kesinleşen mahkeme kararıyla ispat edenlere ve onların evladına Vakıf mazbut ise Vakıflar Genel Müdürlüğü, mülhak ise müteveli tarafından ödeneceği öngörülmüştür.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 39. maddesinin ikinci fıkrasında ( 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 75. maddesinde ) mazbutaya alınan vakıflarda alacaklıların vakfiyeye göre intifa haklarının saklı olduğu belirtildikten sonra 13. maddesinde 10. ve 12. maddelere göre satılacak mallardan ele geçecek paranın bu maddelerde gösterilen yerlere sarf edilinceye kadar nemalandırılmasının mecburi olduğu, 14. maddesinde de gerek satış bedelleri ile gerek değişme ile alınacak veya yeniden yaptırılacak gayrimenkullerin evvelki vakıfların adını alacağı vakıflar idaresince kayıtlarına bu suretle işaret edileceği ve tapuya da böylece tescil ettirileceği, 32. maddesinde ise vakıflar idaresinin eline geçecek taviz bedellerinin muhafaza edilerek en faydalı şekilde nemalandırılacağı veya idare meclisinin vereceği karar üzerine bu taviz bedelleri ile gelir getirci inşaat

#### D. Galle Alacağıın Talep Edilememesi (Hak Düşürücü Süre)

Vakıflar Kanununun 7. maddesine 6111 sayılı Kanunun 208. maddesi ile eklenen 4. fıkraya hükmüne göre, “*İntifa haklarına ilişkin talepler galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer*”. 6111 sayılı Kanun’un 209. maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanununa geçici 10. madde hükmü eklenmiştir. Söz konusu hükme göre, maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 7’nci maddesine eklenen hükümlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacağı düzenlenmiştir. Yine Vakıflar Yönetmeliğinin 56. maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Galle fazlasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararının ilgili bölge müdürlüğüne ya da mülhak vakıf yöneticiliğine tebliğ edilmesi halinde, galle fazlası karar tarihinden itibaren ilgililerine ödeninceye kadar emanet hesaplarda izlenir*”. Yönetmeliğin 57. maddesine göre ise, “*Emanet hesabına alınan galle fazlaları, alacağın doğduğu tarihten itibaren beş yıl içerisinde talep edilmemesi halinde vakfının hesabına gelir kaydedilir*”.

Kanunda düzenlenen 5 yıllık sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi olduğu hususunda açıklık mevcut değildir. Mahkeme kararının kesinleşmesinin üzerinden beş yıllık süre geçtikten sonra artık vakıftan galle alacağı talep edilemeyeceğinden, yani vakfın galleli üzerindeki hak sahipliği sona erdiğinden, beş yıllık sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu kabul edilebilir. Bu nedenle beş yıllık sürenin durması ya da kesilmesi söz konusu olmaz<sup>53</sup>. Yine hak düşürücü süre olarak kabul edilirse, sürenin dolmasından sonra ilgiliye yapılacak ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenmesi de mümkündür. Kanunda, mahkeme kararının kesinleşmesi beş yıllık sürenin başlangıcı olarak kabul edilirken, Yönetmelikte Mahkeme kararının henüz kesinleşmeden Vakfa ya da Vakıflar Genel Müdürlüğüne tebliği ile beş yıllık sürenin başlayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda sürenin başlaması açısından Kanun ile Yönetmelik arasında bir çelişki vardır. Yönetmelikler, Kanuna aykırı olamayacağından öncelikle Kanun hükmü uygulanacak olup, beş yıllık sürenin başlaması için mahkeme kararının kesinleşmesi gerektiği kabul edilmelidir.

---

veya ortaklık yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi; galleye hak kazandığını mahkeme ilamıyla ispatlayan vakıf evladına ancak kararın kesinleşme tarihinden sonrası için gallefazlası ödeneceğinden, davalının haksız olarak elde ettiği ileri sürülen miktar, davacının galle fazlasına hak kazandığı mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne başvurduğu tarih de belirlenip buna göre hesaplanacak bedelin dava tarihine kadar geçecek sürede yıllar itibarıyla getireceği kazanç saptanarak yasal kesintiler yapıldıktan sonra davacıya ödenmesine, istem doğrultusunda müteakip yıllar için de aynı şekilde galle hesabı yapılmasına karar verilmesi gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir...), (www.kazanci.com.tr).

<sup>53</sup> Zamanaşımı ve hak düşürücü süre konusunda bkz. Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükmümler**, Ankara 2012, s.1282-1283; Oğuzman /Öz, s.600-601.

Vakıflar Kanununun 7. maddesine göre, mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren beş yıllık süre içinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne ya da ilgili mülhak vakıf yönetimine başvuru yapılmamış ise, galle üzerindeki hak sahipliği hakkı düşer. Bununla birlikte mahkeme kararı ile birlikte beş yıllık süre içinde başvuru yapılmış, ancak emanet hesapta izlenen galle alacağı beş yıl içinde talep edilmemişse, beş yıllık alacak vakfın hesabına gelir kaydedilecektir. Hak sahibi, süresinde başvuru yapmış ise, üzerinden beş yıl geçmiş alacakları talep edemeyecek ise de, beş yıl geçmemiş galle alacağını talep edebilecektir. Aksi halde, vakfedenin iradesine aykırı olarak gallenin ödenmesi süreye bağlanmış olacaktır. Vakfedenin süresiz olarak galle üzerinde hak sahibi olmasını istediği ilgililerin belirli bir süreyle hak sahibi olmasının sağlanması ise, vakfedenin iradesine ve dolayısıyla vakıf müessesesinin amacına aykırı olacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'da bu gerekçeden hareketle uzun yıllardır (1995-2009 yılları arası) galle payının eksik ödendiğini ileri sürerek 2009 yılında açılan bir davada, hak düşürücü süre nedeni ile davayı reddeden yerel mahkemenin direnme kararını galle payının 2004-2009 yılları için hesaplanması gerektiğini ileri sürerek bozmuştur.

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.11.2014 tarihli ve 2013/18-1095 E., 2014/897 K. sayılı kararından;** "...Davacılar vekili 14.08.2009 tarihli dava dilekçesinde; dava konusu M... İvaz Paşa Vakfı'nın kesinleşmiş mahkeme kararı ile galle fazlasını almaya hak kazanmış evlatları olduklarını, ancak davalı Vakıflar Genel Müdürlüğüne bu gallenin eksik ödendiğini ileri sürerek 1995-2009 yılları için eksik ödenen gallenin fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak şimdilik 3.000.000 TL nin yasal faiz ve masraflarla birlikte davalıdan tahsilini istemiş, mahkemece yapılan yargılama sonucunda davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacılar E. I. İ. ve A. I. P.'un Bursa 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 01.11.1994 gün ve 1994/509 E.-786 K. sayılı ilamı dava konusu M... İvaz Paşa Vakfı'nın galle fazlasına müstahak vakıf evladı olduklarına karar verildiği ve söz konusu kararın kesinleştiği, bu karar uyarınca davacılar Vakıflar Genel Müdürlüğüne 1995 yılından dava tarihine kadar değişik miktarlarda hesaplanan galle ödendiği anlaşılmaktadır....Mahkemece, tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplandıktan sonra konusunda uzman bir bilirkişi heyetine inceleme yaptırılarak oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, davanın niteliği yanlış değerlendirilerek somut uyuşmazlıkta uygulanma imkanı bulunmayan 6111 sayılı Kanunun 208. ve 209. maddeleri doğrultusunda değişiklik yapılan 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 7. maddesi gereğince davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir....Yukarıda da açıklandığı gibi davacıların taleplerinin galle almaya hak kazandıkları mahkeme kararının kesinleştiği 18.04.1995 tarihinden sonraki 1995-2009 yıllarında eksik ödenen galle ile ilgili olduğu, kararın kesinleşme tarihinden önceki dönemleri kapsamadığı anlaşıldığından; 6111 sayılı



Kanunun 208.maddesi ile 5737 sayılı Kanunun 7.maddesine eklenen iki fıkranın da somut olayda uygulama imkanı bulunmamaktadır. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir... ),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**KARAR** :.....Yargılama sırasında 13.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6111 Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 208.maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine; "intifa haklarına ilişkin talepler galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer."

"Mazbut vakıflarda intifa hakları, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Genel Müdürlükçe belirlenir." hükümleri ilave edilmiştir. 6111 sayılı Kanun ile düzenlenen 208 ve 209.maddelerin iptali için yapılan başvuru da, Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nin 09.05.2013 Gün ve 2011/42 Esas, 2013/60 Karar sayılı ilamı ile reddedilmiştir.

6111 sayılı Kanun'un 209.maddesi ile de 5737 sayılı Kanun'a geçici madde 10 hükmü eklenerek; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 7'nci maddesine eklenen hükümlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacağı düzenlenmiştir.

Davacılar, eldeki davada intifa haklarından olan eksik ödenen galle fazlasını dava konusu ettiklerine göre, 6111 sayılı Kanun ile 5737 sayılı Kanun'un 7.maddesine ek fıkralar getiren 208.maddenin, aynı Kanun'un 209.madde hükmü gözetilmek suretiyle yargılaması devam eden eldeki davaya uygulanacağı aşırtır.

Öte yandan, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na 208.madde ile eklenen 7.maddenin 4.fıkrasında düzenlenen intifa haklarına ilişkin taleplerin galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşeceği hükmü ile yasa koyucunun neyi amaçladığının, anılan kanun maddelerinin gerekçesi de bulunmadığından, irdelenmesi gerekir:

Kanunda öngörülen 5 yıllık süre hak düşürücü süre olduğundan, galle almaya müstehak vakıf evlatlığının tespitine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren şayet 5 yıllık süre içerisinde İdareye hiçbir başvuru yapılmamışsa talep hakkı düşecektir...

Dosya içeriği ve toplanan delillere göre; davacılar tarafından açılan dava sonucu Bursa 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 01.11.1994 tarih ve 1994/509 Esas, 1994/786 Karar sayılı ilamı ile mazbut vakıflardan olan Bayezid Zade Hacı İvaz Paşa Vakfı'nın, galle müstehak evladından olduklarının tespitine karar verildiği, kararın 18.4.1995 tarihinde kesinleştiği; davacıların alınan bu ilam üzerine galle fazlasının ödenmesi için Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne başvurdukları, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından da dosyada bulunan intifa hakkı ödenmesine ilişkin belgelere göre 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002...2008 yılları da dahil olmak üzere hesaplanan bir kısım galle fazlalarının ödendiği anlaşılmaktadır.

Yerel mahkeme kararında benimsendiği şekilde, vakıf evlatlığına ilişkin tüm taleplerin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra 5 yıl geçmekle düştüğünün kabul edilmesi halinde, bu durum vakfın amacına ve vakıflar hukukunun ruhuna aykırı olarak vakıf evlatlarının vakfın gelir fazlasından yararlanmasını öngören vakfedenin iradesinin sınırlandırılması, hatta tamamen kaldırılması ve vakıf evlatlığının süreli hale getirilmesi sonucunu doğuracaktır. Zira sükna, maaş, tahsisat, galle fazlası gibi hakları içeren intifa hakları, zaman içerisinde süregelen, devamlılığı olan bir takım gelirlerden vakfedenin yararlanmasını arzuladığı vakıf evlatlarının, 5 yıl yararlanıp daha sonra yararlanamamasına neden olacak ve vakıf evlatlığı müessesesinin amacı ve niteliği değiştirilmiş olacaktır. Başka bir deyişle, yerel mahkeme gerekçesi benimsendiğinde eldeki davada olduğu gibi 1995 yılında galle almaya hak kazandıklarına dair kararı alan evlatlar, 2000 yılına kadarki galle fazlasını alabilecek, 2000 yılından sonrası için vakfın galle hesaplamasına esas olacak gelirinden yararlanamayacaktır. Öte yandan 6111 sayılı Kanun ile 5737 sayılı Kanun'un 7.maddesine eklenen 5.fıkra ise; "Mazbut vakıflarda intifa hakları, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Genel Müdürlükçe belirlenir." denilmekle galle fazlasının hesaplanmasında esas alınacak süre düzenlenmiştir..Yasa metninde belirtildiği üzere galle fazlası alacağının hesaplanmasında vakfın, dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık malvarlığı, gelir ve giderlerinin gözetilmesidir. Eldeki davada davacılar 1995 yılından dava tarihi olan 2009 yılına kadar eksik ödenen galle fazlalarının hesaplanarak ödenmesini istemişler ve Özel Daire bozma ilamında da bu süre için hesaplama yapılması gerektiği bildirilmişse de, anılan yasa metni gözetilerek dava tarihi olan 14.08.2009 tarihinden geriye doğru vakfın son 5 yıllık dönemini kapsayacak şekilde ( 2004 yılı da dahil edilerek ) mal varlığı dikkate alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir. Başka bir deyişle davacılar mahkeme ilamının kesinleşme tarihi olan 18.04.1995'ten itibaren dava tarihine kadar geçen süre için eksik ödenen galle fazlasını istemiş iseler de, yukarıda açıklanan yasa hükümleri gözetilerek, davacıların talep haklarının dava tarihinden geriye doğru gidilerek yalnızca son 5 yılla sınırlı olduğunun kabulü gerekir...

O halde mahkemece yapılacak iş; Türk Medeni Kanunu'ndan önce eski hukumuza dayalı olarak kurulmuş bulunan vakıflar ile muhasebe konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile dava tarihinden ( 14.08.2009 yılı ) geriye doğru vakfın son 5 yıldaki ( 2004 yılı dahil ) malvarlığı belirlenip, Vakıflar Kanunu'nun ilgili maddesi ve Yönetmeliğin 54.maddesindeki hesaplama yöntemi uyarınca gelir ve giderleri incelenerek, davacılar varsa önceden ödenen galle miktarları da mahsup edilerek hesaplama yapılması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir. Açıklanan bu değişik gerekçe ile usul ve yasaya aykırı olan direnme kararı bozulmalıdır...”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıda özetlenen kararında, Vakıflar Kanununun 7. maddesinde düzenlenen süre hak düşürücü olarak nitelendirilmesi ve vakıf müessesesinin amacı göz önünde tutularak, Özel Daire kararında savunulan gerekçelerin aksine, eksik ödenen gallenin dava tarihinden önceki beş yıllık süre ile sınırlı olmak üzere bilirkişilerce hesaplanması gerektiğine hükmedilmesi kanaatimizce de yerinde olmuştur.

### **III. İntifa Hakkı Hayır Şartından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi**

5737 sayılı Vakıflar Kanununun Geçici 6. maddesine göre, “*Mülhak vakıfların vakfiyelerinde; intifa hakları hayır şartlarından fazla olanlar, vakıf yöneticisi ve ilgililerinin istekleri halinde, Meclis kararı alınarak, mahkemesince, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 372 nci maddesinde belirtilen aile vakfına dönüştürülür*”. Bu hükme göre, vakfın gelirlerinin çoğu yarısından fazlası evladlara ya da diğer ilgililer tahsis edilmişse, vakıf yöneticisi ya da galle üzerinde gak sahibi olan ilgililer talepleri halinde Vakıflar Meclisinin de kararı alınarak Mahkeme kararı ile Türk Medeni Kanununun 372. maddesinde düzenlenmiş olan aile vakfına dönüştürülebilecektir. Aile Vakfına dönüşüm kararını Asliye Hukuk Mahkemesi verecektir.

Türk Medeni Kanununun 372. maddesine göre, “*Aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamaların yapılması için kişiler hukuku ve miras hukuku hükümleri uyarınca aile vakfı kurulabilir. Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır. Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz*”. Aile Vakfı, Türk Medeni Kanununun 101. ve sonrası maddelerinde düzenlenmiş vakfın özel bir türüdür<sup>54</sup>. Kanunda vakfın kişiler ya da miras hükümleri uyarınca kurulabileceği belirtildiğinden Türk Medeni Kanununun 101.

<sup>54</sup> Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 2. Cilt**, İstanbul 2012, s.459; Oğuzman, M.Kemal/Dural, Mustafa, **Aile Hukuku**, İstanbul 1998, s.411: Aile vakıflarının 1967 yılına kadar Vakıflar Genel Müdürlüğünün denetimine tabi olmadığı hususunda bkz. aynı eser s.411, dip not 1294; Ballar, Suat, **Yeni Vakıflar Hukuku**, Ankara 2008, s.595 vd.; Tekinay, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul 1990, s.613-614.

maddesi uyarınca ya da ölüme bağlı tasarruf yoluyla aile vakfı kurulabilecektir<sup>55</sup>. Aile vakfı, aile bireylerinin eğitim, öğrenim, evlilik, tedavi, iş kurma vb. ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulur<sup>56</sup>. Bununla birlikte, bir malın ya da hakkın aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaklanmıştır (aile fideikomisi yasağı)<sup>57</sup>. Aile vakfının bu şekilde bir amaç için kurulamayacağı Kanunda özel olarak belirtilmiştir. Buna göre, vakfedilen malların mülkiyeti vakfa ait olacak ve bu vakfın gelirlerinden sadece ilgili aile üyeleri yararlanacaktır. Ancak, vakfedilen malların daha sonra vakıftan yararlananlara kalacağı ya da onların soyundan gelen kişilere özgüleneceğinin kararlaştırılması yasaktır<sup>58</sup>.

Mülhak vakfın aile vakfına dönüştürülmesi halinde Türk Medeni Kanununa göre kurulmuş bir vakıf söz konusu olacağından mülhak vakfın tüzel kişiliği sona erecek, Mahkemece kurulmasına karar verilen aile vakfı tüzel kişiliğini devam ettirecektir. Mülhak vakfın aile vakfına dönüşmesi sonrasında vakfın gelirinin özgülendiği ilgililer dışındaki üçüncü kişilerin vakıftan yararlanması mümkün değildir. Mülhak vakfın gelirinin çoğu vakfedenin evladlarına ya da belirli kişilere özgülenmiş olsa da bu kişilere dağıtılan kısım dışındaki gelir ihtiyaç sahipleri ya da fakirlere özgülenmiş olabilecektir. İşte bu kişilerin mülhak vakfın aile vakfına dönüşmesinden sonra aile vakfından yararlanması mümkün olmayacağından, aile vakfı kurulması ile vakfedenin irtadesine aykırı bir sonuç doğacaktır. Bu nedenle Vakıflar Kanununa eklenen geçici 6. madde, kanaatimizce isabetli bir düzenleme değildir.

Yine Türk Medeni Kanununda aile vakfının sona erme sebepleri hususunda özel bir düzenleme yoktur. Buna göre aile vakfı, Türk Medeni Kanununun vakıflara ilişkin sona erme sebeplerine bağlı olarak sona erecektir (TMK m.116)<sup>59</sup>. Burada önem arz eden husus ise, sona eren aile vakfının malvarlığının ne şekilde özgüleneceğidir. Türk Medeni Kanununda tüzel kişiliğin sona ermesi halinde malvarlığının tahsisi genel olarak düzenlenmiş (m.54), Vakıflar Kanununun 27. maddesinde ise, Medeni Ka-

<sup>55</sup> Ballar,, s.596; Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku**, İstanbul 2015, s.384; Oğuzman/Dural, s.412.

<sup>56</sup> Akıntürk/Karaman, s.460; Dural/Öğüz/Gümüş, s.384-385; Yazarlara göre (s.385), aile üyelerine irad bağlanması veya vakfın gelirinin toplum çıkarlarına harcanması amacıyla aile vakfı kurulamaz. Aynı yönde bkz. Oğuzman/Dural, s.412. Aile vakfından yararlanacak aile üyeleri, vakfedenin hısımları oluşturur.Ancak doktrinde vakfedenin eşinin, onun hısmı olmamasına karşın aile vakfından yararlanabileceği kabul edilmektedir. Yine vakfedenin vakıf senedinde aile vakfından yararlanacak kişileri sınırlayabileceği (örneğin, sadece kan hısımlarından ya da sıhri hısımlarından kadın olanlara çeyiz yardımı yapılması gibi) kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. Oğuzman/Dural, s.412; Dural/Öğüz/Gümüş, s.385.

<sup>57</sup> Akıntürk/Karaman, s.460-461; Dural/Öğüz/Gümüş, s.386; Oğuzman/Dural, s.413; Tekinay, s.614-615.

<sup>58</sup> Akıntürk/Karaman, s.460; Dural/Öğüz/Gümüş, s.386; Oğuzman/Dural, s.413;Tekinay, s.615.

<sup>59</sup> Vakfın sona erme sebepleri konusunda ayrıntılı bilgi içinbkz. Öğüz, s.133 vd.; Ballar, s.569 ve s.599 vd.

nuna göre kurulan vakıflarda sona erme halinde geri kalan malvarlığının özgülenmesi özel olarak hükme bağlanmıştır. Vakıflar Kanununun 27. maddesine göre, “Sona eren yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar; vakıf senedinde yazılı hükümlere göre, senetlerinde özel bir hüküm bulunmayanlarda ise Genel Müdürlüğün görüşü alınarak mahkeme kararıyla benzer amaçlı bir vakfa; dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar ise Genel Müdürlüğe intikal eder”. Buna göre, Mahkeme kararı ile dağıtılan aile vakfının tasfiyesinden geri kalan malvarlığı Vakıflar genel Müdürlüğüne özgülenecektir. Vakıf senedinde özel hüküm var ise, tasfiye edilen aile vakfının malvarlığının senette belirtildiği şekilde özgülenmesi de Kanun hükmü gereğidir ve işin özelliğine de uygundur. Bununla birlikte senedinde hüküm olmayan aile vakıflarında tasfiye sonrası malvarlığının Mahkeme kararı ile benzer amaçlı bir başka aile vakfına özgülenmesi aile vakfının niteliğine uygun değildir. Aile vakfı aile üyelerinin belirli ihtiyaçlarını karşılamak için kurulmuş olup, özel bir amaç taşımaktadır. Bu nedenle vakfın malvarlığının aynı amacı taşıyan başka bir aile vakfına özgülenmesi mümkün değildir. Doktrinde<sup>60</sup>, aile vakfının sona ermesi halinde malvarlığının hayatta ise vakfı kurana geri döneceği, vakfı kuran hayatta değilse en yakın mirasçılara kalacağı, bunlar da hayatta değilse miras hukuku kurallarına göre paylaşılacağı görüşü ileri sürülmüştür.

Kanatimizce, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan aile vakfının sona ermesi halinde malvarlığının hayatta ise vakfı kuranın malvarlığına geri döneceği, vakfı kuran hayatta değilse miras hukuku hükümlerine göre mirasçılara kalacağı kabul edilebilir. Ancak, Vakıflar Kanununun 6. maddesine göre mülhak vakfın aile vakfına dönüşmesi ve sonrasında vakfın sona ermesi halinde sorunun çözümü basit değildir. Mülhak vakfın yöneticisi ve ilgililerin istemi üzerine Vakıflar Meclisi ve sonrasında Mahkeme kararı ile aile vakfına dönüştürme işlemi gerçekleştiğinden, Mahkeme kararı ile dağıtılma hariç olmak üzere, herhangi bir sebeple sona eren aile vakfının senedinde hüküm olmasa bile yöneticiler ve ilgililerin malvarlığını özgülemek hususunda takdir hakkı olduğunun kabulü gerekir. Ancak onların istemlerinin Vakıflar Meclisi ve sonrasında Mahkeme kararı ile de uygun bulunması gerekecektir. Malvarlığının özgülenmesi herhalde Mahkeme kararı ile olacaktır. Eğer Vakıflar Meclisi ya da Mahkeme ilgililerin istemlerini uygun bulmaz ise, malvarlığının mülhak vakfın vakfiyesinde belirtilen hayır amaçları da göz önünde tutularak, Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşü alınarak benzer amaçlı bir vakfa özgülenmesi uygun olacaktır. Belirtmek gerekir ki, Vakıflar Kanunu ve Türk Medeni Kanunundaki düzenlemeler karşısında yukarıda belirtmiş olduğumuz görüşlerin uygulanabilirliği tartışılabilir. Bu nedenle aile vakıflarının sona erme sebepleri, malvarlığının tasfiyesi ve tahsisi hususlarında Türk Medeni Kanununda ya da Vakıflar Kanununda özel bir düzenleme getirilmesi gerekir.

<sup>60</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.385; Oğuzman/Dural, s.413.

## SONUÇ

2762 sayılı Vakıflar Kanunu, 743 sayılı Medeni Kanunun yürürlüğünden önce kurulmuş ve yönetiminin İdare tarafından yürütüldüğü ya da yönetimin vakfedenin soyundan gelmeyen kişilere bırakıldığı vakıflarla, amacı sona ermiş ya da gerçekleşme imkânı kalmamış vakıfları mazbut vakıf olarak nitelendirmiş ve bu vakıfların toplu bir şekilde tüzel kişiliğe sahip olduğunu belirtmiştir. 2762 sayılı Kanun uyarınca mazbut olarak kabul edilen vakıflar, bu Kanunu ilga eden 5737 sayılı Vakıflar Kanununda da aynen korunmuş, buna ilave olarak Kanunun 7. maddesinde, on yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıfların da mahkeme kararıyla Genel Müdürlükçe yönetileceği ve temsil edileceği ve on yıl yönetici atanamayan mülhak vakıflar da mazbut sayılarak, yönetimi tamamen Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır. 5737 sayılı Kanunun 4. maddesinde, vakfın özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu düzenlenmiş ve böylece her bir mazbut vakfın ayrı tüzel kişiliği kabul edilmiştir. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ise (m.3), mülhak vakıfları, Mülga 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflar şeklinde tanımlamıştır. Mülhak vakıflar açısından önemli olan husus, vakfiyelerinde belirtilen yönetim şekline göre idare edilmesi olup, yönetim organının mutlaka vakfedenin soyundan gelmesi zorunlu olmadığından, Vakıflar Kanununun söz konusu tanımının amaca uygun anlaşılması gereklidir.

5737 sayılı Vakıflar Kanununda, mazbut ve mülhak vakıfların vakfiyelerindeki şartlar doğrultusunda, ilgililerin intifa haklarının saklı olduğu ve bu hakların kullanılmasına ilişkin usûl ve esasların Yönetmelikle düzenleneceği (m.75), mülhak vakıflarda vakıf yönetimine, mülkiyet ve intifa hakkı iddiasına ait davalarda vakıf yönetimi ile Genel Müdürlüğün birlikte hasım gösterileceği (m.76) ifade edilmiştir. Kanunun 75. maddesi uyarınca, Vakıflar Yönetmeliği'nin 53 ilâ 57. maddeleri arasında galle üzerinde hak sahibi olanların bu hakkını kullanmasının şekli ve usulü, galle fazlası hesabı ve gallenin ödenmesi ve süre düzenlenmiştir.

Vakıflar Yönetmeliği'ne göre, vakfın gelirinden hak sahibi olanların öncelikle vakfedenin hısmı ise bu hısmılgını ve vakfiyede belirtilen diğer koşulları sağladığını gösteren bir mahkeme kararı alması daha sonra ise bu mahkeme kararı ile vakfın türüne göre vakıf yönetimine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne belirli bir süre içinde başvurması gereklidir. Vakıf evladı veya galleye müstehak vakıf evladı olduğunun belirlenmesi için açılacak dava bir tespit davasıdır. Mahkemece, vakfiye, nüfus kayıtları, davacı ya da onun hısımları ile ilgili vakıf evladiyetinin ya da galleye müstehik olup olmadığının daha önce kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile belirlenip belirlenmediği gibi deliller göz önünde tutularak davacının vakfedenin evladı, akrabası ya da vakfiyede belirtilen ilgili kişilerden olup olmadığı, yine galleye müstehak olduğunun tespiti isteniyorsa vakıf senedine göre galle fazlasının dağıtılmasının gerekip gerek-

mediği, batın koşulu varsa bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği, davacının dağıtılması gereken galleden pay alacak kişilerden olup olmadığı tespit edilecektir. Vakıflar Yönetmeliğinin 53. maddesi uyarınca, vakıf evladı veya ilgisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispat edenlerin, vakfiye şartı gereği galle fazlası almaya hak kazanan çocuklarından ayrıca mahkeme kararı istenmeyeceğinden vukuatlı nüfus kaydı esas alınarak işlem yapılacaktır.

İlgililerinin galle fazlasını almaya hak kazandıkları tarih ilk derece mahkemesi karar tarihi olup, galle fazlasına ilişkin ödeme mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra yapılır. Galle fazlası, mazbut vakıflarda Genel Müdürlük onayından, mülhak vakıflarda ise kesin hesabın tasdikinden sonra 15 gün içerisinde yıllık olarak ödenir. İntifa hakkı ödemeleri yapıldıktan sonra ilk defa başvuranlara o yıl ödeme yapılmaz. Ancak hak kazandığı yılın veya yılların evlat hissesi, mahkeme kararının kesinleşmesini müteakip ödenir. Vakıflar Kanununun 7. maddesine 6111 sayılı Kanunla eklenen 4. fıkra hükmü uyarınca, Mahkeme kararının kesinleşmesinin üzerinden beş yıllık süre geçtikten sonra artık vakıftan galle alacağı talep edilemeyecektir. Bu süre hak düşürücü süre olup, durması ya da kesilmesi söz konusu değildir. Kanunda, mahkeme kararının kesinleşmesi beş yıllık sürenin başlangıcı olarak kabul edilirken, Yönetmelikte Mahkeme kararının henüz kesinleşmeden Vakfa ya da Vakıflar Genel Müdürlüğüne tebliği ile beş yıllık sürenin başlayacağı düzenlenmiştir. Yönetmelikler, Kanuna aykırı olamayacağından öncelikle Kanun hükmü uygulanacak olup, beş yıllık sürenin başlaması için mahkeme kararının kesinleşmesi gerektiği kabul edilmelidir. Hak sahibi, süresinde başvuru yapmış ise, üzerinden beş yıl geçmiş alacakları talep edemeyecek ise de, beş yıl geçmemiş galle alacağını talep edebilecektir. Aksi halde, vakfedenin iradesine aykırı olarak gallenin ödenmesi süreye bağlanmış olacaktır.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun Geçici 6. maddesine göre, vakfın gelirlerinin yarısından fazlası evladlara ya da diğer ilgililer tahsis edilmişse, vakıf yöneticisi ya da galle üzerinde hak sahibi olan ilgililer talepleri halinde Vakıflar Meclisinin de kararı alınarak Mahkeme kararı ile Türk Medeni Kanununun 372. maddesinde düzenlenmiş olan aile vakfına dönüştürülebilecektir. Türk Medeni Kanununun 372. maddesinde düzenlenen aile vakfı, aile bireylerinin eğitim, öğrenim, evlilik, tedavi, iş kurma vb. ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulur, ancak bir malın ya da hakkın aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır (aile fideikomisi yasağı).

Mülhak vakfın aile vakfına dönüşmesi sonrasında vakfın gelirinin özgülendiği ilgililer dışındaki üçüncü kişilerin vakıftan yararlanması mümkün değildir. Mülhak vakfın gelirinin çoğu vakfedenin evladlarına ya da belirli kişilere özgülenmiş olsa da bu kişilere dağıtılan kısım dışındaki gelir ihtiyaç sahipleri ya da fakirlere özgülenmiş olabilecektir. İşte bu kişilerin mülhak vakfın aile vakfına dönüşmesinden sonra aile vakfından yararlanması mümkün olmayacağından, aile vakfı kurulması ile vakfede-

nin irtadesine aykırı bir sonuç doğacaktır. Bu nedenle Vakıflar Kanununa eklenen geçici 6. madde yerinde bir düzenleme olmamıştır.

Yine Türk Medeni Kanununda aile vakfının sona erme sebepleri hususunda özel bir düzenleme yoktur. Buna göre aile vakfı, Türk Medeni Kanununun vakıflara ilişkin sona erme sebeplerine bağlı olarak sona erecektir (TMK m.116). Vakıflar Kanununun 27. Ve Türk Medeni Kanununun 54. maddeleri uyarınca, Mahkeme kararı ile dağıtılan aile vakfının tasfiyesinden geri kalan malvarlığı Vakıflar genel Müdürlüğüne özgülenecektir. Amacı gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi imkansızlaşmış ya da süresi bitmiş vakfın tasfiyesi halinde, tasfiye sonrası geri kalan malvarlığı, Vakıf senedinde özel hüküm var ise, senette belirtildiği şekilde özgülenecektir. Buna karşılık, senedinde hüküm olmayan aile vakıflarında tasfiye sonrası malvarlığının Mahkeme kararı ile benzer amaçlı bir başka aile vakfına özgülenmesi aile vakfının niteliğine uygun değildir. Kanatimizce, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan aile vakfının sona ermesi halinde malvarlığının hayatta ise vakfi kuranın malvarlığına geri döneceği, vakfi kuran hayatta değilse miras hukuku hükümlerine göre mirasçılara kalacağı kabul edilebilir.

Mülhak vakfın yöneticisi ve ilgililerin istemi üzerine Vakıflar Meclisi ve sonrasında Mahkeme kararı ile aile vakfına dönüştürme işlemi gerçekleştiğinden, Mahkeme kararı ile dağıtılma hariç olmak üzere, herhangi bir sebeple sona eren aile vakfının senedinde hüküm olmasa bile yöneticiler ve ilgililerin malvarlığını özgülemek hususunda takdir hakkı olduğunun kabulü gerekir. Ancak onların istemlerinin Vakıflar Meclisi ve sonrasında Mahkeme kararı ile de uygun bulunması gerekecektir. Malvarlığının özgülenmesi herhalde Mahkeme kararı ile olacaktır. Eğer Vakıflar Meclisi ya da Mahkeme ilgililerin istemlerini uygun bulmaz ise, malvarlığının mülhak vakfın vakfiyesinde belirtilen hayır amaçları da göz önünde tutularak, Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşü alınarak benzer amaçlı bir vakfa özgülenmesi uygun olacaktır. Aile vakıflarının sona erme sebepleri, malvarlığının tasfiyesi ve tahsisi hususlarında Türk Medeni Kanunu ya da Vakıflar Kanununda özel bir düzenleme getirilmesi zorunludur.

## KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmed, **İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi**, İstanbul 1996.
- Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 2. Cilt**, İstanbul 2012.
- Akipek, Şebnem/Altaş, Hüseyin, “*Vakıflarda Evladiye Davaları*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.47, S.1-4, Ankara 1998, (s.145-151).
- Avcı, Mehmet Özgür, **Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı**, İstanbul 2006.



Ballar, Suat, **Yeni Vakıflar Hukuku**, Ankara 2008.

Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku**, İstanbul 2015.

Erdoğan, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, İstanbul 2005.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2012, s.1282-1283.

Hatemi, Hüseyin, **Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, C.I**, İstanbul 1979.

Karinâbâdizâde Ömer Hilmi/Sungurbey, İsmet, **Eski Vakıfların Temel Kitabı**, İstanbul 1978.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara 2011.

Oğuzman, M.Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1**, İstanbul 2014.

Oğuzman, M.Kemal/Dural, Mustafa, **Aile Hukuku**, İstanbul 1998.

Ögüz, M. Tufan, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul 2007.

Ömer Hilmi (Karinâbâdizâde), **İtha'ül Ahlaf fi Ahkâmül Evkaf**, İstanbul 1307 (H.)

Özkaya, Eraslan, **Eski Vakıf Hukuku**, Ankara 2012.

Tekinay, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul 1990.

Uluç, Yusuf, **Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara 2008.

Yener, M. Serhat/Uslu Kazım, **Mazbut ve Mühlhak Vakıflarda Vakfiyeden Doğan Haklara İlişkin Davalar**, Ankara 2013.



# ÜRÜN KIRASI SÖZLEŞMESİNDE KİRACININ HAKSIZ ZİLYETLİKTE İADE SORUMLULUĞU

(Tenant's Liability of Restitution in Case of Unlawful Possession in  
Usufructuary Lease Contracts)

Ar. Gör. İsmail DEDE\*

## ÖZET

İşletilmekle ürün veren eşyaların değeri, kaynakların günbegün tükenmekte olduğu dünyamızda giderek artmaktadır. Bu duruma bağlı olarak girişimciler, işletme faaliyetine çoğu zaman, kar elde etmeye koşullanacak kapitali satın alamaz halde yönelirler. Bu gerçek, girişimcileri ürün kirası sözleşmelerine yakınlaştırmaktadır. Bu sözleşme tipi, sermayesi kısıtlı olan girişimciler tarafından rağbet görmesinin yanı sıra, kimi zaman mülkiyet edinmeye nazaran daha karlı olabilmektedir. Bunun için ekonomik bakımdan güçlü girişimciler tarafından da tercih edilmeye başlanmıştır. Ürün kirası sözleşmesinin kullanımının yaygınlaşmaya başlaması ile beraber sözleşme tipine bağlı soru ve sorunlara da çözüm üretme arayışları boy göstermiştir. Bu sorunlardan birini de şüphesiz ki, kira konusunun iadesi oluşturmaktadır. İşletilebilme kabiliyeti bulunan kaynakların sayısını muhafaza etme kaygısı, haksız zilyetlikte iade hükümlerinin ürün kirası sözleşmesi ekseninde uygulanıp uygulanamayacağı hususunu düşünmeye sevk etmiştir. Bu düşünme faaliyetini gerçekleştirirken, önce ürün kirası sözleşmesinin kurulması, devamı ve sona ermesi aşamalarında meydana gelebilecek haksız zilyetlik olasılıkları ortaya konulmuş, sonrasında haksız zilyetlikte iade rejiminin sözleşme ilişkisine uygulanıp uygulanamayacağı noktası özellikle irdelenmiştir. Konu hakkında yapılan tespitlerin ardından, "yarışma teorisi" baz alınarak, haksız zilyetlikte iade rejiminin ürün kirası sözleşmesine uyarlanarak uygulanması hakkında bir panorama ortaya konmaya çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Ürün kirası sözleşmesi, haksız zilyetlikte iade, yarışma teorisi, haksız zilyetlikte iade rejiminin ürün kirası sözleşmesine uyarlanarak uygulanması.

---

\* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

### Abstract

The values of productive properties are gradually increasing in the world, in parallel with the exhaustion of resources. Correspondingly, investors often go for operating a property when they lack the necessary funds to buy the property itself. As a result, those investors tend towards concluding an usufructuary lease. This type of contract is on high demand among investors whose funds are limited. Besides such a contract may prove to be more profitable than buying the property in some cases. Therefore, it is also preferred by financially powerful investors. In connection with the spread of recourse to usufructuary lease contract, questions regarding the contract and attempted solutions to those questions are brought to the legal agenda. The restitution of the leased property constitutes one of those questions. Concerns for the preservation of productive resources lead up to the question of whether provisions regarding restitution in case of unlawful possession may be applicable within the context of usufructuary lease as well. In this regard, possibilities for unlawful possession in the conclusion, persistence and termination phases of an usufructuary lease contract are indicated. Later, the question of whether restitution regime in case of unlawful possession is applicable to a contractual relationship is precisely analyzed. Following the analysis, a panorama on modified application of restitution regime in unlawful possession to usufructuary lease is described on the basis of "concurrency theory".

**Keywords:** Usufructuary lease, Restitution in case of unlawful possession, Modified application of restitution regime in case of unlawful possession to usufructuary lease.

## GİRİŞ

Çalışmamızda, ürün kirası sözleşmesinde haksız zilyetlikte iade hükümlerinin uygulama alanı tartışılacaktır. Bu bağlamda, teorik olarak haksız zilyetlikte iade hükümlerinin sözleşme ilişkisi hükümleri karşısındaki durumu irdelenmeye muhtaçtır. Teorik çerçevede incelemede bulunmadan önce konuya yaklaşım biçimimizin ortaya konması adına bazı kavramlara ve durumlara bu başlık altında açıklama getirilmeye çalışılacaktır.

Şüphesiz ki, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla, sahibine bir eşya üzerinde en geniş yetkilere bütünsel olarak hükmetmeye imkân tanıyan hak mülkiyet hakkıdır<sup>1</sup>. Malik, bu en geniş yetkilerine dayanarak mülkiyet hakkının tersi altındaki eşyasını, eşyanın teslimini hedef alan türden sözleşmelere konu edebilir. Bu bakımdan, çalışmamızın konusunu oluşturan ürün kirası sözleşmesinde de kiraya veren, ürün vermeye elverişli şeyin teslimini gerçekleştirmekle borcundan kurtula-

<sup>1</sup> **Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s.66; **Serozan, Rona**, Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş 2nci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 197 (**Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku; olarak anılacaktır.); **Oğuzman, M.Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 15. Bası, İstanbul, 2012, s. 278; **Özen, Burak**, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.3. (**Özen, İntifa Hakkı**; olarak anılacaktır. )

çaktır. Dolayısıyla, ürün kirası sözleşmesi de konusunu ürün veren “eşya” oluşturduğu takdirde, eşyanın teslimini hedef alan bir sözleşme türüdür<sup>2</sup>.

Ürün kirası sözleşmesi gibi eşyanın teslimini hedef alan sözleşmelerde, kiraya veren tarafı malikin işgal ettiği durumlarda<sup>3</sup> malik; borcunu ifa etmek maksadıyla eşyayı teslim ettiğinde, hukuk âleminde bir görünüm meydana gelir. Eşya hukuku açısından mesele incelendiğinde bu görünüm, mülkiyet hakkı ile dolaysız zilyetliğin ayrılmasından ibarettir. Öğretide yer alan bir görüşe göre mülkiyet hakkı ile dolaysız zilyetliğin birbirinden ayrıldığı durumlar bir “sapma”dır<sup>4</sup>. Zira asıl olan mülkiyet hakkı ve dolaysız zilyetliğin bir arada olması, tabiri caizse bir elde toplanmasıdır. Bu görünümün bozulduğu her anda dolaysız zilyetlik, malikine dönmek adına hukuki imkânların zorlanması kapılarını sonuna kadar açık tutmaya çalışacaktır. Oysaki malik sıfatıyla dolaysız zilyetliğin ayrıldığı her durum sapma olarak nitelendirilemez. Hatta malikin yetkilerine dayanarak eşyasının dolaysız zilyetliğini mülkiyet hakkından rızası ile ayırması ihtimalinde, meydana gelen durumu sapma olarak nitelendirmek, tezatlık kokan bir ikilem meydana getirecektir. Zira malik; eşyanın ekonomik yönünden faydalanmak adına eşyasını bir başkasına iradesi ile teslim ettiğinde, teslim edilen kimseye eşya üzerinde yetki tesis etmiş olacaktır. Bu görüşe göre, tesis edilen yetkiye göz önüne alınmaksızın mülkiyet hakkı ile dolaysız zilyetliği ayırmasından ötürü ayrıklılığın devam ettiği her an için malik, mülkiyet hakkı bir anlamda ihlal olduğundan bahisle iade talebi yöneltebilecek konumda olacaktır. Şüphesiz ki böylesine bir durum, zilyetliğin hakka karine olma fonksiyonunu zedeleyecek ve alışveriş hayatında önemli bir yer tutan işlem güvenliğini sarsabilecek sonuçların doğmasına neden olabilecektir<sup>5</sup>. Bu nedenle, mülkiyet hakkı ile dolaysız zilyetliğin ayrıldığı her durumu sapma olarak nitelendiren görüşe katılmamaktayız<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> **Cansel, Erol**, İsviçre Hukuku Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Desen Matbaası, Ankara, 1953, s. 57; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/ Özen Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2014, s. 699; **Sağlam, İpek**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 1018 (**Sağlam**, Fark; olarak anılacaktır.); 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan (BK) farklı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) terminolojik olarak “ürün kirası” kavramına yer vermiştir. Pozitif norma paralel olarak çalışmamızda “ürün kirası” kavramı kullanılacaktır.

<sup>3</sup> Ürün kirası sözleşmesinde ve kira sözleşmelerinde kiraya verenin malik sıfatını taşımasının bir zorunluluk olmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu yönde bkz. **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 701-702.

<sup>4</sup> **Özen, Burak**, Haksız Zilyetlikte İade, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2003, s. 15 dn. 27'de yer alan yazarlar ( **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade; olarak anılacaktır. ).

<sup>5</sup> Zilyetliğin aleniyet fonksiyonuna bağlı olarak, kamuya açıklık ve koruma işlevleri açısından belirleyici olan dolaysız zilyetliktir. Dikkat edilecek olursa, zilyetliğe müdahalede bulunulduğunda, “kuvvet kullanarak müdafaa” imkânı dolaysız zilyede aittir. Yoksa eşya üzerinde en geniş yetkilere sahip olan dolaylı zilyet; malike değil. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/ Selçü/ Oktay-Özdemir**, s.67; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s.108.

<sup>6</sup> Malikin zilyetliğinden veyahut malikin rızası ile eşya üzerinde zilyet olan kimsenin elinden eşya-

Takdir edilebileceği üzere; eşyasını rızasıyla bile olsa bir başkasına bıraktığı durumlarda malik, bu eşyanın kullanılmayacak hale gelmesi, eşyanın ekonomik değerinin aşırı derecede azalması veya eşyanın yok olması rizikoları ile burun buruna gelmektedir. Pekâlâ, malikin eşyasını rızası ile bir başkasına bıraktığı durumları bir sapma olarak nitelendirmediğimizde, maliki bu rizikolara karşı koruyacak bir mekanizma geliştirmek gerekmektedir. Belirli bir sözleşme çerçevesinde eşyasının dolaysız zilyetliğini bir başkasına bırakan malik, halen mülkiyet hakkının vermiş olduğu en geniş yetkilere sahip konumdadır. O, aynı iade talebine de sahiptir. Ancak, dikkat edilirse kurulan sözleşme ilişkisi çerçevesinde malik iradi olarak aynı iade talebinde bulunabilme yönünden kendisini bir yapmama borcu ile sınırlamıştır. Bu yapmama borcu ise, dolaysız zilyedin hak taşkınlığında bulunduğu durumda veya sözleşme ilişkisi sona erdiğinde ortadan kalkar<sup>7</sup>. İşte bahsi geçen rizikolarla burun buruna gelen malik, yapmama borcunun son bulmasına dayanarak aynı iade talebinde bulunabilir. Yoksa baştan beri süre gelen bir sapma dolayısıyla değil. Katıldığımız bu görüş çerçevesinde zilyetliğin aleniyet fonksiyonu ve dolayısı ile işlem güvenliği ilkesi de etkinliğini korumaya devam edebilecektir.

Ürün kirası sözleşmesinde de kiraya veren, kira konusunu kiracıya bırakmasıyla beraber benzer rizikolarla karşı karşıya kalacaktır<sup>8</sup>. Kiracının bir ürün vermeye elverişli şeyi, sözleşme sınırları çerçevesinde ve sözleşme süresi ile sınırlı olarak kullandığı durumlar bakımından kiraya veren açısından bir sorun bulunmamaktadır. Sorun, sözleşme ilişkisinin sona ermesi veya hak taşkınlığı neticesinde boy gösterecektir. Çalışmamızın devamında, ürün kirası sözleşmesi ekseninde, kiraya verenin yapmama borcunun ortadan kalkacağı durumlardan başlıcaları incelenecektir.

## I. Ürün Kirası Sözleşmesinde Haksız Zilyetlik Olgusu Görünümleri

Ekonomik döngü dâhilinde, dünya üzerindeki kaynakların azalması işletilebilecek nitelikte unsurları daha da önemli kılmaktadır. Hal böyle olunca, bu unsurların işletilmesi için kurgulanmış olan ürün kirası sözleşmelerinde, işletilip ürün elde

---

nın rızasız çıkışı durumunda, mülkiyet hakkı ile dolaysız zilyetliğin ayrıık durumda olmasının bir sapma olarak nitelendirilmesinde sakınca görmemekteyiz. Zira "hırsız her zaman mütemerrittir" ve yukarıda bahsi geçen cinsten bir ikilemden arı biçimde dolaysız zilyetlik, malik sıfatıyla birleşmeye çalışmaktadır. **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s.165 vd.

<sup>7</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s.26

<sup>8</sup> Aralarında farklılıklar bulunmasına rağmen, intifa hakkı ve ürün kirası sözleşmesinin bir hukuk düzenine tesis edilmelerinin sebepleri benzeşmektedir. Buradan hareketle kıyas yapılacak olursa ürün kirası sözleşmesinde kiracı, eşyanın özgülendiği amacı sözleşme boyunca göz önünde bulundurmalı ve kira konusu eşyanın sağlayacağı yararı en üst düzeye çıkarmaya çalışmalıdır. Ancak, bu durumda kira konusunun işletilmesinde toplumsal çıkar esas alınmış olur. Aksi bir durumda, hem toplumsal çıkar geri plana itilmiş olur hem de anılan rizikoların gerçekleşmesi olasılığı yükselmiş olur. Ürün kirası sözleşmesi ile intifa hakkının benzeşmesi hususu için bkz. **Cansel**, s. 37; ekonomik yaklaşımlara ilişkin görüşler için bkz. **Özen**, Intifa Hakkı, s.13 vd.

edilmek üzere bir başkasına bırakılmış kira konusuna saygılı davranılmadığında, kira konusu unsurun iadesi; kiraya verenin yanı sıra dolaylı olarak diğer bireylerin de menfaatini gözetmektedir. O halde, ürün kirası minimalinde zilyetliğin haksız hale geldiği durumlar, aynı zamanda sosyal menfaatleri de gözetmek adına titiz bir şekilde tespit edilmelidir. Bahsi geçen yaklaşım esas olacak şekilde zilyetliğin, ürün kirası sözleşmesindeki “haksız zilyetlik” görünümü bu kısımda ele alınacaktır. Bu bakımdan da ürün kirası sözleşmesinde, zilyetliğin haksız hale gelmesi ve zilyetliğin haksız şekilde elde edilmesi olarak ikili bir ayırım takip edilecektir. Bu ayırımın kullanılmasının nedeni, medeni kanunumuzun haksız zilyetlikte iade rejimini “iyiniyet” turnusolüne odaklamış olmasında yatmaktadır<sup>9</sup>.

## 1. Ürün Kirası Sözleşmesinde Zilyetliğin Haksız Hale Gelmesi

### a. Genel Olarak

Ürün kirası sözleşmesinde tarafların asli edim yükümlülükleri incelenirse; kiraya verenin asli borcu, kira konusunu kiracıya kira süresi boyunca kullanma ve işletmeye elverişli bir biçimde bulundurmadır<sup>10</sup>. Kiraya verenin asli borcunun süreklilik karakteri göz önüne alındığında, ürün kirası sözleşmesi de tıpkı kira sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme türü olduğu açıktır<sup>11</sup>. Kaldı ki, ürün kirası sözleşmesinde kiracı, kira bedeli ödemenin yanı sıra kira konusunu kira süresi boyunca işletme borcu altındadır<sup>12</sup>. Dolayısıyla, ürün kirası sözleşmesi sona erdikten sonra zilyetlik haksız hale gelebileceği gibi ürün kirası sözleşmesinin devamı sırasında da haksız hale gelebilir.

### b. Ürün Kirası Sözleşmesinin Sona Ermesi Üzerine Zilyetliğin Haksız Hale Gelmesi

Ürün kirası sözleşmesi, bir sözleşme tipi olarak genel hükümlerde yer alan sebeplerle sona erebileceği gibi kanun koyucu tarafından ürün kirası sözleşmesi tipine hasredilmiş sona erme sebeplerine bağlı olarak da sona erebilir veyahut erdirilebilir. Ayrı bir çalışmaya konu edilebilecek derinlikteki bu hususu, zilyetlik durumunu etkileyebilecek yönleri ile ve ürün kirasına özgülenmiş sona erme biçimleri ile sınırlı tutmayı uygun görmüş bulunmaktayız. Bu çerçevede sınırlı olmak kaydıyla, ürün

<sup>9</sup> **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s.289; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s.120; **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s.99; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 176.

<sup>10</sup> **Cansel**, s.57; **Sağlam**, Fark, s.1018; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 701-702.

<sup>11</sup> **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, (**Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**), Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.37 (**Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel; olarak anılacaktır); **Öz, Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s.13 vd.

<sup>12</sup> **Cansel**, s.93; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 705.

kirası sözleşmesinin sona ermesi üzerine zilyetliğin haksız hale gelmesi hususu ele alınacaktır.

Kanunu koyucunun sistematığındeki sırayı takip edecek olursak, ürün kirası sözleşmesi taraflarca kararlaştırılmış belirli sürenin bitimiyle kendiliğinden sona erecektir, meğer ki taraflar örtülü olarak sözleşmeyi sürdürmeye devam etsin<sup>13</sup>. O halde, sürenin sona ermesi üzerine tarafların örtülü irade beyanlarının uyuştuğu durumlarda ürün kirası sözleşmesi sona ermeyecek, kira konusu üzerindeki zilyetlik, haksız hale gelmeyecektir. Buradan hareketle belirli süreli kira sözleşmesi, sürenin bitimi ve tarafların güven prensibi uyarınca sözleşmenin devamını arzuladıkları izlenimi veren davranışları sergilemedikleri takdirde sona erecektir<sup>14</sup>. Şüphesiz ki, böyle bir durumda kira konusu üzerindeki zilyetlik, sürenin bitimi ile kendiliğinden haksız hale gelecektir. Kiracının süre bitimi olgusunu bilmemesinin imkânlar dâhilinde olmadığı göz önüne alınacak olursa, sürenin bitimi ile zilyetliğindeki unsurları iadeye yeltenmeyen zilyet, kötüniyetli haksız zilyetlik olacaktır. Zira zilyetliğinin tahlilinde, kiracının kendisinin bir hakka sahip olduğuna yöneltecek bir emare bulunmamaktadır<sup>15</sup>.

Belirsiz süreli ürün kirası sözleşmesi, TBK m. 367/ f.2 uyarınca taraflardan herhangi birinin belirli bir bildirim süresine uymak kaydıyla yapacağı bildirim binaen sona erdirilebilir. Belirli süreli kira sözleşmesine nazaran açık bir irade beyanının ortaya konması gereksinimi, zilyetliğin durumu hakkında tahlil yapılmasını kolaylaştırmaktadır. TBK. m.368'in öngörmüş olduğu fesih bildirim kuralları çerçevesinde, ürün kirası sözleşmesinin sona ereceği en erken altı ay önceden kiracı tarafından biliniyor durumda olacağından, sözleşmenin feshinden itibaren iadeye yeltenmeyen kiracı, kötüniyetli haksız zilyet olacaktır.

Ürün kirası sözleşmesi, TBK m. 370 uyarınca, kiracının iflas etmesine binaen iflasın açılması anında kendiliğinden sona erecektir, meğerki kira bedeli ve tutanağa geçirilen eşyalar için yeterli güvence verilsin. O halde, kira bedeli ve kira konusu ile birlikte verilen ve tutanakta gösterilmiş eşyalar için yeterli güvence gösterilmediğinde sözleşme, iflasın açıldığı an sona erecektir<sup>16</sup>. Zilyetliğin haksız geldiği an açısından iflasın açılması tarihi önem taşımaktadır. İcra ve İflas Kanunu'na göre iflas hükümlerle

<sup>13</sup> **Cansel**, s. 130; **Sağlam**, Fark, s.1021; **Topuz, Seçkin/ Canbolat, Ferhat**, Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi, s.18 ([http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/Hukuk\\_Fak\\_Derg\\_makale\\_1.pdf](http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/Hukuk_Fak_Derg_makale_1.pdf)) (Erişim Tarihi: 01.10.2014); **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 712.

<sup>14</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s.135; **Serozan, Rona**, Medeni Hukuku Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s. 299 vd; **Eren,Fikret** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara, 2015, s.140; **Sağlam, İpek** Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007, s. 115; Güven teorisinin İsviçre-Türk hukuk sistemine hakim olduğuna ilişkin bkz. **Oğuzman, M.Kemal/ Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, 16.Bası, İstanbul 2010, s. 180.

<sup>15</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s.103.

<sup>16</sup> **Cansel**, s.142.



açılır ve bu hükümde açılma anı saat ve dakika olarak gösterilir<sup>17</sup>. Şu halde, saat ve dakika cinsinde belirtilen iflasın açılma anında ürün kirası konusu ve illi diğer unsurlar üzerinde zilyetlik haksız hale gelecektir, bu durumun tek istisnası ise kira konusu ve diğer unsurlar için güvence verilmiş olmasıdır. İflasın açılması bir hükümle gerçekleşeceğinden, kiracının sahip olduğu hissine kapılabileceği bir şahsi hak dahi bulunmamaktadır. Ki kiracı, bu nedenle iflasın açıldığı an kötüniyetli haksız zilyet olacaktır.

Pekâlâ, kiracı iflas kararı aleyhine kanun yoluna başvurmuş olabilir. İflas kararı üst mahkeme tarafından onanmış olursa iflas yine yerel mahkemenin işaret ettiği saat ve dakikada açılmış sayılacaktır. Dolayısıyla, kiracı kararda yer alan saat ve dakika itibarıyla kötüniyetli haksız zilyet sıfatını haiz olacaktır<sup>18</sup>.

Ürün kirası sözleşmesi devam ederken kiracının ölmesi durumunda<sup>19</sup>, kiracının mirasçıları veya kiraya veren TBK m. 371'e göre yasal bildirim süresine uyarak sözleşmeyi sona erdirebilir<sup>20</sup>. Bildirime binaen kiraya verenin sözleşmeyi sona erdirdiği an kiracının mirasçıları, kötüniyetli haksız zilyet olacaklardır.

Son olarak, dürüstlük kuralı çerçevesinde ürün kirası sözleşmesi taraflardan biri için çekilmez hale gelirse, sözleşme yasal bildirim sürelerine bağlı kalınarak sona erdirilebilir. TBK m. 369'da yer alan fesih imkanını kiraya verenin kullandığı durumda, açık irade beyanı ile ileri sürülmüş fesih bildirimine bağlı olarak kiracının, sözleşmenin sona ereceği anı tahlil etmesi işten bile olmayacağından sözleşmenin sona ermesi ile kiracı, kötüniyetli haksız zilyet olacaktır.

Tüm bu özel düzenlemelerin dışında ürün kirası sözleşmesi, borç ilişkilerini sona erdiren genel sebeplere bağlı olarak da sona erebilir. Bu sona erme sebeplerinin ayrı ayrı incelenmesi, çalışmanın konusunu aşacak bir kapsam ve derinlik oluşturduğundan her sona erme sebebinde zamansal tespit ve zilyedin var olduğuna inandığı

<sup>17</sup> **Üstündağ, Saim**, İflas Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2009, s.44.

<sup>18</sup> Kanun yoluna başvurulması ile birlikte üst dereceli mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını bozarsa sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeye erkine sahip iflas hükmü vuku bulmayacağı için kira sözleşmesi devam eder ve kiracı haklı zilyet olmaya devam eder.

<sup>19</sup> Ölüm karinesi teşkil eden durumlarda gerçek kişi gerçekten ölmüş sayılır, dolayısıyla ürün kirası sözleşmesinde kiracı hakkında ölüm karinesi devreye sokulabiliyorsa bildirim sürelerine bağlı olarak sözleşmenin sona erdirilebileceğine şüphe yoktur. Bu yönde bkz. **Hatemi, Hüseyin/ Kalkan Oğuztürk, Burcu**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013, s.71; **Helvacı, Serap**, Gerçek Kişiler, 3.Bası, İstanbul, 2010, s.29. Ölüm kadar keskin ve net olmasa da kanımızca ürün kirası sözleşmesi kiracısının gaipliğine karar verilmesi durumunda belirli koşullara bağlı olarak gaip kiracının mirası, mirasçılara intikal edecektir. Zira aksi ispat edilene değin gaibe ölü gözüyle bakılır. Dolayısıyla TBK'nın 371. maddede ölüm olarak andığı başlığın altına kiracının gaipliği de girmelidir. Bu görüşümüze dayanak olarak; **Hatemi/ Kalkan Oğuztürk**, s.114; **Helvacı**, s.36; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987, s.560; **Serozan, Rona/ Engin, Baki İlkay**, Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012, s.375.

<sup>20</sup> **Cansel**, s.146; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 713.

hak konusundaki zannı titiz bir şekilde tespit edilmesi gerektiğini vurgulayarak bu kısmı sona erdirmeyi uygun buluyoruz<sup>21</sup>.

### c. Ürün Kirası Sözleşmesinin Devamı Sırasında Zilyetliğin Haksız Hale Gelmesi

Ürün kirası sözleşmesinin uygulama alanı zirai işletmelerin kiralınması kapsamını çoktan aşmış, ekonomik gücü yeterli olmayanlar açısından hakların ve özellikle ticari işletmelerin ürün kirası sözleşmesine konu olması yaygınlaşmıştır<sup>22</sup>. Ticari yaşam açısından önem taşıyan bu sözleşmelerde kiracının haklarını kullanma biçimi de büyük önem arz etmektedir. Hal böyle olunca, kurulan bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi niteliği de göz önüne alınarak sözleşmenin devamı sırasında zilyetliğin haksız hale gelip gelmeyeceği tartışılması gereken bir husustur.

Sözleşme ilişkisinin devamı sırasında kiracının asli borçlarından birisi de kira konusunu amaca uygun bir biçimde kullanmak ve işletmektir. Kullanım ve işletme bakımından çizilmiş sınırların dışına çıkan kiracı, "hak taşkınlığı" nda bulunmuş demektir<sup>23</sup>. Örnek üzerinden hareket edecek olursak, konusu konfeksiyon olan ticari işletmesini içinde bulunan dikiş makineleri ile ürün kirasına konu eden ticari işletme sahibi, günün birinde pantolonunun paçasını yaptırmak için gittiği terzide işletmesine ait olan dikiş makinesini gördüğünde anlayacaktır ki, kiracısı hak taşkınlığında bulunmuştur<sup>24</sup>. Ticari işletmenin eşyalarından olan dikiş makinesi ile kiracı sözleşmesel ilişkiden arı bir kazanç elde etmiştir. Hak taşkınlığının gerçekleştiği nokta bakımından kiracı, haksız zilyet haline gelmiştir. Bunun yanı sıra sergilemiş olduğu tutumun, sahip olduğu hakkın sınırlarını aştığını bilen kiracıyı kötünietli haksız zilyet olarak nitelemeye imkân tanıyacağı açıktır<sup>25</sup>.

Hak taşkınlığı açısından TBK'nın alt kira ve kullanım hakkı devir yasağını düzenleyen 366. maddesi özellikle incelenmelidir. Zira kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kira konusunun işletilmesi veyahut kullanımını bir başkasına devrederse hak taşkınlığında bulunmuş olacaktır<sup>26</sup>. Dolayısıyla, bu bağlamda kötünietli haksız zilyet olacaktır. Buna karşın, kiracı kiralanda bulunan bazı yerleri kiraya verebilmesi için bir istisna ihdas edilmiştir. Ancak, kiracı bu hukuki işlemi kurarken kiraya

<sup>21</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s.103.

<sup>22</sup> **Sağlam, İpek**, Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1, s.167.

<sup>23</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s.29; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s.179.

<sup>24</sup> Pekala, ticari işletmenin konusu bünyesinde yer alan eşyaların kiralınması olabilirdi. Böyle bir durumda kiracı, kiralananı özgülendiği amaca uygun işletmiş olacağından hak taşkınlığından bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, esas olan somut olayın özelliklerinin göz önüne alınmasıdır.

<sup>25</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s.35.

<sup>26</sup> **Sağlam**, Fark, s. 1020.

veren açısından zarar doğuracak bir değişiklik meydana getirmeme konusunda özen göstermekle yükümlü tutulmuştur. Bu noktada “zarar doğuracak değişiklik” ibaresi zilyetliğin durumunun tespitinde kilit rol oynamaktadır. Öyleyse değişiklik, zarar ve bu iki kavram arasındaki illilik incelenerek bir sonuç elde edilmeye çalışılmalıdır.

Ürün kirası sözleşmesinin konusu üzerinde yapılan değişikliğin fiziksel bir değişiklik olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Değişiklik, kira konusuna çekilecek bir set suretiyle oluşturulabileceği gibi kullanıma özgülendiği amacın değiştirilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir. Bir hukuki sonuç bağlayabilmek için TBK md. 366 anlamındaki değişikliğin iradi olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>27</sup>. Yani, iradesi dışında oluşan değişikliğe ayak uydurarak kira konusunu kullanan ve işleten kiracı değişiklik yapmış sayılmamaktadır.

Ürün kirası sözleşmesinin kiracısı, eşyanın ömrü boyunca o eşyadan elde edilmesi beklenen yararı, kullanım tarzı ve işletme tarzı sonucu azaltmışsa zarar meydana gelmiş demektir<sup>28</sup>. Kiracının kira konusunu kullanma ve işletme tarzına bağlı olarak zarar güncel olarak mevcut olmayabilir. Ancak, bu durumda da eşyanın özüne yönelmiş bir zarar tehlikesinin mevcudiyeti gözden kaçırılmamalıdır<sup>29</sup>. O halde bu bağlamda güncel zararın mevcudiyeti tartışmasının yanı sıra eşyanın özüne ve dolayısıyla eşya hakkındaki ekonomik beklentiye yönelmiş zarar tehlikesi mevcudiyeti de göz önüne alınmalıdır<sup>30</sup>.

Zarar, pekala kiracının meydana getirdiği bir değişiklikten de ileri gelmiş olabilir. Dolayısıyla ürün kirası sözleşmesi devam ederken kiracı, değişiklik oluşturmak kaydıyla kira konusundaki bazı yerleri kiraya verdiği zaman zarar doğmaya elverişli bir düzlem oluşturuyorsa hak taşkınlığında bulunmuş olacaktır. Bu işlemi gerçekleştirdiği an itibarıyla hak taşkınlığından bahisle kötüniyetli haksız zilyet olacaktır.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer husus ise ürün kirası sözleşmesi devam ederken kiracının kira konusunu hiç işletmemesidir. Ürün kirası sözleşmesinin kurulmasının ana gayesi kira konusunun işletilerek ürün elde edilmesidir. Kiracı, kira konusunu işletmediğinde kendi menfaatine de olacak bir borç ifasına, umursamazlık tavrı takınmış olacaktır. Bu görünümdeki borca aykırılık, eşyanın özünü ze-

<sup>27</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 85;

<sup>28</sup> Özen, İntifa Hakkı, s. 15.

<sup>29</sup> Özen, İntifa Hakkı, s. 13 vd; Topuz, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul, 2011, s. 298.

<sup>30</sup> Zarar tehlikesi kavramının soyutluğunu somut bir düzleme çekebilme adına hayatın olağan akışı ve olağan hayat tecrübeleri göz önüne alınmalıdır. Ürün kirası sözleşmesinin konusunun mekanik bir cihaz olduğu varsayımında bu cihazın kapasitesinin üzerinde ürün elde etmeye koşullandırılmasının bir süre sonra cihazı işlevsiz kılacağı tespit edilirse hayatın olağan akışı içerisinde pekala mümkündür. Şeyin cevherinin intifa hakkındaki kullanımı için bkz. Özen, İntifa Hakkı, s. 15; Zarar tehlikesine ilişkin olarak bkz. Topuz, s. 264.

deleyebilecek zarar tehlikesi meydana getiriyorsa veya eşyanın ekonomik özgülenme amacını işlevsiz kılacak cinstense kiracının zilyetliği haksız hale gelecektir. Kira konusunu işletmeme, ürün kirası sözleşmesi çerçevesinde kural olarak kiracının sahip olduğunu düşündüğü bir hak olamayacağından- bilakis bu bir borçtur- kiracı kötü-niyetli haksız zilyet olacaktır<sup>31</sup>.

## 2. Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması Aşamasında Zilyetliğin Haksız Ele Geçirilmesi

### a. Genel Olarak

Ürün kirası sözleşmesi kurulurken tarafların iradeleri karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır<sup>32</sup>. Ürün kirası sözleşmesinin kurulumu aşamasında kiraya verenin iradesi pekala sakatlanmış olabilir veyahut iradesi kanun nazarında sözleşme kurmaya elverişli olmayabilir. Böylesi durumlarda ürün kirası sözleşmesi ya kesin hükümsüzdür ya da iptal edilebilir bir hal almış demektir. Çalışmamızın bu kısmında, ürün kirası sözleşmesinin kesin hükümsüz olduğu veya iptal edilebilir olduğu durumlarda kiracının zilyetliği hususu ele alınmaya çalışılacaktır.

### b. Ürün Kirası Sözleşmesinin Kesin Hükümsüzlüğünün Kira Konusu Üzerindeki Zilyetliğe Etkisi

Ürün kirası sözleşmesi taraflarca; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olarak dizayn edilmişse kesin hükümsüz olacak ve sözleşmenin kurulması anından itibaren geçersiz olacaktır. Dolayısıyla, kira konusu kiracı tarafından haksız şekilde ele geçirilmiş olacaktır. Kesin hükümsüzlüğe rağmen zilyetliği elinde bulunduran kiracının durumu bu başlık altında sadece tespit edilmeye çalışılacaktır. Zira borç olmayan şeyin ifası durumunda hangi iade rejiminin uygulanması gerektiği sorunu ayrı bir çalışmaya konu edilebilecek cinsten genişliğe ve derinliğe sahiptir<sup>33</sup>.

Geçersiz ürün kirası sözleşmesine rağmen ele geçirilmiş kira konusu üzerindeki haksız zilyetliğin türü hakkında net bir söylemde bulunmak bilimsel tutum sergile-

<sup>31</sup> Tarımsal taşınmazların belli dönemde nadasta bırakılarak işletilmemesi söz konusudur. Velev ki, kiracı tarımsal taşınmazı nadasta bırakmasının fayda getireceğini düşünerek eşyanın özüne zarar vermeye başlamışsa iyiniyetli haksız zilyet rejiminden yararlanması daha makul gözükmektedir. Fakat bu noktada da kiracının şahsi özellikleri titizlikle incelenmelidir.

<sup>32</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 174; **Antalya, Gökhan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul, 2012, s.165; **Cansel**, s. 41; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s.165 vd; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 699.

<sup>33</sup> **Serozan, Rona**, (**Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**), İfa İfa Engelleri ve Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2014, s. 331 (**Serozan**, İfa Engelleri; olarak anılacaktır); **Serozan, Rona**, Geçersiz Satış Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi, MHAD Yeni Seri, Y. 3, S. 4, s. 190.

menin fersahlarca ötesinde olacaktır. Yani, geçersiz ürün kirası sözleşmesine rağmen kira konusunu işleten ve kullanan her daim iyiniyetli veya kötüniyetli haksız zilyet değildir. Bir örnek üzerinden hareket etmek gerekirse, ürün kirası sözleşmesini ayırt etme gücünden yoksun malik ile kuran kiracı, haksız zilyettir. Kiracı, kiraya verenin ayırt etme gücünden yoksunluğunu bilmiyorsa götürü bir kural olarak anılan ayırt etme gücünden yoksunluk ehliyetsizlik karşısında iyiniyet korunmaz ilkesi<sup>34</sup> kiracının karşısına çıkacaktır. Yalnız, dikkat edilmelidir ki bahsi geçen götürü kural hak kazanımına ilişkindir, bunun karşısında zilyetlik sadece bir durumu ifade eder<sup>35</sup>. Sözleşmenin diğer tarafının ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilmeyen ve bilmesi kendisinden beklenmeyen kiracı iyiniyetine dayalı olarak bir hak asla iktisap edemeyecektir. Buna karşın, ayırt etme gücünden yoksunluğunun bilinmediği veya bilinmesinin kendisinden beklenmediği süre zarfında, sahip olduğunu sandığı kiracılık hakkına dayanarak kira konusunu hâkimiyeti altında bulunduran kiracı bu sanrınının mazur kabul edilebildiği sınırlar çerçevesinde “iyiniyetli” haksız zilyet olacaktır<sup>36</sup>. Mazur kabul edilebilirliğin sınırı aşıldığında veyahut ayırt etme gücünden yoksunluk kiracı tarafından öğrenildiğinde zilyetlik, kötüniyetli haksız zilyetlik olacaktır. Sözün özü, kesin hükümsüz ürün kirası sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda haksız zilyetliğin türü, somut olay çerçevesinde inceleme yapmayı gerekli kılmaktadır.

### c. Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması Sırasında Meydana Gelen İrade Sakatlıklarının Kira Konusu Üzerindeki Zilyetliğe Etkisi

Ürün kirası sözleşmesi kurulurken kiraya verenin esaslı yanılması veya ürün kirası sözleşmesinin kiraya verenin aldatılması ya da korkutulması suretiyle kurulması durumunda kiracının zilyetliğinin durumu mercek altına alınması gereken bir husustur. Bu hususu ele alırken irade sakatlıklarına ilişkin olarak sözleşmenin hangi anda hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin teorik incelemede bulunmak gerekecektir. Zira iptal hakkının kullanılması zilyetliğin durumunun tahlili gibi ikincil noktalara daha da büyük etki edecektir<sup>37</sup>.

Kiraya veren sözleşmenin kurulması sırasında esaslı bir yanılığa düşmüş olabilir. Yanılığın etkisi altında kalarak sözleşmeyi kuran kimse, kira konusunu kiracıya teslim etmiş olabilir. Doktrinde iptal görüşü olarak aktarılan görüş uyarınca, yanılma

<sup>34</sup> Helvacı, s. 65.

<sup>35</sup> Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.243; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.96; Ünal, Mehmet/ Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2012, s.125.

<sup>36</sup> Mazur kabul edilebilirlik noktasında zilyedin içinde bulunduğu durumu değerlendirmesindeki özeni esas alınmalıdır. Bu özen yükümlülüğüne hafif ihmal suretiyle dahi aykırılıkta bulunulmuşsa zilyedin durumu mazur kabul edilemez. Bu yönde bkz. Özen, Haksız Zilyetlikte İade, s.104.

<sup>37</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 434; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı (; Kocayusufpaşaoğlu, Hata; olarak adlandırılacaktır.), İstanbul, 1968, s. 140 vd.

durumlarında iptal hakkı kullanılıncaya değin geçerli bir ilişkinin hükümlerini doğurduğu kabul edilir. Bu nedenle kiracı, iptal hakkı kiraya veren tarafından kullanılabileceğine değin kira konusunun haklı zilyedir. İptal hakkının kullanılmasından sonra kötüniyetli haksız zilyet olacaktır. Ola ki iptal hakkı süresi içinde kullanılmaz ise kiracı, sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla haklı zilyettir ve hiçbir suretle zilyetliği haksız biçimde ele geçirmemiş olacaktır<sup>38</sup>.

Esaslı yanılığın olgusuna bağlı olarak uygulanması gerektiği ileri sürülen güçlü görüşlerden bir diğeri de düzelebilir hükümsüzlük görüşüdür. Bu görüşe göre; esaslı yanılığın etkisinde ürün kirası sözleşmesi konusunda irade beyanı ortaya koyan kiraya verenin iradesi, kiracının iradesi ile karşılıklı olsa da ürün kirası sözleşmesini kurmaya elverişli olmayacaktır ve ürün kirası sözleşmesi her iki taraf için de kesin hükümsüzdür<sup>39</sup>. Dolayısıyla, esaslı yanılığın etkisinde altındaki ürün kirası sözleşmesi uyarınca kira konusunun zilyetliğinin devredildiği an, hükümsüz sözleşme ilişkisi nedeniyle kiracı haksız zilyettir<sup>40</sup>. Kiraya verenin iptal hakkını açık bir şekilde ileri sürmesi bu hükümsüzlük durumunu değiştirmeyecek olup; zilyetliğin türünü kötüniyetli haksız zilyetlik olarak takdir etme hususunda, birincil yol gösterici işlevini üstlenecektir. Olur da iptal hakkının kullanımı için kanunda öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre geçtiğinde kiraya veren iptal hakkını kullanmaz ise; ürün kirası sözleşmesi baştan itibaren hüküm doğuran bir sözleşme kıvamına gelecektir ve kiracı o andan itibaren haksız zilyetlik durumundan ayrılmış olacaktır<sup>41</sup>.

Kiraya veren, ürün kirası sözleşmesini aldatıldığı veya korkutulduğu için kurmuş ve kira konusunu bu bahisle teslim etmiş olabilir. Katıldığımız görüş uyarınca, aldatılma veya korkutulma sonucu kurulan sözleşme hükümsüz bir şekilde hukuk âleminde boy gösterse de bu hükümsüzlük hak düşürücü süreye bağlanmış iptal hakkının kullanılmaması ile düzelebilir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması anı itibarıyla kiracı, kötü niyetli haksız zilyettir ve aldatılmanın öğrenilmesi veya korkunun etkisinin geçmesinden itibaren bir yıllık süre zarfında iptal hakkının kiraya verence kullanılmaması durumunda hükümsüz düzelecektir. Hak düşürücü sürenin geçirilmesi ile

<sup>38</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 431.

<sup>39</sup> **Antalya**, s. 230; **Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 10. Bası, Cilt 1, İstanbul, 2012, s. 107; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 428; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 15-18.

<sup>40</sup> Esaslı yanılığın üzerine, düzelebilir hükümsüzlük doktrininin uygulandığı durumda başta haksız zilyet olan kiracının haksız zilyetliğinin türünü nitelemek pek de kolay olmayacaktır. Bu noktada, kiracının geçerli bir ürün kirası sözleşmesi kurmuş olduğuna dair güven prensibi bakımından haklı bir inanç taşıyıp taşımadığı da dikkate alınması gereken hususlardan biridir. Ancak böyle bir inceleme sonucunda kiracının, iyiniyetli haksız zilyetlik durumu içerisinde bulunup bulunmadığı tartışılabilir Bu yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 431; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, s. 165-166.

<sup>41</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 428.

iptal hakkının yitirildiği an zilyetlik, sözleşmenin kurulduğu andan itibari ile hüküm doğurmak üzere haksız zilyetlik dairesinden çıkmış olacaktır<sup>42</sup>.

Hak düşürücü süre içerisinde iptal hakkının kiraya veren tarafından kullanılması durumunda borç olmayan şey ifa edilmiş olacağından hükümsüzlüğün zilyetliğin durumuna etkileri dikkate alınmalıdır.

## II. Haksız Zilyetlikte İade Hükümlerinin Ürün Kirası Sözleşmesi Karşısında Uygulanabilirliği Sorunsalı

Ürün kirası sözleşmesinde zilyetliğin haksız hale geldiği durumlar incelendikten sonra incelenmesi gereken asıl hukuki sorun, haksız zilyetlikte iade hükümlerinin sözleşme ilişkisi karşısında nasıl uygulanacağıdır. Bu hukuki sorunu ele alırken ürün kirası sözleşmesinin doğurduğu sürekli borç ilişkisini göz önünde bulundurarak, sözleşmenin sona erdiği durumda haksız zilyetlikte iade rejimlerinin uygulama alanı ve sözleşme ilişkisi devam ederken haksız zilyetlikte iade rejimini uygulama alanı olarak ikili ayırım yapmak suretiyle bu inceleme gerçekleştirilecektir.

### 1. Sözleşme İlişkisinin Sona Erdiği Durumda

Ürün kirası sözleşmesinin sona erdiği durumlarda sona erme biçimine göre zilyetliğin haksız hale gelme anlarını yukarıda incelemiştik. Oluşan haksız zilyetlik durumuna binaen haksız zilyetlikte iade rejiminin uygulanıp uygulanamayacağı ayrı bir sorunsal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genel anlamda bir sözleşme sona erdiğinde sözleşme ilişkisi sona ermez ve sözleşme öncesi duruma dönmeyi hedef tutan bir tasfiye görünümüne bürünür<sup>43</sup>. Öyleyse, ürün kirası sözleşmesi sona erdiğinde uygulanabilecek sözleşmesel rejim mevcuttur. Sözleşmesel iade rejiminin yanında haksız zilyetlikte iade hükümlerinin varlığını sürdürüp sürdürmediği, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte kiraya verenin *sözleşme ile altına girdiği aynı iade talebinde bulunmama borcunun* ortadan kalkıp kalkmadığı meselesine verilecek yanıt ile çözülebilir.

Bir görüşe göre<sup>44</sup> sözleşme ilişkisi tasfiye görünümünü aldığı anda ortadan kalkmaz ve devam eder. Ortada görünümü ve işlevi değişmiş olsa da devam eden bir sözleşmesel bağ bulunmaktadır<sup>45</sup>. Sözleşme ilişkisi öyle veya böyle devam ederken ki-

<sup>42</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 432.

<sup>43</sup> **Serozan**, İfa Engelleri, s. 235; **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 37; **Buz, Vedat**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 123.

<sup>44</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s.37 dn. 60'da yer alan iç atıftan hareketle s.18 vd. da yer alan görüş.

<sup>45</sup> Bu noktada borçlu temerrüdüne binaen kullanılacak sözleşmeden dönmeye ilişkin hakkın bozucu değil de değiştirici yenilik doğuran hak olduğu yönünde bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, s. 235

raya verenin sözleşme kurulurken altına girmiş olduğu yapmama borcu devam eder. Yapmama borcu devam ettiği sürece haksız zilyetlikte iade rejimi etkin olamayacağından sözleşmesel iade rejiminin yanında haksız zilyetlikte iade rejimi uygulanması bu görüş çerçevesinde söz konusu olamayacaktır<sup>46</sup>.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, anılan yapmama borcunun esas sözleşmesel ilişkinin sıhhatine bağlanmamıştır. Yüklenilen bu borç, zilyetliğin haklı olduğu anlar göz önüne alınarak sözleşme çerçevesine dâhil edilmiştir. Dolayısıyla, sözleşme bir görünümüyle ayakta olsa da sona erdirilmiş sözleşme ilişkisi kapsamında, zilyetlik haksız olduğu zaman haksız zilyetlikte iade rejimi uygulanabilir olacaktır. Bu noktadan hareketle *Özen'e göre*<sup>47</sup>, sözleşmenin sona erdiği durumda haksız zilyetlikte iade hükümleri ile sözleşmesel iade rejimi yarışan bir şekilde uygulama alanı bulacaktır. Bu tasfiye hükümlerinden avantajlı olan seçilerek uygulanabilecektir.

Kanımızca ürün kirası sözleşmesinin, kullanmaya ve işletmeye elverişli pek çok şeyin dolaysız zilyetliğini kiracıya tesisini elzem kılan hükümleri göz önüne alınmalıdır. Bu bakımdan aynı iade talebini dışlayan bir iade rejiminin tesisi, çoğu zaman daha güçlü konumda olan ürün kirası sözleşmesinin kiracısı karşısında kiraya vereni etkili bir biçimde koruyamayacaktır. Biz de menfaatler dengesini gözeterek sözleşme öncesi döneme geri dönüşü hedef tutan tasfiye görüşü çerçevesinde *Özen*'in yarışma teorisine katılmaktayız. Tüm bunların ışığında kiraya veren; ürün kirası sözleşmesi sona erdiğinde, dolaysız zilyetliğini kendisine bıraktığı kiracısına karşı dilerse haksız zilyetlikte iade hükümlerine başvurabilmelidir.

## 2. Sözleşme İlişkisi Devam Ederken

Sözleşmenin sona ermesi bahsinde modern dönme teorisini esas alarak açıklamalarda bulunmuştuk. Sözleşme sona erdiği zaman sözleşmesel bir tasfiye ilişkisi devam etmekteydi. Dolayısıyla, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar esas aldığımız dönme teorisi sebebiyle bir nevi bu bahsi de açıklamaktadır.

Sözleşme ilişkisi görünüm ve işlev değiştirmeksizin devam ederken kiracı hak taşkınlığında bulunursa bu davranış sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Şüphesiz ki böylesi durumlarda kiraya veren, sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurma imkanına sahiptir. Bu noktada haksız zilyetlikte iade hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı problemi, anılan yapmama borcunun amacı göz önüne alınarak çözümlenmelidir. Yukarıda da açıkladığımız üzere yapmama borcunun altına kararlaştırılan

<sup>46</sup> **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s.178; Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu görüş Alman, İsviçre ve Türk Hukuku'nda hakim görüşü oluşturmaktadır. Bu husus için bkz. **Özen**, Haksız zilyetlikte İade, s. 38 dn. 62'de anılan yazarlar.

<sup>47</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 38 vd.



sınırların dışına çıkılmaması koşuluyla girilmiştir ki, bu sınır aşıldığı takdirde haksız zilyetlikte iade hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

O halde, sözleşme ilişkisi devam ederken tanınan hakkın sınırlarını aşan kötüniyetli haksız zilyede karşı sözleşmeye aykırılık hükümleri ileri sürülebileceği gibi haksız zilyetlikte iade hükümleri de ileri sürülebilir. *Özen'e göre*<sup>48</sup> sözleşme devam ederken zilyetlik haksız hale geldiğinde sözleşmeye aykırılık hükümleri ile haksız zilyetlikte iade hükümleri yarışan bir şekilde uygulama alanı bulacaktır. Böylece kiraya veren de daha avantajlı gördüğü rejime dayanabilme imkanına sahip olacaktır<sup>49,50</sup>.

Kanaatimizce, sözleşme ilişkisi devam ederken eşya üzerinde dolaysız zilyetlik tahsis etmedeki amacın dışına taşılması hem sözleşme ilişkisini hem de aynı hakları doğrudan etkiler. Aynı sebepten ötürü farklı rejimlere başvurma imkânının bulunduğu böylesi durumlarda yarışma teorisini kabul etmek ürün kirası sözleşmesinin kiraya vereni gibi kiracısına göre daha güçsüz konumda yer alan ender kiraya verenin eşya üzerindeki menfaatlerini de koruma tutumuna uygun düşecektir<sup>51</sup>.

### III. Ürün Kirası Sözleşmesi Bünyesinde Haksız Zilyetlikte İade Rejimi

Haksız zilyetlik durumu ve ürün kirası sözleşmesindeki görünümü irdelendikten sonra haksız zilyetlikte iade rejimini tümel olarak ele almak bu çalışmanın kapsamını aşacak bir iddiadan ibaret olacaktır. Dolayısıyla aynı iade talebi olarak TMK md. 993-995 arasında düzenlenen bu rejimi ürün kirası sözleşmesi ile bağdaştıracak şekilde ele almaya gayret göstereceğiz. Bu bahisten sonra ürün kirası sözleşmesinde bu rejimin uygulanmasına yardımcı olacak ispat vasıtaları incelenecektir.

#### 1. Ürün Kirası Sözleşmesine Haksız Zilyetlikte İade Rejiminin Uyarlanarak Uygulanması

Ürün kirası sözleşmesinde kiracının anılan hallerden biri dolayısıyla haksız zilyet olması durumunda, kiraya veren yarışma olgusu çerçevesinde haksız zilyetlikte iade rejimini seçer ise bu rejim uygulanacaktır. Bu iade rejiminin seçimi, ürün kirası sözleşmesinin konusu bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Zira elde edilen ve yararlanılan ürünlerin iadesi gündeme geleceğinden kiraya verene daha tatmin edici bir iade düzlemi oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz.

Haksız zilyetlikte iade hükümleri, ürün kirası sözleşmesine uygulanırken de

<sup>48</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s.35

<sup>49</sup> Bu açıdan ürün kirası sözleşmesinde kiraya veren zarara uğramamış olsa bile haksız zilyetlikte iade rejimine başvurduğunda kötüniyetli haksız zilyet kiracının elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlere ilişkin talepte bulunabilecektir. **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 190.

<sup>50</sup> **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 178.

<sup>51</sup> Diğer görüşler için bkz. **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 29 vd.

iyiniyet bariyeri çekilecektir. Rejim, iyiniyet vasfına bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Bu bakımdan iyiniyetli haksız zilyedin sorumluluğunun kötünüyetli haksız zilyedin sorumluluğuna nazaran daha hafif olduğu görülecektir<sup>52</sup>. Uygulanacak iade rejimini böylesine keskin bir sınırla ayıran iyiniyetin ifade ettiği anlam ise hayati önem taşımaktadır. Zilyetlik hukuki durumunda iyiniyetin varlığı, zilyedin içinde bulunduğu konumun bir hakka dayandığı konusundaki inancının mazur görülebilir olmasında yatmaktadır<sup>53</sup>. Yani dolaysız zilyet kiracı, bir hakkı olduğuna inanarak kira konusunu işletip kullanıyorsa iyiniyetli haksız zilyet rejimine tabi olacak; bu inanç mazur görülebilirlik sınırını aşıyorsa kötünüyetli haksız zilyet rejimine tabi olacaktır.

Kiracı kendisine tanınmak istenen hakkın sınırları içinde kaldıkça iyiniyetli haksız zilyet rejimine tabi olacaktır. Bu rejim uyarınca, ürün kirası sözleşmesinin kiracısı kira konusunu var olduğu sanısındaki hakkın çerçevesindeki kullanımından dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Kiracı, ürün kirası sözleşmesine uygun kullanımından elde ettiği ürünlerin maliki olacaktır<sup>54</sup>. Kiracı, iyiniyetli haksız zilyet olma sıfatına dayanarak kira konusu için yapmış olduğu faydalı ve zorunlu giderleri kiraya verenden talep edebilir ve yapmış olduğu lüks giderleri eşyanın özüne zarar vermemek kaydıyla söküp alabilir<sup>55</sup>. Yani iyiniyetli kiracı, tekstil atölyesinde yer alan makinelerin bakımı ve modifyesi için yaptığı giderleri kiraya verenden talep edebilirken bu eşyaları kullandığı için herhangi bir kullanım bedeli (ecrimisil) ödemez. Atölyeye almış olduğu klimayı da iade sırasında eşyanın özüne zarar vermemek koşuluyla söküp alabilir.

Doktrinde iyiniyetli haksız zilyedin bu kullanmadan sorumsuzluk avantajının sebepsiz zenginleşme hükümleri ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı da önemli bir tartışma konusudur. Ne var ki, bu husus çalışmanın kapsamını aşacak nitelikte olduğundan sadece böyle bir tartışma konusunun bulunduğunu belirtmekle yetiniyoruz<sup>56</sup>.

Kiracı, kötünüyetli haksız zilyet olduğu taktirde iyiniyet bariyerini aşmış demektir ki, artık o sorumsuzluk avantajıyla bezenmiş bir iade rejiminden yararlanamayacaktır<sup>57</sup>. Kötünüyetli haksız zilyedin iade rejiminde kiracı, kiraya verene verdiği tüm

<sup>52</sup> Nitekim Serozan bu durumu “*İyiniyetliye yüz veren, kötünüyetliden yüz çeviren özel tasfiye rejimi*” olarak ifade etmiştir. **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 176.

<sup>53</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 103; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 181.

<sup>54</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 126; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 182.

<sup>55</sup> **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 188.

<sup>56</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 133 vd; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, 183 vd.

<sup>57</sup> Kiracının başlangıçtaki iyiniyeti sonradan kötünüyete dönüşürse başlangıçtaki iyiniyetli haksız zilyet sorumluluğu kötünüyetli haksız zilyet rejimine dönüşmez. Zira kiracı bu süre zarfında mazur görülebilir derecede sahip olduğuna inandığı hakkın sınırları içerisinde yer almıştır. **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 180.

doğrudan ve dolaylı zararlardan sorumlu olacaktır. Üstelik bu sorumluluk kusursuz bir risk sorumluluğudur<sup>58</sup>.

Ürün kirası sözleşmesinin kira konusundan ürün elde etmeye odaklı bir sözleşme olduğu göz önüne alındığında kötüniyetli haksız zilyedin elde ettiği ürünlerden doğan sorumluluğunun ne denli önem taşıdığı fark edilecek boyuttadır<sup>59</sup>. Çünkü bu noktada bir diğer parametrenin daha devreye girmesi menfaat dengesini korumak adına işlevsel bir rol üstlenebilir. Bu parametre, kiracının ürün kirası konusunu işletmedeki kişisel becerisidir. Kiracı, müspet vukuffa kötüniyetli haksız zilyet olarak hareket etmek suretiyle kira konusunu işletmiş ve ürün elde etmiş ise bu hukuka aykırı tutum karşısında iade rejimi klasik şekilde uygulanır<sup>60</sup>. Kötüniyetli haksız zilyet kiracı elde ettiği ürünleri iade edecek, onları elinden çıkarmışsa söz konusu ürünlerin parasal karşılığını iade edecektir. Hatta elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin de parasal karşılığını bu rejime göre ödemek zorundadır<sup>61</sup>. Buna karşın kiracı, kötüniyetli haksız zilyetlik olgusunun bilinmesi gerektiğinden ötürü kötüniyetli olarak vasıflandırılmışsa kiracının kişisel beceri ve çabası yabana atılmamalıdır. Aksi durumda menfaat dengesi bozulmuş olacaktır. Bu eksenle kötüniyetli haksız zilyedin ürün kirası bedelinden sorumlu tutulması yeterli olacaktır. Ayrıca, yukarıda sayılan kötüniyetli haksız zilyedin iade sorumluluğuna dâhil olan diğer klasik kalemlerin iadesi gerekmektedir<sup>62</sup>.

Kötüniyetli haksız zilyedin bir diğer sorumluluğu kullanım çıkarı (ecrimisil) bakımından söz konusu olmaktadır. Ürün kirası sözleşmesi kiracısı kira konusunu kullanıp işletmek için kira bedeli öder<sup>63</sup>. O halde kural olarak, kiracının bir kullanım çıkarından sorumlu olmayacağını belirtmek yanlış olmaz. Ancak, kira sözleşmesinin sona ermesine rağmen kira konusunun kullanılması gibi eşyanın kullanımının kronolojik olarak sözleşme süresinin dışına taşırıldığı durumlarda kiracı kullanım çıkarından sorumlu olacaktır<sup>64</sup>. Kullanım çıkarına ilişkin sorumluluğun kapsamında

<sup>58</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 193; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 189. Ayrıca kusursuz sorumluluk durumun ortadan kaldıran durumların detaylı analizi için bkz. **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 195 vd.

<sup>59</sup> **Cansel**, s. 32; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 699.

<sup>60</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 255.

<sup>61</sup> **Hatemi/ Serozan/Arpacı**, s.297; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s.130; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 191.

<sup>62</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 255

<sup>63</sup> **Cansel**, s.106 vd.; **Sağlam**, Fark, s.1016; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 705.

<sup>64</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 267; Yazar, kullanma çıkarını yarar kavramına dahil ederken Alman Medeni Yasası (BGB) hükmü ve uygulaması ışığında TMK md. 993 üzerinde ters lafzı yorum metodunu kullanmıştır. Böylece iyiniyetli haksız zilyedin karineyle mevcut hakkına ilişkin olarak eşyayı kullanması mümkünken, kötüniyetli haksız zilyedin kullanım çıkarları bakımından sorumlu olacağı sonucu ortaya çıkar. **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s.192; Yazara göre ise "yarar" kavramı Alman hukukundaki gibi yarar anlamında kullanım çıkarını da kapsayacak şekilde

gecikme süresinde işleyecek temerrüt faizi de yer alacaktır. Zira kötünietli haksız zilyet mütemerrit borçlu gibi sorumludur<sup>65</sup>. Kullanım çıkarının karşılığı olarak ise o şeyin ürün kirasına konu edilmesi faraziyesindeki kira bedeli esas alınacak olup gecikmeden kaynaklanan temerrüt faizi istenebilecektir<sup>66 67</sup>.

Haksız zilyetlikte iade rejimi kendisine karşı işletilen kötünietli kiracı, zorunlu giderleri talep edebileceği gibi lüks giderleri de bakımından eşyanın cevherine zarar vermeksizin söküp alabilir. Ancak, faydalı masrafların giderimini talep edemeyecektir<sup>68</sup>.

## 2. Ürün Kirası Sözleşmesi Özelinde Haksız Zilyetlikte İade Rejimi Uygulanmasında Kullanılabilecek İspat Vasıtaları

Ürün kirası sözleşmesine haksız zilyetlikte iade hükümlerinin uygulanması durumunda kiraya verene ispat hususunda yardımcı olacak iki ispat vasıtası inceleme konusu yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle, ürün kirası sözleşmesi taraflarının tutmuş olduğu tutanağın delil niteliği ve sonrasında tapu sicilinin delil niteliği ele alınacaktır.

### a. Tutanak ve Tutanağın İspat Gücü

Ürün kirası sözleşmesinde kiraya veren, kira konusu ile birlikte bir takım taşınır eşyaları tedarik etmişse, taraflar bu eşyaları ve eşyaların kıymetini içeren bir tutanak düzenleyebilirler. Bu tutanağın oluşturulması resmi şekil şartına tabi tutulmamıştır. Adi yazılı şekilde oluşturulması yeterlidir ve oluşturulması zorunlu değildir<sup>69</sup>. Taraflar, TBK'nın 359. maddesine uygun bir tutanak oluşturmuşsa tutanakta yer alan eşyaların ve hayvanların kiracının zilyetliğinde olduğu kabul edilip aksini iddia edenin ispat etmesi gerekmektedir.

yorumlanmalıdır.

<sup>65</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 277.

<sup>66</sup> **Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, s. 271.

<sup>67</sup> Ekonomik ihtiyaçlar, günümüzde ürün kirası sözleşmelerinin daha çok ticari işletmeleri konu edecek şekilde dizayn edilmesi eğilimi oluşturmuştur. Bu bakımdan ticari işletmeyi kiralayan ve kendi adına işleten tacir kiracının kullanım çıkarlarına ilişkin temerrüt faizi sorumluluğunu, ticari iş olmanın sonuçları ile çapraz irdelendiğinde şu sonuca varmak yanlış olmaz: Bir taraf için ticari iş niteliğine sahip olan sözleşmeler, ticari iş olmanın sonuçlarından etkileneceğinden ürün kirası sözleşmesinin kiracısı kullanım çıkarı için dilerse ticari temerrüt faizi talebinde bulunabilmelidir. Ticari işletmeler üzerinde ürün kirası sözleşmesinin kurulabilmesi hususunda bkz. **Sağlam, İpek**, Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1, s.167; ticari iş ve ticari temerrüt faizi hususu için bkz. **Karahan, Sami**, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Konya, 2012, s.56 vd.

<sup>68</sup> **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 300; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir**, s. 136; **Serozan**, Taşınır Eşya Hukuku, s. 193.

<sup>69</sup> **Cansel**, s. 89 vd.; **Sağlam**, Fark, s. 1017; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 710.

Pekâlâ, taraflar tedarik olunan eşyaları ve hayvanları bir belge ile tespit etmiş olup kıymet takdirinde bulunmamış olabilirler. Böyle bir durumda ürün kirası sözleşmesine özgü bir tutanak bulunmasa da bu eşya ve hayvanların kiracının zilyetliğine bırakıldığı ispat edilmiş sayılmalıdır. Bu gibi durumlarda kıymet takdiri olası uyumsuzluklar bakımından örtülü olarak bilirkişi yardımına bırakılmış olacaktır<sup>70</sup>.

## b. Tapu Sicili

Bir taşınmazın ürün kirası sözleşmesine konu edilmesi durumunda, eklenti niteliğini taşıyan taşınır eşyaların da dolaysız zilyetliği kiracıya bırakılacaktır ki ürün kirasında uygulama bu yöndedir. Eğer söz konusu eklentiler taşınmazın tapu sicilindeki sayfasında yer alan beyanlar hanesinde yer alıyorsa aksi ispat edilene değin eklenti niteliğindeki taşınırın dolaysız zilyetliğinin kiracıya bırakıldığı kabul etmek kiraya veren bakımından faydalı görülebilir<sup>71</sup>. Ne var ki, tapu siciline hâkim olan aleniyet ilkesinin, TMK m. 1020 hükmü çerçevesinde sadece ilgisini inanılır kılanlar bakımından açıklık ve erişilebilirlik sağladığı gözden kaçırılmamalıdır<sup>72</sup>.

## SONUÇ

Ürün kirası sözleşmesi, ekonomik değişimler ve azalan kaynaklar karşısında tercih edilen bir sözleşme türü olmaya başlamıştır. Sözleşmenin doğası gereği, kira konusu ve kira konusuna tabi eklentilerin kullanılması ve işletilmesi kiracıya bırakılmaktadır. Sözleşmenin uygulanması bakımından, işlerin kötüye gittiği durumlarda bu eşyaların iadesi gündeme gelecektir. Kanımızca, iade rejimi bakımından seçenekli bir yapının oluşturulması kiraya verenin eşyasına kavuşmasına yardımcı olacak daha etkin bir zemin sağlayacaktır. Zira ürün kirası sözleşmesinin kiraya vereni, diğer kira sözleşmesi tiplerinden ayrımlı olarak kiracıya nazaran ekonomik olarak daha güçsüz konumdadır.

Bu bakımdan haksız zilyetlikte iade hükümlerinin diğer iade rejimleri ile yarışan biçimde uygulanacak olması güçlü kiracı karşısındaki kiraya vereni koruyucu bir seçenek olacaktır. Haksız zilyetlikte iade hükümlerinin ürün kirası sözleşmesinde uygulanması, rejimin genel yapısına uygun olarak iyiniyet çerçevesinde ele alınması ve sözleşmenin yapısına uyarlanması ile hukuk tekniğine uygun hakkaniyetli bir sonuç meydana getirmeye elverişli bir düzlem sunacaktır. Böylece iadenin daha hızlı ve her iki tarafın menfaatlerine uygun bir şekilde gerçekleşebilmesi adına etkili bir enstrüman hukuk aleminde işlevsel bir yapı oluşturabilme imkanına kavuşabilecektir.

<sup>70</sup> Yıldırım, Kamil, Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, Baki Kuru'ya Armağan, s. 840.

<sup>71</sup> Oğuzman/ Selici/Oktay-Özdemir, s. 305; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s. 224.

<sup>72</sup> Oğuzman/ Selici/Oktay-Özdemir, s. 158.

**KAYNAKÇA**

- ANTALYA, Gökhan**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul, 2012.
- BUZ, Vedat**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998.
- CANSEL, Erol**, İsviçre Hukuku Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Desen Matbaası, Ankara, 1953.
- EREN, Fikret** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara, 2015.
- HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2013.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- HELVACI, Serap**, Gerçek Kişiler, 3.Bası, İstanbul, 2010.
- KARAHAN, Sami**, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Konya, 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI)**, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987.
- OĞUZMAN, M.Kemal/ BARLAS, Nami**, Medeni Hukuk, 16.Bası, İstanbul 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 10. Bası, Cilt 1, İstanbul, 2012
- OĞUZMAN, M.Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 15. Bası, İstanbul, 2012.
- ÖZEN, Burak**, Haksız Zilyetlikte İade, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2003.
- ÖZEN, Burak**, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- SAĞLAM, İpek**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- SAĞLAM, İpek** Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007.
- SAĞLAM, İpek**, Ticari İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1.
- SEROZAN, Rona**, Geçersiz Satış Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi, MHAD Yeni Seri, Y. 3, S. 4.
- SEROZAN, Rona,( KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI)**, İfa İfa Engelleri ve Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2014.
- SEROZAN, Rona**, Medeni Hukuku Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.

- SEROZAN, Rona**, Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş 2nci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.
- SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay**, Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012.
- TOPUZ, Seçkin/ CANBOLAT, Ferhat**, Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi, ([http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/Hukuk\\_Fak\\_Derg\\_makale\\_1.pdf](http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/Hukuk_Fak_Derg_makale_1.pdf)) ( Erişim Tarihi: 01.10.2014).
- TOPUZ, Murat**, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul, 2011.
- ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel**, Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2012.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim**, İflas Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2009.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2014.
- YILDIRIM, Kamil**, Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, Baki Kuru'ya Armağan, İstanbul, 2004.





# DENİZ KAZALARINI VE OLAYLARINI ARAŞTIRMA VE İNCELEME YÖNETMELİĞİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

(The Evaluations On The Regulation for Investigation and  
Examination Maritime Casualties and Maritime Incidents)

Doç. Dr. İsmail DEMİR\*

## ÖZET

Bu makalenin gayesi, “Deniz Kazalarını ve Olaylarını Araştırma ve İnceleme Yönetmeliği”ni (Yönetmelik) incelemek, deniz kazalarının önlenmesinde Yönetmeliğin önemini ortaya koymak ve kaza incelemesine yönelik önerileri tespit etmektir. Çalışmada öncelikle Yönetmeliğin amacıyla birlikte hukuki dayanaklarına ayrıntılı biçimde yer verilmiştir. Bilahare, Yönetmeliğin uygulama kapsamı, bildirim yükümlülüğü, deniz kazası incelemesinin yürütülmesi ve kazaların araştırılması konuları ele alınmıştır. Sonuç kısmında varılan sonuçlar ile öneriler gösterilmiştir.

Yönetmelikte birçok tercüme hataları mevcuttur. Yönetmelik, kaleme alınırken Türk Hukuk literatürü dikkate alınmamıştır. Ayrıca, mevzuat hazırlama tekniği, sistematik ve diğer şekli kurallara uyulmamıştır. Bununla birlikte çalışmamızda Yönetmeliğin “Bir Deniz Kazası veya Deniz Olayının Emniyet İncelemesine Dair Milletlerarası Standartlar ve Önerilen Uygulamalar Kodu”na paralel hazırlandığı ve deniz kazalarının incelenmesi ve araştırılmasında önemli bir ihtiyacı karşıladığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca, bütün deniz kazalarının zorunlu olarak incelenmesinin gerektiği ve kaza inceleme raporlarının tamamının yayımlanmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** deniz kazaları, deniz olayları, deniz kazalarının önlenmesi, kaza inceleme raporu, kaza inceleme kodu.

## *Abstract*

This article’s purpose is to scrutinize “Regulation for Investigation and Examination Maritime Casualties and Maritime Incidents” (Regulation), identify the Regulation’s importance on prevention of marine casualties, and present suggestions for casualty investigation. In this study, it is firstly put forth with Regulation’s

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

legal basis together with its objective in detail. Afterwards, it is addressed matters on the Regulation's application scope, obligation of notification, execution of marine casualty investigation and examination of casualties. The suggestions and results reached are demonstrated in the part of conclusion.

There are many translation mistakes in Regulation. In the course of drawing up it, Turkish Law literature wasn't considered. Furthermore, it was disregarded legislation techniques, systematic and other formal rules. However, in the study, it is concluded that Regulation is drafted in parallel with "Code of the International Standards and Recommended Practices for a Safety Investigation into a Marine Casualty or Marine Incident", and meets a major need regarding marine casualty investigation and examination. In addition to that, it is evaluated that every marine casualty has to be investigated, and it will be proper that all reports of marine casualty investigation is promulgated.

**Keywords:** marine casualties, marine incidents, prevention of marine casualties, casualty investigation report, casualty investigation code.

## GİRİŞ

Dünya ticaret hacmi giderek genişlemekte, taşımanın % 90'ından fazlası deniz yoluyla gerçekleştirilmektedir. Denizde seyrüseferin artmasıyla birlikte deniz kazalarında da artış yaşanmaktadır. Deniz kazaları, yaşam kaybına, gemi ve sair değerlerin zarara uğramasına ve deniz kirliliğine yol açmaktadır. Deniz kazalarının önlenmesinde bütün Dünya'nın menfaati bulunmaktadır.

Deniz kazalarının önlenmesine ilişkin Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO: *International Maritime Organization*) önderliğinde kabul edilen ve bütün Dünya'da uygulanan çok sayıda milletlerarası sözleşmeler ve sair kurallar mevcuttur. Bu düzenlemelere ve IMO'nun yoğun çabalarına rağmen deniz kazaları meydana gelmeye devam etmektedir. Şüphesiz deniz kazalarının meydana gelmesini tamamen önlemek mümkün değildir. Ancak deniz kazalarının büyük yıkımlara yol açan olumsuz etkileri sebebiyle asgari seviyeye indirilmesi gereği her geçen gün daha fazla hissedilmektedir.

TORREY CANYON olayında<sup>1</sup> yaşandığı üzere deniz kazasına yol açan olaylar,

<sup>1</sup> Bu olayda Liberya bayraklı TORREY CANYON isimli tanker, 18.3.1967 tarihinde taşıdığı 120.000 ton ham petrol yüküyle birlikte Galler Milford Haven limanına doğru seyretmekteyken kaptan, muhtemel bir gecikmeyi önlemek amacıyla olağan rotasından ayrılarak karaya yakın biçimde seyretmeye başlamış, ancak tanker aniden kayalıklara çarparak o zamana kadar yaşanan en büyük petrol dökülmesi olayına sebep olmuştur. Geminin kurtarılması çalışmalarından faydalı bir sonuç alınamamış, tanker üç parçaya ayrılmıştır. İngiltere, kara sularının ötesinde bulunan tanker enkazından sızan petrolün kendi kıyılarını kirlenmesini engellemek amacıyla tanker enkazını bombalayarak imha etmiştir. Ne var ki, ham petrol yükünün denize dökülmesi, İngiltere ve Fransa kıyılarının çok büyük boyutlarda kirlenmesine sebep olmuştur. Olay, her iki Devlet'in balıkçılık, ticaret ve turizm sektörüne büyük zararlar vermiş; temizleme ve kirlenme zararları sebebiyle çok yüksek tutarlarda gider ve tazminat ödemesi gerekmiştir. Bkz. *Abdullayev, C.: Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği*, Ankara 2005, s. 195-196; *Özçayır, Z. O.: Liability for Oil Pollution and Collisions*, London – Hong Kong 1998, s. 211; *Hooke, N.: Maritime Casualties (1963-1996)*, 2.ed., London 1997, s. 635.

sıklıkla kendi içinde basit ve önemsiz nitelikte değerlendirilebilirler. Ancak denizcilik gibi oldukça karmaşık ve gelişmiş bir sektörde ferdi teknikler ve bazı idari çözümler yoluyla dahi ne tahmin edilebilen, ne de kontrol edilebilen olaylar arasında beklenmedik biçimde bağ kurulması mümkündür. Günümüzde deniz teknolojisindeki gelişmeler ve bir hayli ileri emniyet düzenlemelerine rağmen TITANIC ve COSTA CONCORDIA<sup>2</sup> olayları, aslında deniz kazalarının esaslı şekilde insan kaynaklı ve örgütsel sebeplerle meydana geldiğine işaret etmektedir<sup>3</sup>. Çok farklı sebeplere dayanmakla beraber bugün deniz kazalarının yaklaşık % 80'inin insan hatasından kaynaklandığı kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

Deniz kazalarının önlenmesinde yaşanan tecrübeler ışığında çıkarılan dersler büyük önem arz eder. Bir deniz kazasının somut olarak hangi sebeplerle meydana geldiğinin tespiti, deniz kazasının veya olayın bütün yönleriyle incelenmesini ve araştırılmasını gerektirir. Özellikle yaşam kaybı, yaralanma ve çevre kirliliğine yol açan ciddi deniz kazalarının deniz emniyeti açısından incelenmesi zaruridir. Deniz kazalarının ve bu kazalara yol açan olayların incelenmesi, deniz kazalarının sebeplerinin tespit edilerek uygun biçimde analiz edilmeleri, böylece gelecekte benzer deniz kazalarının yaşanmasının önlenmesine çalışılması, bütün deniz ilgilileri ve kamuoyu nezdinde artık daha fazla farkındalık yaratmaktadır.

Deniz kazası ve olaylarının incelenmesinin nihai hedefi, denizde seyrüsefer emniyetinin geliştirilmesidir. Bir başka deyişle kaza incelemesi, çözüm bulmaya yöne-

<sup>2</sup> Bu olayda İtalya bayraklı kruvaziyer gemisi COSTA CONCORDIA, 13.1.2012 tarihinde İtalya'nın Toskana kıyılarındaki Isola del Giglio adasındaki bir resife çarpmış, karaya oturarak kısmen batmıştır. Gemide bulunan 4.252 yolcudan 25'i kaza sırasında ölmüş, yaklaşık 64 kişi yaralanmış, 7 kişi de kaybolmuştur. Nihayetinde 32 kişinin öldüğü ve 7 kişinin kayıp olduğu kazayla ilgili dava, 3.3.2012 tarihinde başlamıştır. Geminin kaptanı, adanın çok yakınından geçerek kazaya sebebiyet verdiği iddiası ile hâlen yargılanmaktadır. Bkz. <[http://tr.wikipedia.org/wiki/Costa\\_Concordia\\_felaketi](http://tr.wikipedia.org/wiki/Costa_Concordia_felaketi)>. Bu kazanın sonuçları hakkında bir inceleme için bkz. *Kara*, H.: Costa Concordia Kazasının Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak – Şubat 2013, S. 104, s. 137 – 148.

<sup>3</sup> *Hinrichs*, J. U. S./*Hollnagel*, E./*Baldauf*, M.: From Titanic to Costa Concordia – a Century of Lessons Not Learnded, World Maritime University, Journal of Maritime Affairs 2012, Vol. 11, s. 163. Deniz kazalarında insan faktörünün rolü hakkında bir inceleme için bkz. *Mccallum*, M. C. / *Raby*, M. / *Rothblum*, A. M.: Procedures for Investigating and Reporting Human Factors and Fatigu Contributions to Marine Casualties, Coast Guard Research and Development Center Groton Ct. 1996, Final Report, September 1996, No. CGR/DC – 26/96, <<http://oai.dtic.mil/oai/oai?verb=getRecord&metadataPrefix=html&identifier=ADA323392>>.

<sup>4</sup> *Portela*, C.: Maritime Casualties Analysis as a Tool to Improve Research about Human Factors on Maritime Environment, <[http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)>. Deniz kazalarının nedenleri ve Türkiye kıyılarında 2004 – 2008 yılları arasında uluslararası sefer yapan gemilerin karıştığı deniz kazaları hakkında yapılan bir araştırma için bkz. *Asyalı*, E./*Kızkapan*, T.: Türkiye Kıyılarında 2004 – 2008 Yıllarında Uluslararası Sefer Yapan Gemilerin Karıştığı Deniz Kazalarının Analizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 2012, C. 4, S. 2, s. 27 – 45.

liktir<sup>5</sup>. Bu bağlamda kaza incelemesinin yaratacağı farkındalık, gemi adamlarının eğitim standartlarının yükseltilmesi, yeni milletlerarası sözleşmelerin kabulü, ilgili milletlerarası sözleşmeler dâhil diğer birçok belge ve kurallarda değişiklik yapılması gibi iyileştirici tedbirlerle sonuçlanır. Kaza incelemesi, deniz emniyeti kültürüne şekil verilmesinde önemli bir rol oynamaktadır<sup>6</sup>.

Genellikle önemli deniz kazaları sonrasında denizcilik politikaları oluşturulmakta ve gerekli önlemler kabul edilmektedir. Oysa karar alma usulü, objektif biçimde mevcut risklerin boyutlarına odaklanmalı, makul ve uygulanabilir ölçüde bu risklerin asgari düzeye için dengeli bir çözüm sağlamalıdır. Mevzuat yapıcılar, proaktif davranarak bir deniz kazasının meydana gelmesinden önce düzeltici ve iyileştirici önlemleri belirleyerek uygulamaya koymalıdır<sup>7</sup>.

Türkiye'nin de tarafı olduğu birçok önemli milletlerarası sözleşme ve belgelerde deniz kazalarının incelenmesi, araştırılması ve elde edilen bulguların IMO'ya sunulmasına dair muhtelif hükümlerin mevcut olduğu görülmektedir. Ayrıca çoğu kıyı devletleri, bayrağına bakmaksızın iç suları ve kara sularında meydana gelen deniz kazaları ve olaylarının incelenmesine yönelik millî hukuklarında muhtelif düzenlemeler yapmaktadırlar. Zira, bir kıyı devletinin iç suları ve kara suları üzerindeki yetkisi, ona ülkesiyle bağlantılı olan deniz kazaları ve deniz olaylarını inceleme ve araştırma hususunda doğal bir hak vermektedir. Ancak deniz kazası inceleme faaliyetleri ve değişik hukuk sistemlerinden gelen veri tabanları arasındaki mevcut önemli farklılıklar, bir cevap mekanizması olarak kapsamlı ve yeterli bir hukuki çerçeve tesis edilmesi ihtiyacını desteklemektedir<sup>8</sup>.

Her bir devletin millî hukuk sistemine bağlı olmakla beraber ilgili milletlerarası sözleşmelerin mevcut hükümleri de dikkate alınarak deniz kazaları ve olaylarının incelenmesinde bir ortak standarda ulaşılmasında büyük faydalar vardır. Bu amaçla IMO Deniz Güvenliği Komitesi (MSC: *Maritime Security Committee*), 84. Dönem Toplantısında 16.5.2008 tarihinde "Bir Deniz Kazası veya Deniz Olayının Emniyet İncelemesine Dair Milletlerarası Standartlar ve Önerilen Uygulamalar Kodu"nu

<sup>5</sup> *Forbes*, T.: Marine Casualty Investigations, Tulane Law Review (2010 – 2011), Vol. 85, s. 1368.

<sup>6</sup> *Hinrichs*, J. U. S./*Hollnagel*, E./*Baldauf*, M., s. 164.

<sup>7</sup> *Luttenberger*, A./*Kos*, S.: Improving Legal Standards in Marine Accident Investigation Activities, International Maritime Lecturers Association 20, Proceedings 1 (2012), <[http://bib.irb.hr/datoteka/587320.Luttenberger\\_\\_Kos\\_-\\_Improving\\_legal\\_standards\\_in\\_marine\\_accident\\_investigation\\_activities.pdf](http://bib.irb.hr/datoteka/587320.Luttenberger__Kos_-_Improving_legal_standards_in_marine_accident_investigation_activities.pdf)>, s. 5.

<sup>8</sup> *Luttenberger*, A./*Kos*, S., s. 6; *Luttenberger*, A.: Legal Aspects in Standardizing Marine Accident Investigation Activities, University of Ljubljana, Faculty of Maritime Studies, Slovenian Society of Traffic Science, 10th International Conference on Traffic Science, Portorež 2006, <[http://www.researchgate.net/profile/Axel\\_Luttenberger/publication/253650088\\_\\_Legal\\_aspect\\_in\\_standard](http://www.researchgate.net/profile/Axel_Luttenberger/publication/253650088__Legal_aspect_in_standard)>, s. 1.

(bundan böyle Kaza İnceleme Kodu veya sadece Kod olarak anılacaktır) kabul etmiştir<sup>9</sup>.

Kaza İnceleme Kodu, deniz kazalarının incelenmesi ve araştırılması meselesine ayrıntılı biçimde temas eden ve oldukça değerli hükümler ihtiva eden bir milletlerarası belgedir. Deniz ticaretinin uluslararası özelliği dolayısıyla Kod'un başarıya ulaşması, devletler arasında yakın işbirliğini ve hükümlerinin iç hukuklara uygun bir tarzda aktarılacak etkili şekilde uygulanmasına bağlıdır. Bu hedef doğrultusunda Kaza İnceleme Kodu esas alınmak suretiyle Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nca hazırlanan "Deniz Kazalarını ve Olaylarını Araştırma ve İnceleme Yönetmeliği" (Yönetmelik), 10.7.2014 tarihli ve 29056 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kod'un yürürlüğe girmesiyle birlikte "Deniz Kazalarının İncelenmesine İlişkin Yönetmelik" (Eski Yönetmelik) yürürlükten kaldırılmıştır<sup>10</sup>.

Yönetmelik, önemli bir ihtiyacı karşılamakla birlikte genel olarak düzenleyici işlem hazırlama usul ve tekniğine uygun şekilde kaleme alınmamıştır. Yönetmelik'te gerek sistematik, gerekse dil bilgisi ve yazım kuralları açısından çok sayıda hatalar dikkati çekmektedir<sup>11</sup>.

## I. Amaç

Yönetmeliğin amacı, m. 1'de "deniz kazalarının araştırılması ve incelenmesi ile bunlara ilişkin bildirimlerin yapılmasına yönelik usul ve esaslar ile görev, yetki ve sorumlulukları belirlemek" olarak gösterilmiştir. Madde hükmü, eksik olduğu gibi ifadesi de bozuktur.

Öncelikle belirtilmelidir ki, amaç maddesinde sadece deniz kazalarının incelenmesi, araştırılması ve gerekli bildirimlerin yapılmasına ilişkin usul ve esaslar değil; fakat inceleme, araştırma ve bildirimlerin yapılmasında elde edilmesi düşünülen amaca da vurgu yapılması uygun olurdu. Böylece hemen ilk maddede inceleme ve araştırmanın amaçları öne çıkartılmak suretiyle Yönetmeliğin hazırlanmasına esas oluşturan anlayış ve felsefe yansıtılabilirdi. Yine, bu çerçevede deniz kazalarının incelenmesi ve deniz kazalarının araştırılması kavramları arasındaki ayrımın belirginleştirilmesi, tanımlara dair m. 4'de söz konusu kavramların açıkça tanımlanması, daha faydalı olabilirdi.

<sup>9</sup> *The Code of the International Standards and Recommended Practices for a Safety Investigation into a Marine Casualty or Marine Incident*. Metin için bkz. MSC. 255(84), May 16, 2008.

<sup>10</sup> Eski Yönetmelik için bkz. 31.12.2005 tarihli ve 26040 sayılı Resmî Gazete.

<sup>11</sup> Sistematik hatalara örnek olarak şunlar gösterilebilir: İkinci Bölüm, sadece görev, yetki ve sorumluluklara ayrılmalı; kaza bildirimini Üçüncü Bölüm'de kazaların incelenmesiyle birlikte düzenlenmeli; "Yönetmeliğin deniz olaylarına uygulanması" başlıklı m. 18, Çeşitli ve Son Hükümlere dair Altıncı Bölüm içinde düzenlenmelidir. "Diğer devletlerle işbirliği" başlıklı m. 11, Altıncı Bölüm'e alınmalıdır. Zira, işbirliği, sadece deniz kazalarının incelenmesiyle ilgili olmayıp, deniz olaylarının araştırılmasını da kapsamaktadır.

## II. Hukuki Dayanak

### A) 1974 Tarihli Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi

Kısa adıyla SOLAS 1974<sup>12</sup> olarak bilinen Sözleşme'nin I. Bölüm, 21 numaralı kuralı, "Kazalar" başlığı altında bayrak devletlerine deniz kazalarının incelenmesinde bazı sorumluluklar yüklemektedir. Buna göre her bir devletin denizcilik idaresi, bir kaza incelemesinin mevcut düzenlemelerde ne tür bir değişiklik yapılmasını gerektirebileceği konusunda yardım edebileceğine kanaat getirdiğinde, SOLAS 1974 hükümlerine tabi olan bayrağını çeken gemilerinin karıştığı herhangi bir kaza incelemesini yürütmeyi üzerine alır. Taraf Devletler, incelemenin sonuçlarını ve bulgulara dair ilgili bilgileri IMO'ya sunmayı kabul ederler. Bu tür bilgilere dayalı olarak hazırlanan IMO'nun raporlarında veya önerilerinde ilgili gemilerin kimliği ya da tabiiyeti açıklanmaz, herhangi bir şekilde bir gemi veya kişi hedef alınmaz ve onlara herhangi bir sorumluluk yüklenmez.

SOLAS 1974 I. Bölüm, 21 numaralı kural, bir milletlerarası örf ve adet kuralı niteliğindedir. Bu kural, aynı zamanda 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (DHS) "Bayrak devletinin yükümlülükleri" başlıklı 94. maddesinde somutlaşmıştır<sup>13</sup>.

### B) 1966 tarihli Yükleme Sınırı Uluslararası Sözleşmesi

1966 tarihli Yükleme Sınırı Uluslararası Sözleşmesi (LL 1966)<sup>14</sup> m. 23, SOLAS 1974 I. Bölüm, 21 numaralı kural paralelinde kazaların incelenmesine yönelik olarak ilgili denizcilik idarelerine sorumluluklar yüklemektedir.

<sup>12</sup> *The International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974*. Türkiye, 6.3.1980 tarihli ve 8/522 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla SOLAS 1974'ü onaylamış, Bakanlar Kurulu Kararıyla birlikte Sözleşme'nin Türkçe ve İngilizce metinleri, 25.5.1980 tarihli ve 16985 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye, SOLAS 1974'ün 1978 Protokolü'ne taraf olduğu hâlde henüz 1988 Protokolü ile 1996 Tadilatlarına taraf olmamıştır. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202015.pdf>>.

<sup>13</sup> DHS m. 94(1)'de her devletin kendi bayrağını taşıyan gemiler üzerinde idari, teknik ve sosyal konulardaki yetki ve denetimini fiilen kullanacağı belirtilmektedir. Aynı maddenin 7. fıkrası ise her devletin açık denizde kendi bayrağını taşıyan bir geminin karıştığı, başka bir devletin vatandaşlarının yaşamlarını kaybetmelerine veya ağır şekilde yaralanmalarına sebep olan veya başka devletlerin bayrağını çeken gemilere ya da tesislere veyahut deniz çevresine önemli zararlar veren her deniz kazası veya seyrisufer olayı hakkında gereği şekilde yetkilendirilmiş kişilerce veya onların denetiminde yürütülecek bir soruşturma açılmasını isteyebileceğini, bayrak devleti ve ilgili diğer devletlerin böyle bir deniz kazası veya seyrisufer olayı hakkında soruşturmanın her safhasında işbirliği yapmalarını hüküm altına almaktadır. Kaza incelemesiyle ilgili olarak ayrıca bkz. DHS m. 217, 218. DHS'nin Türkçe tercümesi için bkz. *Özman, A.:* Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul 1984.

<sup>14</sup> *The International Convention on Load Lines, 1966*. Türkiye, 18.5.1968 tarihli ve 6/10027 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla LL 1966'yı onaylamış, Bakanlar Kurulu Kararıyla birlikte Sözleşme'nin Türkçe ve İngilizce metinleri, 28.6.1968 tarihli ve 12936 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

### C) 1973 Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme

1973 tarihli Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme (MARPOL 73/78)<sup>15</sup> m. 12 hükmü de hemen hemen SOLAS 1974'e paralel düzenlemeler getirmekte, sadece kazanın deniz çevresi üzerinde zararlı etkiler meydana getirmesi durumunda kaza incelemesini yürütmek üzere Taraf Devlet idarelerine sorumluluklar yüklemektedir.

### D) Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun

Her ne kadar Yönetmelikte gösterilmemişse de amacı denizde insan yaşamını ve eşyayı korumak olan 10.6.1946 tarihli ve 4922 sayılı "Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun"un<sup>16</sup> (4922 sayılı Kanun), doğası gereği Yönetmeliğe önemli bir hukuki dayanak oluşturduğu hususunda tereddüt edilmemelidir.

### E) 655 Sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (655 sayılı KHK) m. 29(1), Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı (Bakanlık) nezdinde "Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu" (Kurul) kurmuştur<sup>17</sup>. Bakanlığın düzenleme yetkisini belirten 655 sayılı KHK m. 34 ise Bakanlığın, görev, yetki ve sorumluluk alanına giren ve kanunla belirlenmiş konularda idari düzenlemeler yapabileceğini hüküm altına almaktadır.

<sup>15</sup> *The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973*. 2.11.1973 tarihinde kabul edilen MARPOL, yeterli sayıda devlet tarafından onaylanmadığından yürürlüğe girememiştir. MARPOL'un yürürlüğe girişini kolaylaştırmak amacıyla 1978'de bir Protokol ile bazı hükümleri değiştirilmiştir. Bilahare 2.10.1983 tarihinde değiştirilmiş hâliyle yürürlüğe giren Sözleşme, yaygın şekilde MARPOL 73/78 olarak anılmaktadır. Türkiye, 24.6.1990 tarihli ve 20558 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3.5.1990 tarihli ve 90/442 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla MARPOL 73/78'in I, II ve V numaralı eklerine 10.1.1991 tarihi itibarıyla taraf olmuştur. Daha sonra gerçekleştirilen mevzuat değişiklikleriyle de MARPOL 73/78'in III, IV ve VI numaralı eklerine taraf olunmuştur. Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202015.pdf>>.

<sup>16</sup> Bkz. 14.6.1946 tarihli ve 6333 sayılı Resmî Gazete.

<sup>17</sup> 655 sayılı KHK m. 29(2)'de Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu'nun görevleri sayılmıştır. Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu, ulaştırma alanında meydana gelen ciddi kazalarla ilgili araştırma, inceleme yapmak ve gerektiğinde bu araştırma ve incelemelere bağlı olarak ulaştırma altyapıları ve taşımacılık faaliyetlerinin emniyetinin iyileştirilmesi için teklif hazırlamak, bir ulaştırma türünde meydana gelen ve ulaştırma emniyet düzenlemeleri ve emniyet yönetimi bakımından belirgin bir etkiye sahip kaza ve olayları özel olarak araştırmak, incelemek ve bütün ulaştırma türlerini kapsayan emniyete ilişkin teklif hazırlayarak bunları Bakana sunmakla görevlidir. Bu hükme dayanılarak anılan Bakanlıkça hazırlanan "Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu Yönetmeliği", 6.5.2013 tarihli ve 28639 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

## F) Bir Deniz Kazası Olayında Gemi Adamlarına Adil Muamele Yapılmasına İlişkin Rehber Kurallar

IMO Genel Kurulu'nun 9.2.2006 tarihli ve A.24 (987) sayılı kararıyla kabul etmiş olduğu söz konusu rehber kurallar, deniz kazaları ve olaylarının incelenmesi ve araştırılmasıyla yakından bağlantılı olmaları sebebiyle Yönetmeliğin hukuki dayanaklarından birisini oluşturmaktadır<sup>18</sup>. Zira, bir deniz kazası veya olayı vuku bulduğunda gemi adamları tarafından kaza veya olaya dair ilgili makamlara zamanında ve usulüne uygun biçimde bildirimlerin yapılmasında gemi adamlarına adil muamele gösterilmesi büyük önem taşımaktadır.

## G) Bir Deniz Kazası veya Deniz Olayının Emniyet İncelemesine Dair Milletlerarası Standartlar ve Önerilen Uygulamalar Kodu (Kaza İnceleme Kodu)

Yönetmeliğin en önemli hukuki dayanağı, IMO Deniz Güvenliği Komitesi'nin MSC.255(84) sayılı kararının eki olarak kabul edilen Kaza İnceleme Kodu'dur. Kaza İnceleme Kodu, IMO'nun 27.11.1997 tarihli ve A.849(20) sayılı kararıyla kabul edilen deniz kazaları ve deniz olaylarındaki en iyi uygulamaları içeren "Deniz Kazaları ve Olaylarının İncelenmesine Dair Kod"a dayanmaktadır<sup>19</sup>. Söz konusu Kod, 25.11.1999 tarihinde A.884(21) sayılı kararla tadil edilmiş, insan faktörlerinin incelenmesine dair rehber kurallar ilave edilmek suretiyle genişletilmiştir<sup>20</sup>.

Kaza İnceleme Kodu, SOLAS 1974 m. VIII(b)(vi)'de düzenlenen zımnî kabul

<sup>18</sup> Nitekim, Kaza İnceleme Kodu'nun kabulüne dair MSC.255(84) sayılı kararın giriş kısmında söz konusu rehber kuralların dikkate alındığı açıkça belirtilmektedir. Gemiadamlarına adil muamele yapılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Demir, İ.*: Deniz Kazalarında Gemiadamlarına Adil Muamele Yapılmasına Dair Milletlerarası Hukukta Gelişmeler, Ankara Barosu Dergisi, Y. 70, S. 2012/3, s. 123 vd.

<sup>19</sup> *The Code for the Investigation of Marine Casualties and Incidents*. Bu Kod'un temelleri bir hayli gelişlere gitmektedir. IMO, 1968 yılından itibaren meseleye ilişkin olarak çok sayıda kararlar kabul etmek suretiyle devletler arasında işbirliği ve karşılıklı menfaatin önemini vurgulamaktadır. İlk olarak 1968'de A.173 (ES.IV) sayılı deniz kazalarının resmi soruşturmalarına katılmaya dair bir karar kabul edilmiştir. Daha sonra 1975'de A.322 sayılı kaza incelemelerinin yürütülmesine dair karar; 1979'da A. 440 (XI) sayılı deniz kazalarının incelenmesi için bilgi alışverişine dair karar; yine 1979'da A. 442(XI) sayılı kazalar ve sözleşme ihlallerinin incelenmesi için idarelerin personel ve maddi kaynak ihtiyaçlarına dair karar ve 1989'da A.637(16) sayılı deniz kazası incelemelerinde işbirliğine dair karar kabul edilmiştir.

<sup>20</sup> *The Amendments to the Code for the Investigation of Marine Casualties and Incidents*. IMO, diğer ulaştırma modlarına kıyasla insan faktörleri üzerinde daha geç zamanlarda yoğunlaşmaya başlamıştır. Denizcilik sektörü, *Herald of Free Enterprise* (1987)'in alabora olmasına kadar deniz kazalarında insan ve örgütsel faktörler üzerinde herhangi bir tartışma yapmamıştır. Bu trajedi 1993'de IMO'nun ISM Kodu'nu kabul etmesiyle sonuçlanmıştır. Bkz. *Hinrichs, J. U. S./Baldauf, M./Ghirxi, K. T.*: Accident Investigation Reporting Deficiencies related to Organizational Factors in Machinery Spce Fires and Explosions, *Accident Analysis and Prevention* 2011, Vol. 43/3, s. 1187.



(*tacit acceptance*) usulüne<sup>21</sup> uygun olarak 1.1.2010 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir<sup>22</sup>. Kaza İnceleme Kodu, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölümde “Genel Hükümler”, İkinci Bölümde “Zorunlu Standartlar” ve Üçüncü Bölümde “Tavsiye Edilen Uygulamalar” başlıkları altında düzenlemelere yer verilmiştir.

Deniz Güvenliği Komitesi'nin SOLAS 1974 Bölüm XI/I'e Kural 6 hükmünü ilave eden 16.5.2008 tarihli ve MSC.257(84) sayılı kararı gereğince Kod'un Birinci ve İkinci Bölümlerine uyulması zorunlu hâle getirilmiştir. Bununla birlikte söz konusu kararda tavsiye niteliğindeki Üçüncü Bölümde yer alan rehber kurallar ve açıklayıcı maddelerin Kod'un daha fazla yeknesak biçimde uygulanmasını sağlamak için mümkün olan en fazla kapsamda dikkate alınması gereğinin altı çizilmiştir.

IMO, Kaza İnceleme Kodu'nu kabul etmekle yetinmemiş, Kod'un yürürlüğe girmesini müteakiben 4.12.2003 tarihinde A.1075(28) sayılı “Kaza İnceleme Kodunun Uygulanmasında İnceleme Yapanlara Yardım Edecek Rehber Kurallar”ı kabul etmiştir<sup>23</sup>. Rehber Kurallar, Kod'un sağlıklı biçimde uygulanmasında İdarelere büyük kolaylıklar sağlayacak hükümler ihtiva etmektedir.

### III. Uygulama Kapsamı

Yönetmeliğin uygulama kapsamının belirlenmesinde “Kapsam” başlıklı m. 2 ile “Tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı m. 4 hükümleri dikkate alınmalıdır. Özellikle m. 4'de yer alan birçok tanım, uygulama kapsamının belirlenmesinde anahtar rol oynamaktadır<sup>24</sup>. Uygulama kapsamı bakımından öne çıkan gemi, coğrafi uygulama, deniz kazası, deniz olayı ve çevre kirliliği kavramları üzerinde aşağıda bir miktar durulmasında fayda görülmüştür.

#### A) Gemi

Yönetmeliğin 2. maddesi, gemilerin karıştığı deniz kazaları ve olaylarını kapsamına almaktadır. Maddede geçen “gemilerin dâhil olduğu” ifadesi, Kod'un bire bir

<sup>21</sup> Zimni kabul usulünün Türk Hukuku bakımından geçerli olup olmadığı hakkında bir değerlendirme için bkz. *Karan*, H.: Milletlerarası Deniz Hukuku Konvansiyonlarındaki Sorumluluk Limitlerinde Değişiklik Yapılabilmesi İçin Kabul Olunan Prosedürlerin Kolaylaştırılması, Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ'e Armağan, Ankara 2003, s. 429 – 444.

<sup>22</sup> Bkz. <<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%20202015.pdf>>.

<sup>23</sup> *The Guidelines to Assist Investigators in the Implementation of the Casualty Investigation Code* [Resolution MSC.255(84)], A 28/Res.1075, February 24, 2014.

<sup>24</sup> Buna rağmen ne anlama geldikleri hususunda herhangi bir ihtilaf olmayan bayrak devleti, kıyı devleti, bilirkışı, gemi adamı ve uzman tanımlarına yer verilmesi gereksizdir. Kod'da DHS hükümlerine gönderimde bulunmak suretiyle tanımlanan münhasır ekonomik bölge, açık denizler ve kara suları tanımlarına yer verilmemesi ise isabetli olmuştur.

tercüme edilmesi sebebiyle isabetsizdir. Bu ifade yerine diğer maddelerde de kullanılan “gemilerin karıştığı” ifadesi tercih edilmelidir.

Gemi, m. 4(i)'de “kendiliğinden hareket etme imkânı bulunmasa dahi, tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan her araç” biçiminde tanımlanmıştır. Oysa Kaza İnceleme Kodu'nda gemi tanımına yer verilmemiştir. Kod'un açıkça SOLAS 1974'e dayanması, hatta onun bir parçasını oluşturması sebebiyle böyle bir tanıma ihtiyaç duyulmamıştır. Zımnî kabul usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulan Kod, Türk iç hukuku bakımından da doğrudan uygulanacak bir milletlerarası belge niteliğindedir. Bu sebeple Yönetmelikte gemi tanımına yer verilmesine gerek olmadığı aklı gelebilirse de Kod'un deniz kazalarının incelenmesi ve araştırılmasında asgari koşulları belirleyen bir belge olduğu düşünüldüğünde gemi tanımına yer verilmesinin gerektiği, hatta geminin iç suları da kapsayacak şekilde tanımlanmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Ne var ki, Yönetmelikteki gemi tanımının bu ihtiyacı karşıladığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Gemi tanımı, suda hareket eden bütün araçları kapsamakla birlikte “kendiliğinden hareket etme imkânının bulunmasının gerekmemesi” ve “tahsis edildiği amaç” unsurlarına yer verilmesi gereksizdir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)<sup>25</sup> 931(1) maddesindeki gemi tanımından alınan bu ifadeler, tanımın anlaşılmasında tereddüt uyandırmaktadır. Ayrıca amacı suda seyrüsefer emniyetini düzenleyen bir belgede söz konusu ifadeler yer verilmesi uygun değildir. 4922 sayılı Kanun'un 1/B maddesindeki tanıma paralel şekilde gemi; “Adı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, suda kürekte başka aletle yola çıkabilen her araç” olarak tanımlanabilir.

Diğer yandan, sadece gemiler değil, gemi tanımına girmeyen veya gemi sayılıp sayılmayacağı konusunda tereddüde düşülen kıyı ötesi petrol ve diğer deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırılması ve işlenmesi faaliyetlerinde kullanılan araçların da kıyı ötesi tesisler kavramı altında kapsama alınması uygun olurdu. Zira, son yıllarda bu tür tesislerin karıştığı deniz kazaları veya olayları sonucunda giderilmesi güç büyük çevre felaketlerine yol açtıklarına tanık olunmaktadır<sup>26</sup>. Kıyı ötesi tesislerin

<sup>25</sup> 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı TTK, 14.2.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 1.7.2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

<sup>26</sup> Yakın zamanlarda meydana gelen ve iki büyük çevre felaketine yol açan MONTARA 2009 ve DEEPWATER HORIZON 2010 olayları dikkati çekmektedir. MONTARA 2009 olayında, 21.8.2009 tarihinde Avustralya'nın münhasır ekonomik bölgesi içinde bulunan MONTARA isimli kıyı ötesi petrol platformunun üzerinde bulunduğu petrol kuyusu, sondaj faaliyeti esnasında aniden patlamıştır. 30.8.2009 tarihine kadar petrol tabakası 1.750 okyanus mil karesinden fazla bir sahaya yayılarak deniz çevresine çok büyük zararlar vermiştir. Sadece birkaç gün içinde hareket hâlindeki petrol tabakası, 5.800 mil karelik bir alana yayılmıştır. Endonezya sularına ulaşan petrol, Timor Denizi'nde ciddi deniz kirliliğine yol açmıştır. Henüz kesin zararın boyutları tespit edilememiştir. Bkz. LEG 97/14/1, September 10, 2010.

DEEPWATER HORIZON 2010 olayı ise hem ABD'nin, hem de tarihin en büyük çevre fe-

Deniz Hukukuna ilişkin birçok milletlerarası sözleşmenin kapsamı dışında olmaları sebebiyle doğan hukuk boşluğunun yarattığı olumsuzluklar dikkate alındığında bu yönde bir ihtiyacın mevcut olduğu inkâr edilemez. Kod, asgari koşulları düzenlemesi ve devletleri sınırlandıran hükümler içermemesi sebebiyle Yönetmelik yoluyla böyle bir düzenlemenin yapılmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır.

## B) Coğrafi Uygulama Kapsamı

Yönetmelik m. 2(1)(a), Türkiye'nin deniz yetki alanları ile iç sularında<sup>27</sup> Türk veya yabancı bayraklı gemilerin dâhil olduğu veya bu gemiler üzerinde<sup>28</sup> meydana gelen deniz kazası ve olaylarını kapsamına almakta, ancak deniz yetki alanlarını tanımlamamaktadır. Yönetmeliğin coğrafi uygulama kapsamını doğrudan etkileyecek nitelikte olduğundan “deniz yetki alanları”nın tanımlanmaması önemli bir eksiklik. “Deniz yetki alanları”nın “kara sularının gerisindeki sular, kara suları, bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge veya bu bölgeye denk sayılan deniz alanları” olarak tanımlanması uygundur.

Kural, Türkiye'nin deniz yetki alanlarında gerçekleşen deniz kazaları veya olaylarının coğrafi kapsam içinde olmasıdır. Ancak, isabetli biçimde Türk Bayrağı çeken bir geminin karıştığı bir deniz kazası veya olayının, Dünya'nın neresinde meydana gelirse gelsin Yönetmelik hükümlerine tabi olacağı kabul edilmiştir [m. 2(b)]. Bu hâller arasında olmamakla beraber Türkiye'nin önemli ölçüde ilgili devlet sıfatını haiz kaza ve olaylar ile tasarımı veya inşası Türkiye'de yapılan gemilerin karıştığı deniz kazası ve olayları da Yönetmeliğin kapsamına alınmıştır.

---

laketi olarak tarihe geçmiştir. Olayda Meksika Körfezi'nde petrol arama faaliyetinde bulunan İngiliz Petrol Şirketi BP'ye (*British Petroleum*) ait DEEPWATER HORIZON isimli petrol platformu, 20.4.2010 tarihinde patlayarak batmış, uzun süre kapatılmayan deniz dibindeki petrol kuyusundan çok büyük miktarda petrol, denize dökülmüştür. Denize dökülen yaklaşık 5 milyon varil petrol, üç aylık bir çalışmayla önlenebilmiştir. Olayda 11 işçi ölmüş, 17 işçi yaralanmıştır. Geçen süreçte BP'nin ödemek zorunda olduğu tazminat tutarı 40 Milyar Dolar dayanmıştır. Bkz. *Allen, J.: A Global Oil Stain – Cleaning Up International Conventions for Liability and Compensation for Oil Exploration/Production, Australian and New Zealand Maritime Law Journal* 2011, Vol. 25, s. 90; *Ramseur, J. L.: Liability and Compensation Issues Raised by the 2010 Gulf Oil Spill, Congressional Research Service* (11 March 2011), <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41679.pdf>>; <[http://www.bp.com/tr\\_tr/turkey/toplum-ve-cevre-/cevresel-faaliyetlerimiz/cevre-duyarli\\_/meksika-koerfezi--deepwater-horizon--.html](http://www.bp.com/tr_tr/turkey/toplum-ve-cevre-/cevresel-faaliyetlerimiz/cevre-duyarli_/meksika-koerfezi--deepwater-horizon--.html)>; <http://tr.euronews.com/2014/09/05/bp-meksika-korfezi-ndeki-petrol-sizintisinda-ihmalkar-bulundu>>; <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/1698988/Deepwater-Horizon-oil-spill-of-2010>>.

<sup>27</sup> Yönetmelik m. 4(1)(l), iç suları, kara ülkesindeki sular olarak, yani göl, baraj, dalyan ve nehirler anlamında tanımlanmaktadır.

<sup>28</sup> “Gemilerin dâhil olduğu veya bu gemiler üzerinde” ibareleri uygun değildir. Gemiler, deniz kazaları veya olaylarına karışır, gemiler üzerinde deniz kazası veya olay meydana gelmez. “Gemilerin karıştığı” ifadesi yeterlidir.

Yönetmeliğin 4(1)(s) maddesinde tanımlanan “Önemli ölçüde ilgili devlet” (*Substantially interested State*) kavramı, Kod’un 2.20 maddesindeki tanımdan alınmıştır<sup>29</sup>. Kod, ilaveten “ilgili devlet” kavramına yer vermediğinden “Önemli ölçüde ilgili devlet” yerine sadece “ilgili devlet” teriminin kullanılması daha uygun olurdu. Ayrıca, Kod’da yer alan tanımda “Bir geminin faaliyetine bağlı olarak” ifadesine yer verilmediği hâlde Yönetmelik’te bu ifadelere yer verilmesinin sebebi anlaşılammaktadır. Bu ifade, gereksiz olmasının ötesinde bu maddede sayılan hâlleri bir geminin faaliyetleriyle sınırlandırdığından Yönetmeliğin uygulama kapsamını daraltmaktadır. Yine Kod’daki tanıma tam olarak bağlı kalınmadığı gibi önemli çeviri hatalarının yapıldığı dikkati çekmektedir. Örneğin; tanımın 7. bendinde yer alan hüküm, Kod’la ilgisiz gözükmektedir. Kod, bir başka sebeple deniz emniyeti incelemesini yürüten devletler tarafından önemli olduğu değerlendirilen bir menfaati saptayan devletten bahsettiği hâlde, Yönetmelik 7. bentte yer alanlar dışında kalıp da başka bir sebeple kazayla ilgisi olduğu iddiasında bulunan ve bu iddiası Kurul tarafından kabul gören devletten bahsetmektedir. Yine Kurul’a böyle bir yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır. Kurul’a yetki verilip verilmemesi, o devletin “ilgili devlet” statüsüne alınıp alınmamasında belirleyici olamaz. Bu takdir hakkı, söz konusu menfaati saptayan devlete aittir.

Yönetmelik m. 2(2)(a), Türkiye’deki tersane, tekne imal yeri, çekek yeri ve gemi söküme tesislerinde münhasıran geminin tamir, bakım ve tutumu sırasında meydana gelen kazaları kapsamı dışına almaktadır. Bu istisnanın makul bir gerekçesi yoktur. Her ne kadar Kod, deniz kazaları ve olaylarını bir geminin faaliyetleriyle sınırlandırmakta ise de Yönetmelik m. 2(1)(c)’de tasarımı veya inşası Türkiye’de gerçekleştirilen gemilerin karıştığı kaza ve olaylar kapsama alındığından bir geminin tamir, bakım ve tutumu sırasında meydana gelen kazalar da kapsama alınmalıdır. Kod’un aşari standartlar getirmesi, Taraf Devletler’in bu standartların üzerine çıkmasına hiçbir şekilde engel oluşturmamaktadır.

Yönetmelik, askeri gemiler ile kamu hizmetlerine tahsisli olup ticari amaçla

<sup>29</sup> Bu maddeye göre “Önemli ölçüde ilgili devlet”; “Bir geminin faaliyetine bağlı olarak;  
1 – Deniz kazasına veya olayına karışan geminin bayrak devletini,  
2 – Deniz kazası veya olayıyla ilgisi bulunan kıyı devletini,  
3 – Deniz yetki alanları, iç suları ve kıyıları, deniz kazasına bağlı olarak ciddi şekilde çevresel zarara uğrayan devleti,  
4 – Deniz kazası veya olayı nedeniyle egemenliği altındaki kıyıları, kıyı yapıları, suni adaları, platform ve tesisleri zarara uğrayan veya zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalan devleti,  
5 – Deniz kazasına bağlı olarak, vatandaşları hayatını kaybeden veya ciddi yaralanmaya maruz kalan devleti,  
6 – Kaza araştırma ve incelemesi yürüten devlet tarafından faydalı olduğu değerlendirilen önemli bilgileri elinde bulunduran devleti,  
7 – Bu bentte yer alanlar dışında kalıp da başka bir sebeple kazayla ilgisi olduğu iddiasında bulunan ve bu iddiası Kurul tarafından kabul gören devleti” ifade etmektedir.

kullanılmayan devlet gemilerini<sup>30</sup> de kapsam dışı bırakmaktadır [m. 2(2(b)]. Askeri gemilerin kapsam dışında tutulması, Milletlerarası Deniz Hukukunun genel ilkeleri ve bu gemilerin özel nitelikleri sebebiyle yerindedir. Ancak devlet gemilerinin karıştığı deniz kazaları ve olaylarını da kapsam dışına bırakmak isabetli görülemez. Özellikle Türk Bayraklı devlet gemilerinin karıştığı deniz kazaları ve olaylarının incelenmemesi, Yönetmeliğin nihayetinde denizde seyrüsefer emniyetinin sağlanması amacıyla bağdaşmayacağından önemli bir zafiyet yaratabilir. Türk Hukukunda devlet gemilerinin seyrüsefer emniyetinin sağlanmasına dair yeterli düzenlemelerin mevcut olmaması, bu ihtiyacı daha fazla hissettirmektedir.

### **C) Deniz Kazası ve Deniz Olayı Kavramları**

Deniz kazası ve deniz olayı kavramları, Yönetmeliğin anahtar kavramlarından. Yönetmeliğin 4(1)(ğ) maddesinde “deniz kazası”; bir geminin operasyon ve faaliyetleriyle bağlantılı olarak gerçekleşen ve bir kişinin ölümü veya yaralanması; gemideki bir kişinin kaybolması; geminin batması, zayı olması veya terk edilmesi; geminin maddi zarara uğraması; geminin manevra yapamaz duruma düşmesi; geminin karaya oturması; geminin kıyı veya açık deniz yapılarına veya başka bir gemiye çarpması; geminin sebep olduğu ciddi çevre kirliliği veya çevre kirliliği ihtimali ile sonuçlanan bir olay veya olaylar serisi olarak tanımlanmıştır.

Deniz kazası tanımı, Kod’un 2.9. maddesine dayanmaktadır. Ancak, tanım Kod ile tam olarak uyumlu değildir. Öncelikle bir geminin faaliyetleriyle doğrudan bağlantılı olarak ortaya çıkan ve bu maddede sayılan sonuçları doğuran olaylar, deniz kazası sayılabilir. Yönetmeliğin deniz kazası tanımında “doğrudan bağlantılı” ifadesine yer verilmediği gibi, “faaliyet” kelimesiyle birlikte gereksiz biçimde “operasyon” kelimelerine yer verilmiştir. “Bir geminin faaliyetleriyle doğrudan bağlantılı” ifadesinin tercih edilmesi daha uygun olurdu.

Yönetmelik, ayrıca “ciddi deniz kazası” ve “çok ciddi deniz kazası” tanımlarına yer vermiştir. Yönetmelik m. 4(1)(e)’ye göre “ciddi deniz kazası”; “çok ciddi deniz kazası dışında kalan ve ciddi yaralanma veya gemiyi denize elverişsiz hâle getirecek derecede büyük maddi hasarla sonuçlanan deniz kazası”nı ifade etmektedir. Yönetmelik m. 4(1)(g)’de ise “çok ciddi deniz kazası”; “can kaybı, geminin tam zıyı ve ciddi çevre kirliliği olaylarından birini içeren deniz kazası” olarak tanımlanmıştır. Kaza İnceleme Kodu’na dayanmakla beraber deniz kazalarının “ciddi deniz kazası” ve “çok ciddi deniz kazası” biçiminde bir ayrıma tabi tutulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

<sup>30</sup> “Kamu hizmetlerine tahsisli olup ticari amaçla kullanılmayan devlet gemileri” ifadesi isabetsizdir. Devlet gemileri, esasen kamu hizmetlerine tahsis edilmek zorundadır ve ticari amaçlarla kullanılamazlar. Sadece “devlet gemileri” teriminin kullanılması, tanımlara dair m. 4’de “devlet gemileri”nin ayrıca tanımlanması uygun olurdu.

Yönetmeliğin 9(3) maddesinde “çok ciddi deniz kazaları”nın öncelikle inceleneyeceği, 9(4) maddesinde insan hayatı veya çevreye ciddi bir tehdit oluşturmaksızın geminin tam zıyayı hâlinde ve boyu 24 metreden küçük gemilerde meydana gelen çok ciddi deniz kazalarında kaza incelemesi yapılmasının Kurul Başkanının takdirinde olduğu belirtilmektedir. Bu hükümlerin dışında Yönetmeliğin diğer maddelerinde “çok ciddi deniz kazaları” ve “ciddi deniz kazaları” ifadelerine yer verilmiş değildir. “Çok ciddi deniz kazaları”nın öncelikle incelenmesine dair bir hükme yer verilmesine gerek yoktur. Bakanlık, zaten kazanın ağırlığını dikkate alarak öncelik değerlendirmesini yapmak durumundadır. Ayrıca Kod, “Çok ciddi deniz kazaları” tanımını dışında “ciddi deniz kazası” tanımını yapmamış, sadece deniz kazalarını tanımlamıştır. Yönetmeliğin böyle bir ayrıma gitmesi, uygulamada karmaşaya ve gereksiz yorum sorunlarına yol açabilir.

Diğer yandan, m. 9(4) hükmünde belirtilen çok ciddi deniz kazalarının incelenmesinin Kurul Başkanının takdirine bırakılması doğru olmamıştır. Kod, bütün çok ciddi deniz kazalarının incelenmesini zorunlu kılmakta iken bir kısım çok ciddi deniz kazalarının inceleme dışında bırakılma ihtimali, SOLAS 1974’ün bir parçası olan Kod hükümlerine açık bir aykırılık teşkil etmektedir. Yönetmeliğin sadece 9. maddesinin (3) ve (4). fıkralarında çok ciddi deniz kazalarına yer verildiği göz önüne alındığında esaslı bir fonksiyonu bulunmayan “ciddi deniz kazaları” ve “çok ciddi deniz kazaları” ayrımı kaldırılmalı, sadece “deniz kazaları” tanımına yer verilerek bütün deniz kazalarının incelenmesinin zorunlu hâle getirilmesi gerekir. Esasen Kod, bütün deniz kazalarının incelenmesini teşvik etmektedir ve bayrak devletleri bütün ciddi ve çok ciddi deniz kazalarını incelemelidirler<sup>31</sup>.

“Deniz olayı” ise “bir geminin operasyon ve faaliyetleriyle bağlantılı olarak gerçekleşen ve geminin, gemi üzerindeki insanların veya diğer kişilerin emniyetini veya çevreyi tehlike altına sokan veya düzeltilmemesi hâlinde tehlikeye sokabilecek olan ve deniz kazası dışında kalan olay veya olaylar silsilesi” olarak tanımlanmıştır [m. 4(1)(a)]. Deniz olayı tanımı, Kod’un 2.10 maddesindeki tanımın kötü bir çevirisine dayanmaktadır. Burada da gereksiz biçimde “operasyon” kelimesi ve “gemideki insanlar”ın dışında “diğer başka kişiler” ifadeleri kullanılmıştır.

Deniz olayı, deniz kazasına göre daha geniş bir kavramdır ve deniz kazasının ön şartını oluşturmaktadır. Deniz kazasında artık zarar, somut olarak gerçekleşmiştir. Deniz olayında ise deniz kazası tanımında sayılan zararları doğurabilecek bir tehlike veya tehlike ihtimali mevcuttur. Yönetmelik, her ne kadar deniz kazası ve deniz olayını farklı biçimde tanımlanmış ise de deniz olaylarına dair yapılacak işlemleri, aynen deniz kazalarında uygulanacak prosedüre tabi tutmuştur<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Janssen, J. W./Kerr, J. A./Keller, J. W.: Marine Casualty Reporting and Investigation, Tulane Maritime Law Journal (1999 – 2000), Vol. 24, s. 178.

<sup>32</sup> Sistematik olarak Yönetmeliğin Altıncı Bölümü’nde yer alması gereken “Yönetmeliğin deniz olay-

Kod, gerek deniz kazası, gerekse deniz olayının tanımlarıyla ilgili olarak; bir geminin, kişinin veya çevrenin emniyetine zarara verme iradesiyle gerçekleşen kasti bir eylem ya da ihmalin deniz kazası veya deniz olayının kapsamı içinde olmadığını belirtmektedir. (m. 2.9 ve 2.10) Böyle bir durumda zarar veya tehlike, seyrüsefer emniyetine ilişkin teknik sebeplerden kaynaklanmadığından deniz kazası veya deniz olayının mevcut olmadığı kabulü yerinde görülebilir. Ancak, söz konusu kasti eylem veya ihmalin mevcut olup olmadığı da nihayetinde kaza veya olayın incelenmesini gerektirdiğinden Yönetmelikte Kod'un aksine böyle bir hükme yer verilmemesi isabetli olmuştur.

#### D) Çevre Kirliliği

Yönetmeliğin anahtar kavramlarından birisi de “çevre kirliliği”dir. Yönetmelik m. 4(d)'de “ciddi çevre kirliliği” tanımı yapılmış, genel olarak “çevre kirliliği” tanımlanmamıştır. Bu maddeye göre “ciddi çevre kirliliği”; “yapılan değerlendirme sonucunda çevre üzerinde büyük bir zararlı etkiye neden olduğu kanaatine varılan kirliliği” ifade etmektedir. “Yapılan değerlendirme sonucunda” ve “kanaatine varılan” ifadeleri gereksizdir. Ayrıca tanım, Kod'un 2.19. maddesini yeterli ölçüde yansıtmamaktadır. Farklı bir “çevre kirliliği” tanımı yapılmadığı göz önüne alınarak Kod'da yapılan tanımın içeriği aynı kalmakla birlikte “ciddi çevre kirliliği” ifadesi, “çevre kirliliği” ifadesiyle yer değiştirmelidir. “Çevre kirliliği” ise “çevre üzerinde önemli bir bozucu etki meydana getiren çevre zararı” olarak tanımlanmalıdır.

#### IV. Bildirim Yükümlülüğü

Bir deniz kazasının incelenebilmesi, öncelikle deniz kazasına sebep olan olaydan Kurul'un haberdar edilmesine bağlıdır. Bu amaçla Yönetmelik m. 7, bir deniz kazası meydana geldiğinde geminin kaptanına, muktedir olamaması durumunda yerine vekâlet eden zabite, geminin donatanı, işleteni veya acentesine<sup>33</sup>, kazanın sorumluluk sahası içinde meydana gelmesi durumunda ise ilgili liman başkanlığına kazayı en

---

larına uygulanması” başlıklı m. 18'de aynen şu hükme yer verilmiştir: “Bu Yönetmeliğin deniz kazaları bildirimlerinin yapılması ile deniz kazalarının araştırılması, incelenmesi ve raporlarının düzenlenmesine ilişkin hükümleri, deniz olayları bildirimlerinin yapılması ile deniz olaylarının araştırılması, incelenmesi ve raporlarının düzenlenmesi için de geçerlidir”.

<sup>33</sup> Acente, 5.3.2012 tarihli ve 28224 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren “Gemi Acenteleri Yönetmeliği”nin 4(e) maddesindeki tanıma dayanmaktadır. “Acente”; “gemi sahibi, işleteni, kiralayanı veya kaptanı veyahut yük sahibi ile yaptıkları sözleşmelerle bunlar nam ve hesabına hareket eden, üçüncü kişi ve kuruluşlara karşı bunların haklarını koruyan kişi veya kuruluşu” olarak tanımlanmıştır.

elverişli araçlar kullanmak suretiyle Ana Arama Kurtarma ve Koordinasyon Merkezi'ne (AAKKM)<sup>34</sup> bildirmekle yükümlü tutmaktadır<sup>35</sup>.

Yönetmelik, liman başkanı dışındaki kişileri bildirim yapmakla müteselsil şekilde sorumlu tutmaktadır. Bir Borçlar Hukuku kavramı olarak müteselsil sorumluluk, değişik hukuksal nedenlerle birden fazla kişinin aynı zarardan dolayı sorumlu tutulmaları demektir<sup>36</sup>. Oysa bildirim yükümlülüğü, bir idari yükümlülüktür. Yönetmelik, bildirim yükümlülüğüne uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlara dair bir hüküm ihtiva etmemekte ve hukuki sorumluluğu düzenlememektedir. Dolayısıyla belirtilen kişilerin müteselsilen sorumlu olduklarının belirtilmesi, hiçbir hukuki anlam taşımamaktadır. Amaç, herhangi bir şekilde bildirim yetkili makamlara ulaşmasıdır. Belirtilen kişilerden birisinin yapacağı bildirim, deniz kazasının inceleme sürecinin başlatılmasında yeterli olacağından diğerlerinin yükümlülüğü ortadan kalkar.

Kod, açık her hangi bir hüküm ihtiva etmemekle birlikte belirtilen kişi ve kurumların bildirimle yükümlü tutulması, isabetli olmuştur<sup>37</sup>. Bildirim yükümlülüğü, sadece deniz kazalarının incelenmesi bakımından değil, bu kazalara müdahale bakımından da önem taşımaktadır. Yönetmelik'te bildirim yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımı gösterilmemiştir. Bu sebeple bildirim yükümlülüğüne aykırılık, genel hükümler çerçevesinde özellikle Kabahatler Kanunu m. 32'de düzenlenen "emre aykırı davranış" hükümleri doğrultusunda bir yaptırıma tabi olmalıdır.

## V. Deniz Kazasının İncelenmesi

### A) Kavram ve Amaç

Yönetmelik, deniz kazası incelemesinin amacından bahsetmekte, fakat herhangi bir tanım yapmamaktadır. Ancak Kod, m. 2.11'de "deniz emniyeti incelemesi" tanımına yer vermiştir. Bu maddeye göre "deniz emniyeti incelemesi"; "gelecekte deniz kazalarının ve deniz olaylarının önlenmesi amacıyla yürütülen bir deniz kazası

<sup>34</sup> AAKKM, 20.9.2011 tarihli ve 2001/3275 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen "Türk Arama ve Kurtarma Yönetmeliği" hükümlerine istinaden Bakanlık nezdinde kurulan bir merkezdir. Bu Yönetmelik, 12.12.2001 tarihli ve 24611 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>35</sup> Yönetmeliğin 7(3) maddesine göre bildirim yapılmasını müteakip bir deniz kazası bildirim formu doldurularak Kurul'a internet sitesi, posta, elektronik posta veya faks yoluyla intikal ettirilir. Madde 7(2)'ye göre de AAKKM, bildiri elektronik posta veya SMS mesajıyla Kurul'a bildirmelidir.

<sup>36</sup> Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 17, Ankara 2013, s. 456.

<sup>37</sup> Kod, belirtilen kişi ve kurumların bildirim yükümlülüğüne dair bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bununla birlikte Kod m. 20, bir deniz emniyeti incelemesinin başlatılmasını müteakip ilgili taraflara en kısa zamanda uygulanabilir araçlarla gerekli bazı bildirimlerin yapılmasını öngörmektedir. Kod'un 5. maddesinde düzenlenen bildirim ise bayrak devleti ve kıyı devletlerinin bildirim yükümlülüklerine ilişkindir.



veya deniz olayının incelenmesi veya soruşturulması”nı ifade etmektedir. Bu tanım, Kod’un genel amacı çerçevesinde hem bir deniz kazası veya olayının incelenmesini, hem de araştırılmasını kapsamaktadır.

Yönetmelik, deniz kazalarının incelenmesi ve deniz kazalarının araştırılmasını farklı kavramlar olarak ele almış ve farklı hükümlere tabi tutmuştur. Farklı amaçlara yönelik olmaları sebebiyle bu kavramların birbirlerinden ayrılması faydalı olmakla birlikte m. 4’de kavramların özel biçimde tanımlarının yapılmaması uygun olmamıştır.

Yönetmelik m. 8(1)’de “kaza incelemesi”nin amacı, aynen “deniz kazalarının oluşmasına neden olan gerçek sebeplere ulaşmak suretiyle denizde can, mal ve çevre emniyetine yönelik mevzuat ve uygulamaların geliştirilmesini sağlamak, böylece benzer kazaların tekrarını önlemek ve kaza sonrasındaki olumsuz etki ve sonuçların azaltılmasını temin etmek” olarak belirtilmiştir. Amaç, isabetli biçimde belirlenmiş ve yeterli ölçüde Yönetmeliğe yansıtılmıştır. Bu amaç doğrultusunda kaza incelemesi, ne bir adli veya idari soruşturma niteliğindedir, ne de suç ve suçluyu tespit etmeye veya sorumluluğu paylaşmaya yöneliktir [m.8(2)].

Kaza incelemesi sonucu düzenlenen rapor, TTK’nun 1098 ilâ 1101. maddelerinde düzenlenen deniz raporu niteliğinde de değildir. Bununla birlikte 1989 EXXON VALDEZ deniz kazasında olduğu gibi kaza incelemeleri sonucu önemli cezai ve hukuki sorumlulukların ortaya çıkabileceği gözden kaçırılmamalıdır<sup>38</sup>. Hukuki veya cezai takiplerin başlatıldığı hâllerde kaza inceleme organının tespit etmiş olduğu gerçek bulguların delil olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda sorunlar yaşanabilir. Bu açıdan farklı hukuk sistemleri, doğal olarak farklı kurallara sahiptir<sup>39</sup>. Ancak her durumda kaza incelemesini yürüten makamın önerileri, idari kararlar yoluyla yerine getirilmeye çalışılır.

Nihayetinde deniz kazalarının önlenmesi ve böylece denizde seyrüsefer emniyetinin sağlanması amacıyla yönelik olan kaza incelemesi, ağırlıklı olarak teknik bir inceleme niteliğindedir. Dolayısıyla kaza incelemesinin adli veya idari bir soruşturma niteliğinde olmaması, suç ve suçluları ve sorumlu kişileri belirleme gibi bir amacının bulunmadığının açıkça belirtilmesi, doğru bir yaklaşım tarzıdır<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Bu konuda değerli bir inceleme için bkz. *Russo*, T.: Criminal Liability in Maritime Accidents, University of San Francisco Maritime Law Journal (1994 – 1995), Vol. 7/1, s. 151-162; *Mukherjee*, P. K.: Liability Issues Pertaining to Maritime Safety, Proceedings of the International Conference on Marine & Maritime Affairs, University of Plymouth (2011), s. 14.

<sup>39</sup> *Mukherjee*, s. 15.

<sup>40</sup> Nitekim Kod’un 1.2 maddesi, deniz emniyeti incelemesinin diğer herhangi bir inceleme türü dikkate alınmaksızın bağımsız olarak yürütülmesinin gerektiğini, ancak Kod’un adli, cezai ve idari işlemler için yürütülen incelemeler dâhil diğer herhangi bir incelemeyi engelleme niyetinin olmadığını, bununla birlikte deniz emniyeti incelemesini yürüten devletin bir deniz kazasının veya deniz olayının nedensel faktörlerini tam olarak ortaya koymaktan alıkonulmasının söz konusu

## B) İnceleme Yapmaya Yetkili Makam

Deniz kazasını incelemeye yetkili makam, Kurul'dur (m. 5). Kurul, sadece deniz kazalarını değil, deniz olaylarını da incelemeye yetkilidir. Kurul, bünyesindeki uzmanlar<sup>41</sup> vasıtasıyla deniz kazası ve olaylarını inceler. Uzmanların yetkileri, esas itibarıyla "Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu Yönetmeliği"nde (KAİK Yönetmeliği) düzenlenmiştir<sup>42</sup>.

Yönetmelik m. 6(2), uzmanların KAİK Yönetmeliği'nde belirtilen görev ve yetkilerin yanı sıra hudut kapıları ve gümrüklü sahalar dâhil olmak üzere deniz kazasına karışan gemiye çıkabileceklerini ve gemi üzerinde incelemelerde bulunabileceklerini; geminin kaptanı, mürettebatı ve diğer ilgililerle görüşebileceklerini; ilgili liman, şirket, kılavuzluk istasyonu, gemi trafik hizmetleri istasyonu, liman başkanlıkları, Bakanlık merkez teşkilatının denizcilikle ilgili birimleri, arama kurtarma merkezleri ve arama kurtarma faaliyetleriyle ilgili diğer kurum ve kuruluşlar ile çevre acil müdahale merkezleri ve çevre kirliliğiyle ilgili diğer kurum ve kuruluşlarda incelemelerde bulunabileceklerini; VDR (seyir veri kaydedicisi) kayıtlarını alarak çözümlenebileceklerini açıklığa kavuşturur<sup>43</sup>. KAİK Yönetmeliği m. 14 içeriği, esasen belirtilen yetkileri genel olarak kapsamakta ise de Yönetmelik ile uzmanların yetkilerinin belirtildiği şekilde açıklığa kavuşturulması, Yönetmeliğin uygulanmasını kolaylaştırdığından isabetlidir.

## C) Kaza İncelemesinin Yürütülmesi

Birçok hukuk sisteminde kaza incelemesi, genellikle iki safhada gerçekleştirilmektedir. İlk safhada bir ön araştırma yapılır. Sonra koşullar haklı kılıyorsa resmî bir inceleme yapılır. Bütün olaylarda maddî gerçeğe ulaşma görevi vardır. Kaza incelemesi sonucu çoğunlukla kararlar verilmez, fakat kazanın doğasına ve incelemenin seviyesine bağlı olarak öneriler ortaya konulur<sup>44</sup>.

---

olmadığını, zira kusur veya sorumluluğun tespit edilen bulgulardan çıkartılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

<sup>41</sup> Yönetmelik m. 6(1), uzmanların denizcilikle ilgili lisans düzeyinde eğitim veren yükseköğretim kurumlarından mezun ve en az Uzakyol 1. Zabit veya Uzakyol 2. Mühendis ehliyetine sahip kişiler ile kamu veya özel sektörde en az üç yıl tecrübeli gemi inşa mühendisi kişilerden seçilmelerinin gerekli olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm yeterli olmasına rağmen m. 4(u)'da uzman tanımı yapılmasının hiçbir anlamı ve faydası yoktur.

<sup>42</sup> KAİK Yönetmeliği, 6.5.2013 tarihli ve 28639 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. KAİK Yönetmeliği'nin amacı, m. 1'de Kurul'un oluşumu, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma usul ve esasları ile Kurul üyelerinde aranan şartları, gerçek veya tüzel kişilerin yükümlülüklerine ilişkin hususları belirlemek olarak gösterilmiştir. Uzmanların görev ve yetkileri ise m. 14'de ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

<sup>43</sup> Bu madde, Kod'un "İnceleme Yetkileri" başlıklı 8. maddesine dayanmaktadır.

<sup>44</sup> Mukherjee, s. 14.

Kod'un 16. maddesinde açıkça kaza incelemesinin prensipleri; bağımsızlık, emniyete yoğunlaşma, işbirliği ve öncelik başlıkları altında düzenlemiş olmasına rağmen Yönetmelik'te bu prensiplere yer verilmemesi uygun olmamıştır. Zira, kaza incelemesinin amacına ulaşılmasında belirtilen prensiplere uyulmasının önemi büyüktür.

Kaza incelemesinin başlatılması için öncelikle Yönetmeliğin 9(1) maddesine uygun olarak kaza bildirimini alan veya haricen kazadan haberdar edilen Kurul'un kaza incelemesi yapılması hususunda bir karar vermesi gerekir. Esasen Yönetmeliğin 4(ğ) maddesindeki tanıma uygun düşen bir deniz kazası meydana geldiğinde Kurul, kaza incelemesi yapılmasına karar vermek zorundadır. Kurul'un kaza incelemesi yaptırıp yaptırmama hususunda bir takdir hakkı olamaz. Kurul, sadece olayın bir deniz kazasına vücut verip vermediğini değerlendirmeli, bir deniz kazasının gerçekleştiğine kanaat getirdiğinde kazayı incelemelidir. Bu sebeple "Kurul'un kaza incelemesi yapıp yapılmayacağı hususunda karar vermesi hususu" bu şekilde anlaşılmalı ve uygulanmalıdır. Aksi takdirde bir kısım deniz kazaları inceleme dışında kalacağından Kod hükümlerine de aykırı davranılmış olunur.

Yönetmeliğin 9(2) maddesinde yer alan "her türlü deniz kazası incelemeye tabi tutulabilir" hükmünün hiçbir anlamı ve hukuki sonucu olmadığından bu fıkra hükmü kaldırılmalıdır. Benzer şekilde "çok ciddi deniz kazalarının incelenmesi öncelikle yapılır" hükmü de işin tabiatı gereği gereksiz bir hükümdür. Aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan, bazı çok ciddi deniz kazalarında kaza incelemesi yapılmasını Kurul'un takdirine bırakan hüküm ise SOLAS 1974'ün bir parçasını oluşturan Kod hükümlerine ve Yönetmeliğin genel amaçlarına aykırı olduğundan kaldırılmalıdır.

Kaza incelemesine karar verildikten sonra Kurul Başkanı tarafından Kurul nezdinde görevli uzmanlar arasından bir görevlendirme yapılır. Birden fazla uzmanın görevlendirilmesi durumunda bunlardan birisi grup başkanı olarak tayin edilir [m. 10(1)]. Yönetmelik m. 6 ile KAİK Yönetmeliği m. 14 hükümlerine uygun olarak incelemelerini yapmak zorunda olan uzmanlar, gerektiğinde bilirkişi veya diğer uzmanlardan yararlanabilirler [m. 10(1)(b)].

Kaza incelemesini yürüten uzmanlar, inceleme sırasında çok sayıda bilgi ve belgelere ulaşabilirler. Bu bilgi ve belgeler, elektronik kayıtlar ve kaza inceleme taslak raporlarının gizliliği asıldır. Kaza incelemesi sırasında elde edilen bilgi ve belgeler, Kod'un 23. maddesine paralel şekilde adli makamlar hariç olmak üzere kaza inceleme maksatları dışında açıklanamaz, diğer kişi ve mercilerle paylaşılamaz (m. 12)<sup>45</sup>. Gizlilik, henüz sonuçlanmayan kaza incelemesi sırasında elde edilen verilerin uygun olmayan bir şekilde açıklanması hâlinde, incelemenin sağlıklı biçimde yürütülmesi ve sonuçlandırılması önünde ortaya çıkması muhtemel olumsuzlukları önlemeyi ve

<sup>45</sup> Maddenin "Delil ve kayıtların gizliliği" başlığı "Bilgi ve belgelerin gizliliği" olarak değiştirilmelidir.

ilgili tarafların<sup>46</sup> kusurları ve sorumluluklarına müdahale edilmesini engellenmeyi amaçladığından isabetlidir.

Kaza incelemesi sırasında mümkün olduğunca gemi seferden alıkonulmamalı, esas belgelerine ve teçhizatına el konulmamalıdır. Amaç, seyrüseferin sürekliliğini sağlamak, ilgililerin gereksiz zararlara uğramalarına engel olmaktır. Bununla beraber kaza incelemesini yürüten uzmanlarca gerekli görülmesi durumunda geminin seferine engel olunması ve esas belgelerine el konulması mümkündür [m. 6(3)]. Ancak bu yetki, makul biçimde kullanılmalı ve gerekli olan süreyi aşmamalıdır. Örneğin; geminin orijinal belgelerinin alıkonulmasından ziyade bunların görülmesini müteakip fotokopilerinin alınmasıyla yetinilmelidir. Aksi takdirde genel esaslar çerçevesinde idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir.

#### D) Kaza İnceleme Raporu

Kaza inceleme raporu, deniz emniyetinin sağlanması ve çevrenin korunması amacına ulaşılmasında mevzuatta gerçekleştirilecek doğru değişikliklere dayanak oluşturmalıdır<sup>47</sup>. Kaza inceleme raporları, deniz kazalarının önlenmesinde proaktif bir yaklaşım sağlanması amacına da hizmet ederler.<sup>48</sup>

Kaza incelemesi sonucunda incelemeyi yürüten uzmanlar tarafından bir “deniz kazası incelemesi taslak raporu” düzenlenir. Taslak raporda ana başlıklarıyla özet, kazaya ilişkin bilgiler, kazanın gelişimi, değerlendirme, sonuçlar ve tavsiyelere yer verilir [m. 13(1)]<sup>49</sup>. Daha sonra ön rapor, Yönetmelik m. 4(s)’de tanımlanan ilgili devletlere gönderilerek 30 gün içinde (veya üzerinde mutabık kalınan diğer bir süre içinde) görüşleri alınır. İlgili devletler, Kod m. 13(2) hükmüne paralel şekilde ön raporun gizliliği ilkesine uymak zorunda olup, raporu açıklayamazlar, sirküle edemezler ve bastıramazlar [m. 14(1)]<sup>50</sup>.

Kurul, ilgili devletler ve kişilerden gelen görüşleri değerlendirerek deniz kazası ön inceleme raporunu nihai hâle getirir [m. 15(1)]. Taslak raporun Kurul’da değer-

<sup>46</sup> Yönetmeliğin 4(m) maddesine göre “ilgili taraf”; “deniz kaza incelemesinin sonuçları bakımından kayda değer derecede önemli çıkarları, hakları veya yasal beklentileri olan kuruluş veya kişi” olarak tanımlanmıştır. Tanımda geçen “kayda değer derecede” ifadeleri gereksizdir.

<sup>47</sup> Ghirxi, K. T.: Implementation of the Code for the Investigation of Marine Casualties and Incidents: A Critical Analysis, Master of Science in Maritime Affairs, World Maritime University, Sweden 2003, s. 61.

<sup>48</sup> Ghirxi, s. 66, Luttenberger, s. 5.

<sup>49</sup> “Deniz kazası incelemesi taslak raporu” ifadesi yerine “Deniz kazası ön inceleme raporu” ifadelerinin tercih edilmesi daha uygun olurdu. Zira, inceleme tamamlanmış, uzmanlarca m. 13’de belirtilen formata uygun bir rapor ortaya çıkmıştır.

<sup>50</sup> Gerekli görüldüğü takdirde raporun tamamı veya bir kısmı, görüşlerinin alınması amacıyla ve gizlilik koşuluyla diğer ilgili kişi, kurum ve kuruluşlara da gönderilebilir [m. 14(2)].

lendirilerek karara bağlanacağı yolundaki ifade uygun değildir. Ön raporun karara bağlanması söz konusu olmayıp gelen görüşler doğrultusunda nihai şekil verilmesi esastır. Yönetmelik m. 15(2), nihai hâle getirilen deniz kazası inceleme raporunun KAİK Yönetmeliği'nin 6. maddesi gereğince Kurul'un internet sitesinde yayımlanarak kamuoyu ve ilgililerce paylaşılacağını, gerektiğinde çeviriler yapılmak suretiyle diğer ilgili devletlere, uluslararası kurum ve kuruluşlara en uygun araçlar kullanılarak gönderileceğini düzenlemektedir.

Kaza inceleme raporlarının kamuoyu ve diğer ilgililerle paylaşılmasına imkân verilmesi, faydalıdır. Yönetmelik m. 15(2), KAİK Yönetmeliği m. 6 hükmüne atıf yaptığından kaza inceleme raporlarının internet sitesinde paylaşılması ve ilgili taraflara gönderilmesi, Kurul'un takdirine bırakılmıştır. Oysa nihai amacı deniz kazalarının önlenmesi ve emniyetli seyrüseferin sağlanması olan Yönetmeliğin bir kısım deniz kazası inceleme raporunu paylaşımına kapatması kabul edilemez. Deniz kazası inceleme raporunun teknik ağırlıklı olması, kaza incelemesinin adli, idari ve cezai takiplerden bağımsız olarak yürütülmesi, rapor sonuçlarının açıklanmasını gerektirir. Dolayısıyla, Kurul deniz kazası inceleme raporlarını yayımlamak zorunda olmalıdır.

Kaza inceleme raporu nihai hâle getirildikten sonra rapordaki değerlendirme ve ulaşılan sonuçları etkileyebilecek nitelikte yeni bilgi ve belgeler, deliller ortaya çıkabilir. Bu durumda Kurul, Kod m. 26 hükümlerine paralel biçimde kaza incelemesinin tekrarlanmasına karar verebilir. Bu durumda elde edilen yeni bilgi ve belgeler, ilgili devletlere de bildirilmelidir [m. 16(1), (2)].

## **VI. Deniz Kazasının Araştırılması**

Deniz kazalarının incelenmesi, deniz kazalarına yol açan gerçek sebeplere ulaşmak, böylece deniz kazalarının meydana gelmesine engel olmak olduğu hâlde deniz kazalarının araştırılması; (a) deniz kazalarına neden olan unsurlar, (b) deniz kazaları sonucunda ortaya çıkan ve insan, çevre ve gemi ile gemi üzerindeki ve dışındaki teçhizat ve yapılarda meydana gelen olumsuz etkilerin azaltılmasını sağlayabilecek hususlar ile (c) deniz kazalarının bildirilmesiyle ilgili eksikliklere dair bilgilerin toplanması amacıyla gerçekleştirilir [m. 17(2)]. Yönetmelik m. 17(3) araştırma faaliyetinin konularını bir hayli ayrıntılı şekilde saymış ise de bunların sınırlı olmadığı, aynı maddenin (i) bendinde yer alan "Kurulca uygun görülen diğer hususları" ifadesinden hemen anlaşılmaktadır.

Esasen Yönetmelik'te böyle açık bir hüküm olmasa idi dahi Kurul'un belirtildiği şekilde araştırma faaliyeti yaptırmasına engel bir durumun olmadığı belirtilmelidir. Ancak, gerek Kurul'a yol göstererek faaliyetlerine işlerlik kazandırmak, gerekse seyrüsefer emniyetinin sağlanması hususunda deniz kazaları meselesini sürekli gündemde tutmak amaçlarıyla açık bir hükme yer verilmesi isabetli olmuştur. Araştırma faaliyeti-

tinin bilgi toplamaya yönelik olduğu belirtilmekle beraber elde edilen bütün verilerin bilimsel bir şekilde değerlendirilmesi ve deniz kazası inceleme raporunda olduğu gibi bütün kamuoyu ile paylaşılması büyük önem arz etmektedir. Bu sebeple araştırma faaliyeti sonucu elde edilen verilerin kamuoyu ile paylaşımına dair Yönetmeliğe açık bir hüküm konulmalıdır.

Kaza incelemesinin aksine araştırma faaliyetini yürüten uzmanların yetkileri sınırlıdır. Uzmanlar, sadece gerekli gördükleri takdirde gemilere çıkabilir, teçhizatı inceleyebilir ve uygulamalara ilişkin gözlem yapabilirler. Ayrıca ilgili liman tesisleri ile kurum ve kuruluşlarda inceleme de yapabilirler [m. 17(4)].

## SONUÇ

SOLAS 1974'ün bir parçası olan Kaza İnceleme Kodu'na dayalı olarak hazırlanan Yönetmelik, deniz kazalarının incelenmesi ve araştırılmasında önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır. Esaslı hükümlerinin büyük bir kısmı Yönetmeliğe dâhil edilen Kod, böylece Türk iç hukukuna aktarılmıştır. Kod, Yönetmeliğin en temel ve doğal hukuکی dayanağını oluşturmaktadır. Zira, Kod, bayrak devletlerinin, kıyı devletlerinin, IMO'nun ve denizcilik endüstrisinin ortak menfaatleri bağlamında objektif biçimde deniz emniyeti incelemelerini kolaylaştırmak için ihdas edilmiştir. Dolayısıyla Yönetmeliğin amacına ulaşması deniz menfaatleri üzerindeki yükü hafifletecektir.

Ne var ki, Yönetmelik kaleme alınırken Kod hükümlerine gereksiz biçimde sıkı sıkıya bağlı kalınmış, birçok tercüme hataları yapılmış ve Türk Hukuk literatürü dikkate alınmamıştır. Yönetmelik, düzenleyici işlem hazırlama tekniği, sistematik ve diğer şekli kurallar açısından birçok hataları ve eksiklikleri barındırmaktadır.

Kod, bazı zorunlu gerekleri ve önerileri belirlemesine rağmen deniz kazaları ve deniz olaylarının incelenmesiyle ilgili milletlerarası hukuk ve millî hukuklar arasındaki varyasyonları kabul ederek esnek bir yaklaşım sergilemektedir. Deniz kazalarının incelenmesi ve araştırılmasında ortak bir standarda ulaşılması amacı, belli ölçüde esnek bir yaklaşım tarzını zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede Kod hükümlerinin deniz kazalarının incelenmesi ve araştırılmasında asgari standartları tespit ettiği söylenebilir. Dolayısıyla, Taraf Devletler, Kod hükümlerini iç hukuklarına aktarırlarken Kod'a bire bir uymak zorunda değillerdir. Taraf Devletler, ihtiyaçları doğrultusunda Kod'un belirlemiş olduğu asgari standartların üzerine çıkan, örneğin; uygulama kapsamını genişleten, inceleme yapmaya yetkili makamın yetkisini artıran vs. hükümler kabul edebilirler.

Yönetmelik'te Kod'un esnek yaklaşım tarzı ve Taraf Devletler için asgari standartlar getirmiş olduğu hususu göz ardı edilmiş, ihtiyaçlara uygun yeni hükümlerin getirilmesi fırsatı kaçırılmıştır. Kıyı ötesi tesislerin ve devlet gemilerinin kapsam dışı bırakılması buna örnek gösterilebilir.

Kaza inceleme raporları, deniz kazalarının önlenmesi ve iç hukukta yapılacak düzenlemelerde yol gösterici en somut belgelerdendir. Önemi dolayısıyla bütün kaza inceleme raporları, kamuoyu ile paylaşılmalı, her hangi bir istisna hükmüne yer verilmemelidir. Kaza inceleme raporlarının fonksiyonu sadece yol gösterici olmasıyla sınırlı değildir. Her ne kadar adli ve cezai takiplerden bağımsız yürütülen deniz kazası incelemesi, faili ve kusuru tespit etmeye yönelik değilse de bu takipler için oldukça değerli deliller sağlayabilir. Hatta yeni bir adli veya cezai takiplerin başlatılmasına dayanak oluşturabilir.

Yönetmelik'teki tanıma uygun düşen bütün deniz kazaları, zorunlu olarak Kurul'un incelemesine tabi olmalıdır. Bir kısım deniz kazalarının incelenmesini Kurul'un takdirine bırakan hükümler, hem Kod'a aykırıdır, hem de Yönetmeliğin amaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Kaza incelemesinin teknik ağırlıklı olarak adli ve cezai takiplerden bağımsız biçimde yürütülmesi bakımından Kod'da benimsenen bağımsızlık, emniyete yoğunlaşma, işbirliği ve öncelik ilkelerine Yönetmelik'te yer verilmemesi büyük bir eksikliklerdir. İncelemenin amaca uygun ve sağlıklı yürütülmesinde belirtilen ilkeler, hayati öneme sahiptir. Yönetmelik'te bu ilkelere açıkça yer verilmeli, ayrıca IMO tarafından kabul edilen "Kaza İnceleme Kodunun Uygulanmasında İnceleme Yapanlara Yardım Edecek Rehber Kurallar" bir Yönerge olarak yürürlüğe konulmalıdır.

Deniz kazalarının önlenmesinde sadece kaza sonrası düzenlenecek inceleme raporları tek hareket noktası olmamalıdır. Çoğunlukla insan ve örgütsel hatalara dayanan deniz kazalarının incelenmesi, ülkeden ülkeye bir hayli değişimle birlikte proaktif bir yaklaşım sergilenmeli, bir düzenleyici işleme gerek olup olmadığının değerlendirilmesinde yeni bir deniz kazasının meydana gelmesi beklenmemelidir. Bu yaklaşım tarzı, başta mevzuat hazırlayanlar olmak üzere bütün ilgili tarafların yakın işbirliğini ve deniz kazalarının özel koşullarının sürekli takip edilmesini gerektirmektedir. Bu konuda Yönetmeliğin deniz kazalarının araştırılmasına ilişkin hükümleri iyi işletildiğinde önemli bir fonksiyon ifa edebilir.

## **KISALTMALAR**

A.	: Assembly
AAKKM	: Ana Arama Kurtarma ve Koordinasyon Merkezi
B.	: Baskı
Bkz.	: Bakınız
BP	: British Petroleum
C.	: Cilt
DHS	: 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
ed.	: Edition
IMO	: International Maritime Organization

ISM Kod	: Uluslararası Emniyetli Yönetim Kodu
LEG	: Legal
LL 1966	: Yükleme Sınırı Uluslararası Sözleşmesi, 1966
m.	: Madde
MARPOL 73/78	: Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme, 1973
MSC	: Maritime Safety Committee
No.	: Numara
Res.	: Resolution
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SOLAS 1974	: Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi, 1974
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl

## KAYNAKÇA

### I. KİTAP VE MAKALELER

- Abdullayev, C.:** Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği, Ankara 2005.
- Allen, J.:** A Global Oil Stain – Cleaning Up International Conventions for Liability and Compensation for Oil Exploration/Production, Australian and New Zealand Maritime Law Journal 2011, Vol. 25, s. 90 vd.
- Asyalı, E./Kızılkapan, T.:** Türkiye Kıyılarında 2004 – 2008 Yıllarında Uluslararası Sefer Yapan Gemilerin Karıştığı Deniz Kazalarının Analizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 2012, C. 4, S. 2, s. 27 vd.
- Demir, İ.:** Deniz Kazalarında Gemiadamlarına Adil Muamele Yapılmasına Dair Milletlerarası Hukukta Gelişmeler, Ankara Barosu Dergisi, Y. 70, S. 2012/3, s. 123 vd.
- Forbes, T.:** Marine Casualty Investigations, Tulane Law Review (2010 – 2011), Vol. 85, s. 1363 vd.
- Ghirxi, K. T.:** Implementation of the Code for the Investigation of Marine Casualties and Incidents: A Critical Analysis, Master of Science in Maritime Affairs, World Maritime University, Sweden 2003.
- Hinrichs, J. U. S./Baldauf, M./Ghirxi, K. T.:** Accident Investigation Reporting Deficiencies related to Organizational Factors in Machinery Space Fires and Explosions, Accident Analysis and Prevention 2011, Vol. 43/3, s. 1187 vd.
- Hinrichs, J. U. S./Hollnagel, E./Baldauf, M.:** From Titanic to Costa Concordia – a Century of Lessons not Learned, World Maritime University, Journal of Maritime Affairs 2012, Vol. 11, s. 151 vd.
- Hooke, N.:** Maritime Casualties (1963-1996), 2.ed., London 1997.



- Janssen, J. W./Kerr, J. A./Keller, J. W.:** Marine Casualty Reporting and Investigation, Tulane Maritime Law Journal (1999 – 2000), Vol. 24, s. 167 vd.
- Kara, H.:** Costa Concordia Kazasının Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak – Şubat 2013, S. 104, s. 137 vd.
- Karan, H.:** Milletlerarası Deniz Hukuku Konvansiyonlarındaki Sorumluluk Limitlerinde Değişiklik Yapılabilmesi İçin Kabul Olunan Prosedürlerin Kolaylaştırılması, Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ'e Armağan, Ankara 2003, s. 429 vd.
- Kılıçoğlu, A.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 17, Ankara 2013.
- Luttenberger, A.:** Legal Aspects in Standardizing Marine Accident Investigation Activities, University of Ljubljana, Faculty of Maritime Studies, Slovenian Society of Traffic Science, 10th International Conference on Traffic Science, Portorež 2006, <[http://www.researchgate.net/profile/Axel\\_Luttenberger/publication/253650088\\_Legal\\_aspect\\_in\\_standard](http://www.researchgate.net/profile/Axel_Luttenberger/publication/253650088_Legal_aspect_in_standard)>, s. 1 vd.
- Luttenberger, A./Kos, S.:** Improving Legal Standards in Marine Accident Investigation Activities, International Maritime Lecturers Association 20, Proceedings 1 (2012), <[http://bib.irb.hr/datoteka/587320.Luttenberger\\_Kos\\_-\\_Improving\\_legal\\_standards\\_in\\_marine\\_accident\\_investigation\\_activities.pdf](http://bib.irb.hr/datoteka/587320.Luttenberger_Kos_-_Improving_legal_standards_in_marine_accident_investigation_activities.pdf)>, s. 1 vd.
- Mccallum, M. C./Raby, M./Rothblum, A. M.:** Procedures for Investigating and Reporting Human Factors and Fatigu Contributions to Marine Casualties, Coast Guard Research and Development Center Groton Ct. 1996, Final Report, September 1996, No. CGR/DC – 26/96. <<http://oai.dtic.mil/oai?verb=getRecord&metadataPrefix=html&identifier=ADA323392>>.
- Mukherjee, P. K.:** Liability Issues Pertaining to Maritime Safety, Proceedings of the International Conference on Marine & Maritime Affairs, University of Plymouth (2011), s. 1 vd.
- Özçayır, Z. O.:** Liability for Oil Pollution and Collisions, London – Hong Kong 1998.
- Özman, A.:** Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul 1984.
- Portela, C.:** Maritime Casualties Analysis as a Tool a Improve Research about Human Factors on Maritime Environment, <[http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)>.
- Ramseur, J. L.:** Liability and Compensation Issues Raised by the 2010 Gulf Oil Spill, Congressional Research Service (11 March 2011), <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41679.pdf>>.
- Russo, T.:** Criminal Liability in Maritime Accidents, University of San Francisco Maritime Law Journal (1994 – 1995), Vol. 7/1, s. 151 vd.

## II. RAPORLAR

A 28/Res.1075, February 24, 2014.

LEG 97/14/1, September 10, 2010.

MSC. 255(84), May 16, 2008.

### III. İNTERNET KAYNAKLARI

<<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/1698988/Deepwater-Horizon-oil-spill-of-2010>>.

<<http://tr.euronews.Com/2014/09/05/bp-Meksika-korfezi-ndeki-petrol-sizintisinde-ih-malkar-bulundu>>.

<[http://www.bp.com/tr\\_tr/turkey/toplum-ve-cevre-/cevresel-faaliyetlerimiz/cevre-duyar-l\\_l\\_/meksika-koerfezi--deepwater-horizon-.html](http://www.bp.com/tr_tr/turkey/toplum-ve-cevre-/cevresel-faaliyetlerimiz/cevre-duyar-l_l_/meksika-koerfezi--deepwater-horizon-.html)>.

<<http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202015.pdf>>.

# GARAJ VEYA OTOPARK İŞLETENİN SORUMLULUĞU (TBK m.579)

(Liability of The Garage or Parking Lot Manager)

Prof. Dr. Murat DOĞAN\*

## ÖZET

Günümüzde hızla artan motorlu taşıt sayısı, bunların uzun veya kısa süreli bırakılacakları garaj ve otopark gibi yerleri zorunlu ve önemli kılmış ve bir meslek olarak garaj ve otopark işletmeciliğini doğurmuştur. Garaj ve otoparka taşıtlarını bırakanlar, geri almalarına kadar bunların işletmeci tarafından gözetim altında tutulacağını ve herhangi bir zarara uğramadan kendilerine verileceğine güvenirlen. Esasen bu sıradan bir beklenti olmayıp, garaj ve otopark işleten ile taşıtını bırakan arasındaki sözleşmenin bir gereği, hatta amacıdır. Bu sebeple, motorlu taşıt sahibine ait eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınması halinde bundan garaj ve otopark işleten sorumlu olmalıdır. Bu sorumluluk Türk Hukukunda özel hükümlerle düzenlenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Motorlu taşıt, garaj veya otopark işletenin sorumluluğu, motorlu taşıtın çalınması, motorlu taşıtın zarara uğraması, işletmeci.

## *Abstract*

In our days, the rapidly increasing number of motor vehicle necessitated places like garages or parking lots where these motor vehicles will be left. Therefore garage or parking lot manager became a profession. Those who leave their vehicle to these garages and parking lots trust that their vehicle will be guarded and will be given back to them without any harm. Actually this is not an ordinary expectation but the concern, even the object of the contract between the manager of the parking lot and the one who leaves his/her vehicle. That's why, if this vehicle is harmed or stolen, the garage manager should be held liable. This liability is regulated with special rules under the Turkish Law. In this study we will examine the liability of the garage or parking lot manager.

**Keywords:** Motor vehicles, liability of the garage or parking lot manager, motor vehicle theft, motor vehicle damage, operator.

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Günümüzde hızla artan motorlu taşıt sayısı, bunların uzun veya kısa süreli bırakılacakları garaj ve otopark gibi yerleri zorunlu ve önemli kılmış ve bir meslek olarak garaj ve otopark işletmeciliğini doğurmuştur. Garaj ve otoparka taşıtlarını bırakanlar, geri almalarına kadar bunların işletmeci tarafından gözetim altında tutulacağını ve herhangi bir zarara uğramadan kendilerine verileceğine güvenirlir. Esasen bu sıradan bir beklenti olmayıp, garaj ve otopark işleten ile taşıtını bırakan arasındaki sözleşmenin bir gereği, hatta amacıdır. Bu sebeple, motorlu taşıt sahibine ait eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınması halinde bundan garaj ve otopark işleten sorumlu olmalıdır. Bu sorumluluk Türk Hukukunda özel hükümlerle düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesinde düzenlenmiş bulunan garaj ve otopark işletenlerin sorumluluğu ele alınacaktır. Sözü edilen hükümde, "Garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğu" düzenlenmiş olduğundan, garaj ve otopark işletenler için söylenenler, ahır, at çiftliği ve benzeri yerler için de mahiyetine uygun düşüğü ölçüde geçerlidir<sup>1</sup>. Bu sebeple bunlar üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

Uygulamada garaj ve otopark işletenlerinin sorumluluğu belirlenirken çoğunlukla bu özel hükümlere değil, adi vedia ve genel hükümlere dayanılarak karar verildiği görülmektedir<sup>2</sup>. Pozitif hukuk hükmünü göz ardı eden bu uygulamanın doğru olmadığına aşağıda tekrar değinilecektir.

Aşağıda ilk olarak garaj ve otopark işleten ile motorlu taşıt sahibi arasındaki ilişki üzerinde durulacak, daha sonra garaj ve otopark işletenin motorlu taşıt ve eklentilerinin zarar görmesinden doğan sorumluluğunun hukuki niteliğine değinilecek, daha sonra sorumluluğun şartları incelenecektir. Buna ilaveten sorumluluğu sınırlandıran veya ortadan kaldıran haller de ele alınacak konular arasında yer almaktadır.

<sup>1</sup> Kanunun gerekçesinde, "...maddenin kenar başlığı ile birinci ve ikinci fıkralarında "...ve benzeri yerleri işletenler" ifadesi kullanılarak, bu sayımın örnekleyici nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle, söz konusu ifadenin kapsamına, 818 sayılı Borçlar Kanununun 481 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmekle birlikte, Tasarıda belirtilmeyen "ahır sahibi"nin de dahil olduğu konusunda bir duraksama yoktur" denilerek, sınırlayıcı bir sayma olmadığı açıkça ifade edilmiştir.

<sup>2</sup> Bu yönde, Y. 13. Hukuk Dairesi 1.7.2003 T., E.2003/5039, K.2003/8870, "Davacının davalılardan Akmerkez Gayrimenkul Yatırım AŞ.'nin işlettiği otoparka aracını belirli bir ücret karşılığında bıraktığında ve aracı almak için döndüğünde aracın arka bagaj camının kırılması suretiyle bir kısım eşyalarının çalındığında ihtilaf yoktur. İhtilaf sözleşmenin niteliğinde, çalınan eşyaların nelerden ibaret olduğunda ve meydana gelen zarardan kimin sorumlu olacağı noktasında toplanmaktadır. Somut olayda davacının ileri sürdüğü ve davalılardan Akmerkez Gayrimenkul Yatırım AŞ.'nin kısmen kabul ettiği olgulara göre, davacının tazminat isteminin temeli BK.'nın 463. maddesinde tanımlanan vedia sözleşmesine dayanmaktadır", www.kazanci.com. Bu yöndeki eleştiriler için bkz., Tiftik, Mustafa, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara, 2007, s. 217.

## I. Garaj ve Otopark İşleten İle Motorlu Taşıtı Bırakan (Saklatan) Arasındaki Hukuki İlişki

### A) Garaj ve Otopark Kavramları

Garaj kelime anlamı itibarıyla, “otomobil vb. taşıtların konulduğu üstü örtülü yer, arabalık”dır<sup>3</sup>. Türk Borçlar Kanununun 579. madde geçen garaj kavramı ise esas olarak otomobil, otobüs, minibüs, kamyon ve benzeri motorlu taşıtların saklanmak ve korunmak üzere bırakıldığı, bazen buna ilaveten bakım, onarım ve temizleme gibi hizmetlerin de verildiği yeri ifade eder. Garajı otoparktan ayıran özelliği, genel olarak örtülü olması ve taşıtların uzun süre kalmak üzere bırakılmasıdır.

Garajda, esas olarak motorlu taşıtların bırakılması, saklanması ve korunması için ayrılmış yerler bulunur. Bazı garajlarda motorlu taşıtı saklama (koruma ve gözetme) yanı sıra bakım, onarım, temizleme gibi hizmetlerin bir arada yapılması da mümkündür<sup>4</sup>. Aynı şekilde, şehirlerarası otobüs terminalleri veya illerdeki ilçe ve köy garajları da hem taşıtların kalkış ve varış yeri hem de hareket saatini bekleyen taşıtlar bakımından bakım, hazırlanma ve bekleme yeri olarak garaj niteliğine sahiptir. Yine, haczedilen veya başka bir sebeple el konulan motorlu taşıtların bırakıldığı yediemin garajları da bu kapsama girmektedir.

Otopark, sözlük anlamı ile “taşıtların trafik bakımından uygun olan ve belli bir süre bırakıldıkları açık veya kapalı yeri” ifade eder<sup>5</sup>. Hareket halinde olmayan taşıtların genellikle kısa süreli olarak bırakıldıkları, böylece hem trafiğin tıkanmadan akmasını sağlayan hem de taşıtların zarar görmesini önleyen açık veya kapalı alanlar otopark olarak nitelenmektedir. Bu amaçla örtülü olmayan bir alan sınırları çevrilerek otopark olarak kullanılabilirdiği gibi, daha çok binaların, özellikle alışveriş merkezlerinin altına yapılan kapalı otoparklar, çok katlı otoparklar, park olarak tahsis edilen cadde kenarları da otopark olarak kullanılabilir.

Garajların aksine, otoparklarda genel olarak bakım, onarım ve benzeri hizmetler verilmemektedir. Bununla birlikte bazı otoparklarda yıkama, yağ değiştirme hizmetleri de bulunabilmektedir.

Garaj veya otopark işletmesinden söz edebilmek için bu işe ayrılan yerin herkese açık olması gerekir<sup>6</sup>. Bundan kasıt, herkesin veya belirli şartları taşıyan kimselerin talep etmesi halinde garaj ve otoparktan taşıtı bırakmak için yararlanabilecek olmasıdır.

<sup>3</sup> [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5650899b2c2627.10728675](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5650899b2c2627.10728675).

<sup>4</sup> İmre, Zahit, Otel, Han, Umumi Garaj ve Ahır İşletenlerin Mesuliyeti, Prof. Dr. Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, (s.189-215), s.209; Tiftik, s.216.

<sup>5</sup> [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.565089a-289d6f8.91432869](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.565089a-289d6f8.91432869)

<sup>6</sup> İmre, s.211.

Garaj ve otopark işletenler, bunu bir mesleki faaliyet olarak yaptıklarından motorlu taşıtı bırakan, bu hizmetler karşılığında kural olarak bir ücret öder<sup>7</sup>. Bununla birlikte, ücretsiz olması sorumluluğu ortadan kaldırmaz<sup>8</sup>. Özellikle alış-veriş merkezlerinin garaj veya otoparklarında ya genel olarak ücret alınmaksızın veya belli bir tutarın üzerinde alış veriş yapanlardan ücret alınmaksızın hizmet verilmektedir. Bu gibi yerlerdeki garaj veya otoparklarda da ücret alınmamasına rağmen garaj veya otoparkı işleten alış veriş merkezi veya işletmenin bırakıldığı kimsenin sorumluluğuna gidilebilmelidir<sup>9</sup>.

Garaj veya otopark işleten, motorlu taşıtı bırakmak üzere başvuranların taşıtlarını saklanmak ve korunmak üzere bırakmalarını ve varsa diğer hizmetlerden yararlanmalarını üstlenmeyi meslek edinmiş gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder<sup>10</sup>. İşleten, garaj veya otopark olarak kullanılan yerin maliki olabileceği gibi, bir irtifak hakkına veya kira sözleşmesinden doğan alacak hakkına dayanarak da garaj veya otoparkı zilyetliğinde tutuyor olabilir.

Türk Borçlar Kanununun 579. maddesindeki sorumluluğa tabi olmak için garaj veya otopark ruhsatı almış olmak şart değildir. İdari makamlar tarafından izin verilmeden açılmış olan bir müessese Türk Borçlar kanununun 579. maddesi bakımından garaj veya otopark sayılabilir<sup>11</sup>.

## B) Garaj ve Otopark İşleten İle Motorlu Taşıtı Bırakan Arasındaki Hukuki İlişki

Garaj veya otopark işleten ile motorlu taşıtı bırakmak isteyen arasında kural olarak bir sözleşme ilişkisi kurulur<sup>12</sup>. Bu sözleşmeyle garaj veya otopark işleten, belirli

<sup>7</sup> Tiftik, s.221.

<sup>8</sup> İmre, s.211; Tiftik, s.221.

<sup>9</sup> Bu yönde, Y. 7. Hukuk Dairesi 20.11.2007 T., E.2007/4601, K.2007/4310, www.kazanci.com. Aynı yönde, Y. 13. HD. 10.3.2015 T., E. 2015/6703, K. 2015/7310, www.kazanci.com.

<sup>10</sup> Bkz., İmre, s.211; Tiftik, s.220. Kat mülkiyetine tabi bir iş merkezinin garajından çalınan araçtan dolayı iş merkezi yönetimine karşı açılan davada, yönetim kurulunun taraf ehliyeti bulunmadığı, her bir kat maliki aleyhine ve hepsine yönelik olarak açılmasının gerektiği, bu sebeple davanın salt husumet yokluğundan reddi gerektiği yönünde, Y. 11. Hukuk Dairesi 4.6.2001 T., E.2001/2915, K.2001/5039, www.kazanci.com.

<sup>11</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Tandoğan, Haluk, Otelcilerin Mes'uliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1955, Cilt 12, Sayı 3-4, (-s. 201-239), s.208; Doğan, Murat, Konaklayanların Getirdikleri Eşyanın Yok Olması, Zarara Uğraması veya Çalınmasından Otel İşletenin Sorumluluğu, Turizm Sağlık ve Hukuk Sempozyumu, Bildiri Kitapçığı, 3-5 Nisan 2015 Nevşehir, (s.61-83), s.63.

<sup>12</sup> Yargıtay, alış-veriş merkezlerinin garaj veya otoparklarına bırakılan motorlu taşıtlar bakımından, taraflar arasında alış veriş için gelinen alış veriş merkezinin otoparkına araç park edilmesine dair sözleşme bulunduğunu, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kaldığını, bu sebeple otoparkta aracın zarar görmesinden

miktar bir para karşılığında, taşıtını bırakmak isteyen motorlu taşıtını kabul etmek, taşıtın garaj veya otopark alanı içerisinde güvenli bir yere bırakılmasını sağlamak, geri alınmasına kadar gözetim altında tutmak, korumak ve sözleşmenin muhtevasına göre bakım, onarım, yıkama ve benzeri ek hizmetleri sunmak edimlerini üstlenir.

Kanunda düzenlenmediği için isimsiz akit olan, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden unsurlar ihtiva ettiği için karma sözleşmeler arasında yer alan bu sözleşme<sup>13</sup>, işletenin vedia, hizmet, vekalet ve benzeri birden fazla edimine karşılık motorlu taşıtını bırakanın (saklatanın) bir miktar para ödeme borcu altına girmesi sebebiyle kombine sözleşme niteliğini haizdir.

Yargıtay ise garaj veya otopark işleten ile motorlu taşıtını bırakan arasındaki sözleşmenin niteliği konusunda farklı kararları bulunmaktadır. Bu sözleşme, genellikle Yargıtay tarafından Türk Borçlar Kanunu 561. maddesi ve devamında düzenlenmiş bulunan genel saklama sözleşmesi (adi vedia) olarak kabul etmektedir<sup>14</sup>. Nitekim Yargıtay bir kararında, "...Davacıya kasko sigortalı aracın, sigortalı tarafından davalı S.Y.E. tarafından işletilen etrafı briket taşından yapılmış duvarla çevrili açık otoparka bırakıldığı ve park halinde iken diğer davalının sürücüsü olduğu aracın duvara çarpması ve duvarın yıkılması sonucu hasarlandığı tüm dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Olayın oluşuna göre davacının sigortalısı ile davalı S.Y.E. arasında Borçlar Kanunu'nun 463. maddesinde tanımlanan vedia sözleşmesi kurulmuştur. Bu sözleşme ile saklayıcı, saklatınca kendisine bırakılan taşınır bir malı kabul etme ve onu güvenli bir yerde koruma borcu altına girer. Davalı otopark işleticisi, kendisine güvenerek gelen müşterilerini her türlü tehlikeye karşı korumak üzere gerekli önlemlerini almak zorunda olup, bunu yapmadığı takdirde meydana gelen zararlardan sorumludur. Yani davalı otopark işleticisi, üzerine düşen tüm dikkat ve itina'yı gösterse dahi, bu hasarın meydana geleceğini ispat etmediği takdirde meydana gelen zararı ödemekle yüküm-

---

doğan davaların tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bkz., Y. 13. HD. 10.3.2015 T., E. 2015/6703, K. 2015/7310, www.kazanci.com; Y. 13. Hukuk Dairesi T. 16.11.2011, E.2011/8602, K.2011/16658, www.kazanci.com. Ancak, bu kararlarda sorumluluğa hangi hükümlerin uygulanacağı, özellikle TBK m.579 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususuna değinilmemektedir. Buna karşılık bazı kararlarda alışveriş merkezi işleten ile otoparka park ederek alışveriş yapan müşteriler arasında alım satım ve saklama sözleşmelerinin karmaşığı bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğuna hükmetmiştir. Bu yönde bkz., Y. 7. Hukuk Dairesi 20.11.2007 T., E.2007/4601, K.2007/4310, www.kazanci.com.

<sup>13</sup> İmre, s.210; Tiftik, s.220. Alışveriş merkezlerinin otoparkları bakımından, alışveriş ek olarak saklama hizmeti verildiği, satış ile saklama karmaşığı bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu yönünde, Y. 7. Hukuk Dairesi 20.11.2007 T., E.2007/4601, K.2007/4310, www.kazanci.com.

<sup>14</sup> Y. 4. Hukuk Dairesi 15.10.2014 T., E.2014/12307, K.2014/13073, "Davalı işlettiği alışveriş merkezinin otoparkını ücretsiz olarak araç park edilmesine açmış vaziyettedir. Davalı bu şekilde, vedia (emanet) sözleşmesi kurulması için tüm araç sahiplerine icap (öneri) mahiyetinde irade beyan etmiş durumdadır. Davacı aracını getirip otoparka park ettiğinde davalının icabına uygun kabul yönünde irade açıklamasını yapmıştır. Böylece taraflar arasında vedia sözleşmesi kurulmuştur", www.kazanci.com.

lüdür. Somut olayda, otopark sahibi olarak gerekli özen ve dikkati göstererek en ufak bir darbeye bile yıkılacak olan duvar önüne aracı koyması ve duvarın yıkılmaması için gerekli tedbirleri alması gerekirdi. Araçların güvenli bir şekilde muhafazasından sorumlu olduğu gibi, çevresindeki duvarın dayanıklılığında ve sürekli bakımından da sorumludur” denilerek bu husus açıkça ifade edilmiştir<sup>15</sup>.

Yargıtay, alışveriş merkezlerinin otoparklarına bırakılan motorlu taşıtların bakımından, alışverişe ek olarak saklama hizmeti verildiği, satış ile saklama karmaşığı bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğu yönünde kararlar vermiştir<sup>16</sup>.

Yargıtay'ın bazı kararlarında ise Türk Borçlar Kanununun 561. maddesinde (818 sayılı Borçlar Kanununun 463. maddesinde) düzenlenmiş saklama sözleşmesi olduğu, sorumluluğun Türk Borçlar Kanununun 579. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanununun 481. maddesinde) kapsamında ardiyecinin saklama borcuna dayandığı ifade edilmektedir<sup>17</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 579. maddesinde garaj ve otopark işletenlerin sorumluluğu özel olarak düzenlendiği için, bu hüküm tatmin edici bu-

<sup>15</sup> Y. 17. Hukuk Dairesi 29.1.2009 T., E.2008/2296. K.2009/280, www.kazanci.com.

<sup>16</sup> Bu yönde, Y. 7. Hukuk Dairesi 20.11.2007 T., E.2007/4601, K.2007/4310, “Araçın çalındığı otopark yerinin alışveriş merkezini işleten davalı şirket tarafından “C. Açık Otoparkı” olarak levhalarla gösterildiği, araçların park edeceği yerlerin çizgilerle işaretlendiği, güvenlik kameraları ile de izlenen otoparkın güvenliğinin davalı şirket tarafından sağlandığı, idaresinin de davalı şirkete ait olduğu dikkate alındığında davalı şirketin alışveriş için alışveriş merkezine gelecek müşterilerine yapacakları alışveriş karşılığında ek bir hizmet olarak otopark hizmeti de vereceği ve otoparka parkedilecek araçları koruyacağı konusunda güven verdiği, bu yolla müşteri potansiyelini artırmayı amaçladığı kuşkusuzdur. Bu olgu dikkate alındığında alışveriş merkezine gelen ve aracını alışveriş merkezinin eklentisi durumundaki otoparka park ederek alışveriş yapan müşterilerle davalı şirket arasında alım satım ve saklama sözleşmelerinin karmaşığı bir karma sözleşme ilişkisi kurulduğunun, davalı şirketin bu sözleşme gereğince alışveriş merkezine gelerek aracını otoparka parkeden müşterilerinin çıkarlarını koruma yükümünü de üstlendiğinin kabul edilmesi gerekir. Otopark hizmetinin alışveriş merkezine gelecek müşterilere yapacakları alışveriş karşılığı sağlanan ek bir hizmet olduğu gözetildiğinde davalı şirketin otoparkı ayrıca bir ücret alarak işletmemesinin, otoparkın kapalı olmamasının, ya da otoparka müşteriler dışında başka kişilerin de girmesine göz yummasının davada sonuca etkisi bulunmamaktadır”, www.kazanci.com.

<sup>17</sup> 818 sayılı Borçlar Kanununun 481. maddesinin (6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 579. maddesinin) uygulanması gerektiğini kabul eden kararlar için bkz., Y. 11. Hukuk Dairesi 18.1.2007 T., E.2005/13473, K.2007/443, “Davacı vekilinin temyiz istemine gelince, davacının sigortalısı, davalının işlettiği otoparka aracını bırakmış ve araç burada hasara uğramış olup, buna göre sigortalı ile davalı otopark işletmecisi Dilber Bayer arasında BK.nun 463 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan vedia ( saklama ) sözleşmesi ilişkisi kurulmuştur. Bu durumda, anılan davalının sorumluluğunun BK.nun 481. maddesi kapsamında, ardiyecinin saklama borcunu kötü ifa etmiş olmasından kaynaklandığının kabulü ile, bu çerçevede kusur durumunun değerlendirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, somut olaya uymayacak şekilde verilen karar doğru olmamış ve bu nedenle de hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir”, www.kazanci.com; Y. 11. Hukuk Dairesi 20.9.2005 T., E.2004/11048, K.2005/8382, www.kazanci.com.



lunmasa bile pozitif hukuk hükmü olarak uygulanmak zorundadır. Bunu göz ardı ederek genel saklama sözleşmesine (vediaya) ilişkin hükümlerin uygulanması doğru olmaz. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanununun 579. maddesinde garaj ve otopark işletenler bakımından kusursuz sorumluluk hali düzenlemiştir. Bu ilişki temelinde saklama (vedia) sözleşmesine dayansa da, ilave unsurlar taşıması ve sorumluluğun kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiş olması sebebiyle genel saklama (adi vedia) sözleşmesinden ayrılmakta ve öncelikle özel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanununun 579. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Bu sebeple, Yargıtay'ın sadece genel saklama (adi vedia) olarak niteleyerek çözüme kavuşturmaya çalıştığı kararlarda isabet bulunmadığı gibi, Türk Borçlar Kanununun 579. maddesinin uygulanması gerektiğini belirttiği kararlarında ardiyecinin saklama borcuna dayandığı yönünde ifadeler kullanması da yerinde değildir. Çünkü gerek yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununda gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ardiyecinin saklama borcu ile garaj (ve otopark) işletenin sorumluluğu farklı hükümlerde düzenlenmiştir. Sistematik olarak ayrı başlıklar altında Kanunda yer almışlardır<sup>18</sup>.

Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanununun 481. maddesinde umumi ahır ve garaj işletenlerin sorumluluğundan söz edilip otopark işletenlere yer verilmediği için belki otoparklar açısından (adi) vediaya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulabilirdi. Ancak o dönem için dahi otoparkların garajlara olan benzerliği dikkate alındığında, umumi ahır ve garaj işletenlerin sorumluluğuna ilişkin Borçlar kanununun 481. maddesi uygulanması daha uygun olurdu. Bu sebeple bu uygulamanın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde devam etmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

## **II. Garaj veya Otopark İşletenin Motorlu Taşıtı Bırakanın Taşıtına veya Eklentisine Gelen Zarardan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği**

Garaj veya otopark işletenin sorumluluğunun hukuki niteliği hususunda doktrinde hâkim olan görüş, otel işletenin sorumluluğu ile aynı mahiyette olduğu yönündedir<sup>19</sup>. Otel işletenin sorumluluğu hususunda ise kanundan doğan bir sorumluluk olduğu kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Garaj veya otopark işleten ile motorlu taşıtı bırakan arasında sözleşme ilişkisi bulunmakla beraber, taşıta veya eklentilerine gelen zarardan sorumluluk, işletenin sözleşmede ortaya konan iradesinden bağımsız olarak ka-

<sup>18</sup> Türk Borçlar Kanununda ardiye sözleşmesi C. Ardiyeciye bırakma başlığı altında 571-575. Maddeler arasında (818 sayılı Borçlar Kanununda (C) Ardiye Mukavelesi başlığı altında 473-477. Maddeler arasında) hükmeye bağlanmışken, garaj (ve otopark) işletenin sorumluluğu D. Konaklama yeri, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlere bırakma başlığı altında 579. Maddede (818 sayılı Borçlar Kanununda (D) Otelciye Tevdi başlığı altında 481. Maddede) düzenlenmiştir.

<sup>19</sup> Bkz., İmre, 208, 210; Tiftik, s.215, 217.

<sup>20</sup> Bu görüşte, İmre, s.192; Tandoğan, s.207; Tiftik, s.172, 173; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s.1380; Doğan, M., s.64

nundan doğmaktadır<sup>21</sup>. Sorumluluk, işleten ile motorlu taşıtını bırakan arasındaki sözleşmenin bir cüzü veya ferî değildir; bunun sonucu olarak sözleşme taraflardan birinin ehliyetsizliği gibi bir sebeple geçerli olmasa bile, buna dayanılarak garaj veya otoparka bırakılan motorlu taşıt ve eklentilerinin uğradığı zarardan işleten sorumlu olur<sup>22</sup>. Garaj veya otopark işletenin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir<sup>23</sup>.

### III. Garaj veya Otopark İşletenin Motorlu Taşıtını Bırakanın Taşıtına veya Eklentisine Gelen Zarardan Sorumluluğunun Şartları

Garaj veya otopark işletenin sorumluluğunun şartları TBK m.579'da yer almaktadır. Kusursuz sorumluluk halini öngören TBK m.579, "Garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenler, kendilerine bırakılan veya çalışanlarınca kabul edilen hayvan, at arabası, bunlara ait koşum ve benzeri eşya ile motorlu taşıt ve eklentilerinin yok olmasından, zarara uğramasından veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın saklanan veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluktan kurtulurlar. / Ancak, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğu, kendilerine veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, saklananların her biri için alınan günlük saklama ücretinin on katını aşamaz. / İşleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu bu Kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamaz" hükmünü taşımaktadır. Buna göre, sorumluluğun şartları, garaj veya otopark işletenin, bırakılan motorlu taşıt ve eklentilerinin kendisi veya çalışanları tarafından kabulü, bırakılan motorlu taşıt ve eklentisinin yok olması, zarara uğraması veya çalınmasıdır. Görüldüğü gibi, garaj ve otopark işletenin sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun 576. ve devamı maddelerinde düzenlenen otel işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümlerle benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple, otel işletenin sorumluluğuna ilişkin şartlar hemen hemen tamamıyla burada da geçerlidir<sup>24</sup>. Aşağıda bu şartlar ele alınacaktır.

<sup>21</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, İmre, s.192; Tiftik, s.173; Doğan, M., s.64

<sup>22</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Tandoğan, s.207; İmre, s.192-193; Tiftik, s.173; Yavuz, C., s.1380; Doğan, Gül, Otelcilik Sözleşmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, 2006, (s.229-251), s.243; Yavuz, Nihat, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2 (Madde 339-649), Ankara, 2013, s.2967; Doğan, M., s.64

<sup>23</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Tandoğan, s.201; Ayiter, Nuşin, Camping Yeri İşletene Otelcinin Eşyanın Telef, Hasar ve Çalınmasından Mes'uliyeti Esasları Uygulanabilir Mi? Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1968, Cilt 25, Sayı 1-2, (s.145-152), s.145; Tiftik, s.166; Doğan, G., s.243; Doğan, M., s.64; Battal, Ahmet, "Konaklama İşletmelerinin Müşterinin Eşyasına Gelen Zararlardan Sorumluluğu" Gazi Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi, Yıl 2000, S. 3, (s.1-18), s.1, 11. (Ayrıca makale için bkz. <http://w3.gazi.edu.tr/~battal/makale27.htm>)

<sup>24</sup> Benzer yönde, Tiftik, s.219.

### A) Garaj veya Otopark İşletenin, Bırakılan Motorlu Taşıtı ve Eklentilerinin Kendisi veya Çalışanları Tarafından Kabul Edilmiş Olması

Türk Borçlar Kanununun 579. maddesinin uygulanabilmesi için garaj veya otoparkın umuma açık olması gerektiğini yukarıda belirtmişti. Bu özellikleri gereği garaj veya otoparka taşıtını bırakmak için herkes veya belirli şartları taşıyan kişiler başvurabilirler<sup>25</sup>. İşleten, bırakılmak istenen her taşıtı kural olarak kabul etmek zorunda değildir. Eğer taşıtın bırakılması, işleten veya çalışanları tarafından kabul edilmişse, taşıtın park edilebilmesi için yer gösterilmesi gerekir. Taşıtın saklanması ve korunmasına ilaveten bakım, onarım, temizleme gibi hizmetlerin kararlaştırılması da mümkündür. Buna karşılık, bakım onarım, temizleme için bırakılan aracın, kendisine bırakılan tarafından saklanması ve korunması gerekmele beraber, bu durumda artık eser sözleşmesi söz konusu olur ve saklanma ve korunma bu sözleşmenin yan yükümlülükleri arasında yer alır. bundan dolayı da TBK m.579 hükmü uygulanmaz.

Sorumluluğun doğması için, motorlu taşıtı ve eklentisinin işletenin hâkimiyet alanına bırakılmış olması gerekmektedir. Bunun için motorlu taşıtı ve eklentilerinin, işletenin bizzat kendisi veya onun verdiği yetki dâhilinde çalışanları tarafından garaj veya otoparka alınmış olması veya onların gösterdiği yere bırakılmış olması gerekli ve yeterlidir (TBK m.579/1)<sup>26</sup>.

Garaj veya otoparkta çalışan kimsenin, buraya bırakılmış bir motorlu taşıtı park etme amacı dışında kullanması ve kaza ve benzeri sonucu zarar vermesi halinde işleten yine sorumludur. Ancak buradaki sorumluluğu, sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmesinde yararlanılan yardımcı şahsın kusurlu fiilinden kaynaklandığından<sup>27</sup> işleten zararın tamamından sorumlu olur (TBK m.579/2).

Garaj veya otopark hizmeti, kural olarak ücret karşılığı sunulur<sup>28</sup>. İşletenin bir yakınının, arkadaşının veya ekonomik durumu iyi olmayan bir kimsenin taşıtını ücretsiz olarak bırakmasını kabul ettiği hallerde, onlara karşı TBK m.579'a göre kusursuz sorumluluğu olmamalı<sup>29</sup>, bunun hatır ilişkisi olduğu dikkate alınarak ancak kusuru bulunması halinde sorumluluğuna gidilmelidir<sup>30</sup>. Ancak, mesleki faaliyet kapsamında olmasına karşılık taşıtını bırakandan ücret alınmamış olması işletenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> İmre, s.211; Tiftik, s.220-221.

<sup>26</sup> İmre, s.212; Tiftik, s.221.

<sup>27</sup> Buradaki sorumluluğun, sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmesinde yararlanılan yardımcı şahsın fiilinden sorumluluğa dayandığı ve işletenin TBK m. 116 gereği sorumlu olacağı yönünde, İmre, s.212; Tiftik, s.222.

<sup>28</sup> İmre, s.211.

<sup>29</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Tandoğan, s.210; Tiftik, s.178-179; Yavuz, N., s.2969; Doğan, M., s.66.

<sup>30</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Tandoğan, s.210; Doğan, M., s.66

<sup>31</sup> Krş., İmre, s.211.

Taşıtın bırakıldığı sürenin kısa veya uzun olması önem taşımamaktadır<sup>32</sup>. Garaj veya otopark olarak ayrılan yerin herkese açık olması ise TBK m.579'un uygulanabilmesi için şarttır<sup>33</sup>. Bu sebeptendir ki, taşıtın bırakıldığı yer bir binanın belli bir bölümü olup, sadece taşıtını bırakan orayı kullanabiliyor ve anahtar veya benzeri kilit açan araç taşıt bırakan da olduğu için başkaları oraya giremiyorsa, bir kira ilişkisi kurulmuş olur ve TBK m.579'daki hükmün uygulanması söz konusu olmaz<sup>34</sup>. Aynı şekilde, bir şahsın sadece kendi taşıtlarına tahsis ettiği alanın da TBK m.579 anlamında garaj veya otopark olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Motorlu taşıtın bırakıldığını, işletenin hâkimiyet alanına girdirildiğini motorlu taşıtı, üzerinde mülkiyet veya başka bir hakka sahip olduğu için zilyetliğinde tutan kimse ispat etmelidir<sup>35</sup>. Bu konuda kesin delillerle ispat güçlük arzedeceğinden, hayat tecrübelerine, yerel âdete ve iş hayatındaki telakkilere göre taşıtın bırakıldığına delalet eden hususların ortaya konulması ispat için yeterli kabul edilmelidir<sup>36</sup>.

Garaj veya otopark işletenin sorumluluğu, kanundan doğduğu için, taraflar arasında sözleşme yapılmamış olsa veya yapılmış olmakla beraber geçersiz olsa bile doğar. Bunun sonucu olarak, işleten ile taşıtı bırakmak için temasa giren kişinin, bu amaçla taşıtını garaj veya otopark işletenin hâkimiyetine bıraktığı andan taşıtın işletenin hâkimiyet alanından çıktığı zamana kadar devam eder<sup>37</sup>.

## **B) Motorlu Taşıtların ve Eklentilerinin Yok Olması, Zarara Uğraması veya Çalınması**

Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesi, garaj veya otopark işletenin, motorlu taşıtlar ve eklentilerinin yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumlu olduğunu öngörmektedir.

Garaj veya otoparka bırakılabilecek motorlu taşıtlar, karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan makine gücü ile yürütülen, otomobil, minibüs, kamyonet, kamyon, otobüs, motosiklet, çekici ve benzeri araçları ifade eder (Karayolları Trafik Kanunu m.3). Eklenti ise, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır (Türk Medeni Kanunu m.686/2). Motorlu taşıtların eklentisi olarak anahtarları, yedek lastikleri, brandaları, krikoları, araç telefonu, radyo teybi, levheleri sayılabilir.

<sup>32</sup> İmre, s.211; Tiftik, s.220.

<sup>33</sup> İmre, s.211; Tiftik, s.220.

<sup>34</sup> İmre, s.210; Tiftik, s.220.

<sup>35</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, İmre, s.198; Tandoğan, s.218.

<sup>36</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Tandoğan, s.218-219; Tiftik, s.185.

<sup>37</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde bkz., Tandoğan, s.217; Tiftik, s.188.

Yok olma, taşıtın ve eklentilerinin yanma, buharlaşma ve benzeri şekilde varlığının tamamen ortadan kalkmasını ifade eder. Taşıtın ve eklentilerinin zarara uğramasından, kırılması, bozulması, çatlama, renginin solması, çizilmesi ve benzeri şekilde kullanılamaz hale gelmesi veya fonksiyonlarını tamamen veya kısmen yitirmesi yahutta değerinde eksilme meydana gelmesi anlaşılır<sup>38</sup>. Taşıtın ve eklentilerinin çalınması ise, taşıtı bırakanın rızası olmaksızın garaj veya otopark çalışanları veya dışarıdan bir kimse tarafından taşıtın ve eklentilerinin<sup>39</sup>, kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alınıp götürülmesi halinde söz konusu olur<sup>40</sup>. Zararın ve sorumluluğun doğması için garaj veya otopark çalışanlarının veya çaldığı iddia edilen kimselerin ceza yargılamasında mahkûm edilmiş olmaları şart değildir; özellikle delil yetersizliğinden beraat hallerinde hukuk hâkimi bu kararla bağlı olmaksızın kendi değerlendirmesini yaparak karar verir (TBK m.74)<sup>41</sup>.

Garaj veya otoparka bırakılan taşıt ve eklentileri bakımından yok olma, zarara

<sup>38</sup> Garajda park halinde iken meydana gelen su basmasında zarar görmesinden doğan sorumluluğa ilişkin, Y. 11. Hukuk Dairesi 14.5.2001 T., E.2001/2173, K.2001/4218, www.kazanci.com.

<sup>39</sup> Y. 11. Hukuk Dairesi 29.5.2003 T., E.2003/243, K.2003/5714, “Dava, araçla ilgili hırsızlıktan doğan zarara dayalı yapılan sigorta ödemesinin rücu yoluyla tahsili istemine ilişkindir. Davalıya ait otoparktaki kulübeden davaya konu aracın sadece kontak anahtarının çalındığı çekişmesizdir. Doğrudan zarar bu kaleme ilişkindir. Ancak, araç kontak anahtarının hırsızlanması, doğal olarak aracın kilit sisteminin güvenlik görevini yitirmesi sonucunu doğuracağından, araca ait bu sistemin eski güvenli haline getirilmesi için yapılması gereken giderlerden davalı otopark sahibinin sorumlu olacağı açıktır”, kazanci.com.

<sup>40</sup> Y. 13. Hukuk Dairesi 21.11.2007 T., E.2007/8771, K 2007/13942, www.kazanci.com.

<sup>41</sup> Y. 17. Hukuk Dairesi 17.5.2007 T., E.2007/1260, K.2007/1692, “Davacı sigorta şirketinin sigortalı tarafından aracını Çiçek Otoparkına para karşılığı bıraktığı, anahtarı da bekçi F. İ. 'ye teslim etmekle, taraflar arasında Borçlar Kanunu'nun 463. maddesinde tanımlanan vedia sözleşmesi kurulmuştur. Sözleşmeyle, saklayıcı, kendisine bırakılan taşınır bir malı kabul etme ve onu güvenli bir yerde koruma borcu altına girer. Saklayıcı kendisine bırakılan taşınır bir malı kabul etme ve onu güvenli bir yerde koruma borcu altına girer. Saklayıcı sözleşmenin kendisine yüklediği güven ve özenle koruma borcuna aykırı davranması nedeniyle oluşan zarardan sorumludur. Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi gereğince, başkalarını çalıştıran (istihdam eden) kimse, bu kişilerin hizmetleri sırasında yaptıkları zararlardan sorumludur. Somut olayda; otopark bekçisi F.İ., olaya müteakip karakolda alınan ifadesinde, sigortalı tarafından otoparka getirilen aracın kapıları kapatıldıktan sonra anahtarın kendisine teslim edildiğini, aradan yarım saat geçtikten sonra sakallı, uzun boylu bir şahıs gelerek aracın anahtarını istediğini, anahtarı verdiğini, aracı alıp gittiğini beyan etmiştir. Her ne kadar 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2003/954 Esas, 2004/2695 Karar sayılı kararı ile davalılar hakkında emniyeti suiistimal suçundan kamu davası açılmış olup, delil yetersizliğinden beraat kararı verilmiş ise de, Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlamaz. Ancak ceza mahkemesinde belirlenen maddi olguların hukuk hâkimini bağlayacağı kuşkusuzdur. Davalıların ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden beraat etmiş olmaları hukuki sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Davalı gece bekçisi F.İ. karakoldaki ifadesinde aracı ve anahtarını teslim aldığını beyan etmiştir. O halde, aracın para karşılığı otoparkta kalması için teslim alındığının kabulü gerekir. Teslim alan aynı zamanda, aracın başkaları tarafından götürülmemesi veya çalınmaması için her türlü tedbiri almak zorundadır. Bu hale göre, davalıların doğan zarardan sorumlu tutulmaları gerekirken farklı düşünce ile yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru değildir”, www.kazanci.com.

uğrama ve çalınma hallerinden herhangi birinin meydana gelmesi halinde sorumluluk şartı gerçekleşmiş olur. İşletenin sorumluluğu, taşıtın ve eklentilerin kendisine verilen maddi zararları kapsar<sup>42</sup>; bu kapsamda manevi tazminat istenemez<sup>43</sup>.

Garaj veya otopark işleten, motorlu taşıta ve eklentilerine verilen zarardan sorumludur. Motorlu taşıtın içinde bulunan ve eklenti niteliği taşımayan eşyaların zarar uğramasından sorumluluk, TBK m.579'a göre değil, genel esaslara göredir (TBK m.112 vd.; m.561 vd.; TMK m.2) <sup>44</sup>. İşletenin kusuru varsa sorumlu tutulabilir.

Yok olan, zarara uğrayan veya çalınan taşıt ve eklentilerinin garaj veya otoparka bırakanın mülkiyetinde olması şart olmayıp, başkasına ait olsa bile onun tarafından garaj veya otoparka bırakılmış olması yeterlidir<sup>45</sup>. Bunun sonucu olarak, başkasına da ait olsa, taşıt ve eklentilerinin uğradığı zarardan dolayı (TBK m. 579 çerçevesince) tazminat talep hakkı sadece bırakana aittir<sup>46</sup>. Taşıt ve eklentilerinin sahibinin mülkiyet hakkına dayanan tazminat talebi genel hükümlere tabidir.

#### IV. Garaj veya Otopark İşletenin Motorlu Taşıt Bırakanın Taşıt veya Eklentilerine Gelen Zarardan Sorumluluğunu Sınırlayan veya Ortadan Kaldıran Durumlar

Garaj ve otopark işletenin motorlu taşıtını bırakanın taşıtına ve eklentilerine

<sup>42</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Tandoğan, s.219; Becker, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri (çev. A. Sua Dura), Ankara, 1993, s.1016; Tiftik, s.191; Doğan, M., s.69.

<sup>43</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Battal, s.8; Doğan, M., s.69.

<sup>44</sup> İmre, s.212; Tiftik, s.222; Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 29.12.2009 T., E.2009/308, K.2009/573, "...davacının davalıya ait park yeri olarak çevrili alana aracını park ettiği ve araç içerisinde dizüstü bilgisayarının araç camları kırılarak çalındığı anlaşılmıştır. Davacı taraf davalıya ait otoparka girdiği andan itibaren taraflar arasında sözleşmenin yan edimi yükümlülüklerinden olan koruma yükümlülüğünün başladığı kuşkusuzdur. Bu halde davalı taraf, gelen müşterinin güvenliğini korumakla yükümlü olup, gerekli güvenlik tedbirlerini almak zorundadır. Örneğin: Park alanının çok geniş ve büyük olması nedeni ile müşterinin aracını güvenliğinin daha rahat sağlanabilecek noktalara park etmesi temin edilebilir. Aynı şekilde tesisin bulunduğu bölge itibarı ile yeteri kadar güvenlik elemanı bulundurulabilir veya güvenlik kamerası vb. önlemler alınabilir ya da park alanını çevreleyen tel veya çit benzeri şeyler daha güvenli korunaklı ve sağlam yapılabilir. Bu olayda olduğu üzere davalı tarafın hırsızlık sebebiyle sorumluluk kabul edilmez vb. uyarılar yapması sonucu değiştirmez, davalı güvenliği sağlayamıyorsa gerektiğinde park alanını tümüyle kapatmalıdır. Tacir olan davalı TTK. 20/2 md uyarınca bütün faaliyetlerinde basiretli davranmak zorundadır. Bu sebeple meydana gelen zarardan davalı taraf akdi sorumluluk hükümlerine göre (BK. m. 96 vd.) sorumludur. (13 HD. 31.3.2006, 15654/4848 Sayılı emsal karar)". Bu karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 29.9.2010 tarih, 2010/2762 esas, 2010/12361 karar sayılı kararıyla onanmıştır. Bkz., www.kazanci.com. Aynı yönde, Y. 13. Hukuk Dairesi 24.12.2012 T., E.2012/18844, K.2012/20850, www.kazanci.com; Y. Hukuk Genel Kurulu 8.5.2013 T., E.2012/13-1510, K.2013/633, www.kazanci.com.

<sup>45</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, İmre, s.199.

<sup>46</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Sekizinci Cilt, Ankara, 2010., s.9367.

gelen zarardan sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bazı hallerde bu sorumluluğun sınırlandırılması bazı hallerde ise tamamen kaldırılması yönünde hükümlere de yer verilmiştir.

Sorumluluğun sınırlanması, bırakılan taşıtın değeri ne olursa olsun, tazminatın alınan günlük saklama ücretinin on katını aşamayacağı öngörülerek yapılmıştır (TBK m. 579/2).

Garaj veya otopark işletenin sorumluluğunu ortadan kaldıran haller ise, zararın öğrenilir öğrenilmez işletene bildirilmemesi, zararın bizzat saklatana (taşıtı bırakana) veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan kaynaklanması, zararın mücbir sebepten doğması, zararın eşyanın niteliğinden doğması ve sorumsuzluk anlaşması yapılmış olmasıdır.

## **A) Garaj veya Otopark İşletenin Motorlu Taşıtı Bırakanın Taşıtına veya Eklentilerine Gelen Zarardan Sorumluluğunun Sınırlanması**

### **1. Kusursuz Sorumluluğun Miktar İtibarıyla Sınırlanması**

Garaj veya otopark işleten, motorlu taşıtı bırakanın taşıtına ve eklentilerine ilişkin zararı, bunların değerini geçmemek üzere tazmin etmek zorundadır. Buna ilaveten, Türk Hukukunda, motorlu taşıt ve eklentilerinin değeri ne olursa olsun, işletenin kusursuz sorumluluğu miktar itibarıyla üst sınır getirilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesinin 2. fıkrasında, "Ancak, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğu, kendilerine veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, saklananların her biri için alınan günlük saklama ücretinin on katını aşamaz" denilmek suretiyle üst sınırın, taşıtı bırakanın (saklatanın) motorlu taşıt ve eklentilerinin değerine değil, günlük saklama ücretine göre belirlenmesi hükme bağlanmıştır. Böylelikle, önceki Kanunda olduğu gibi maktu bir miktar belirlenmesinden yerinde olarak vazgeçilmiştir.

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu, otel işletenin 100 liraya kadar sorumlu olacağını öngörmekteydi (818 sayılı BK m.481/c.2). Oysa paranın değer kaybına uğraması karşısında böyle maktu bir miktar zararın hakkaniyete uygun tazminine uygun düşmemekteydi<sup>47</sup>. Çünkü enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde günlük saklama ücretinin 1.000 veya 10.000 TL olduğu bir dönemde dahi sorumluluk sınırı 100 TL olmaktadır. Yürürlükte olduğu dönemde çok eleştirilen ve mutlaka artırılması gerektiği ileri sürülen<sup>48</sup> 100 TL sınırı yerine garaj veya otopark işletenin

<sup>47</sup> Gereğince, "Maddenin ikinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 481 inci maddesinden farklı olarak, kusursuz sorumluluk miktarının, her bir saklanan için, günlük saklama ücretinin on katını aşamayacağı belirtilmiştir. Böylece, parasal değerlerdeki değişimler karşısında hükmün güncel durumda kalması amaçlanmıştır" denilerek bu husus vurgulanmıştır.

<sup>48</sup> Bkz., İmre, s.210; Tandoğan, s.239. İmre, mahkemelerin 100 TL'lik sınırlamayı dikkate almadık-

“günlük saklama ücretinin on katına” kadar sorumlu tutulması, yetersiz olmakla beraber<sup>49</sup>, sosyal ve ekonomik hayatta, özellikle paranın değerinde meydana gelecek değişimlere karşı kanunun güncelliğini korumasını sağlayacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği “günlük konaklama ücretinin on katı” ölçüsünün de yeterli olmadığı kanaatindeyiz<sup>50</sup>. Şöyle ki, bugün kullanılmakta olan motorlu taşıtlar ve eklentileri garaj veya otopark ücretiyle kıyaslanamayacak derecede yüksektir. Örneğin, 2015 model en ucuz otomobiller bile 25.000 TL'den başlayan fiyatlardan satılmaktadır<sup>51</sup>. Garaj veya otoparkların günlük saklama ücretleri ise, günlük 5 ile 50 TL civarındadır. Bu durumda, en ucuzundan da olsa 2015 model bir otomobilin yok olması veya çalınmasında günlük saklama ücretinin en yüksekinden hesaplansa dahi on katı 500 TL edeceği için motorlu taşıtı bırakanın zararını karşılaması mümkün olmaz. Bu sebeple, günlük saklama ücretinin belirli bir katına kadar alt ve üst sınırlar belirlenerek hâkime zararı dikkate alarak tazminatı belirleme konusunda takdir yetkisi verilmesi daha uygun olurdu<sup>52</sup>. Örneğin, günlük saklama ücretinin beş katından az, yüz katından fazla olmamak üzere taşıtın ve eklentilerinin değerini, meydana gelen zararın tutarını dikkate alarak sorumluluk miktarını belirleme yetkisi verilebilirdi.

Motorlu taşıt bırakanın taşıtının garaj veya otoparkta kaldığı süre içerisinde zarara yol açan birden fazla olay olmuşsa, her biri için “günlük saklama ücretinin on katına” kadar sorumluluk söz konusu olur<sup>53</sup>.

Garaj veya otopark hizmetinin mesleki faaliyet kapsamında olmasına karşılık taşıtını bırakandan ücret alınmamış olması işletenenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>54</sup>. Fakat kanun tazminatın miktarının günlük saklama ücretinin on katını aşmamak üzere belirleneceğini öngördüğünden, ücretsiz hizmet verilen durumlarda tazminatın miktarını belirlemek güçlük arzeder. Bu düzenlemeyle, kanun koyucu tazminat bakımından üst sınır getirmek istemiş olup, sadece ücretli hizmet verilen garaj veya otopark hizmeti verilenlerde tazminat hakkı tanıma gibi bir amacı bulun-

---

larını, böylece hükmün zayıf tarafının bertaraf edildiğini, ancak kanunun açık hükmüne aykırı hareket etmenin tasvip edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz., İmre, s.210. Aynı yönde, Tiftik, s.217, 218. Kanundaki miktar sınırlaması dikkate alınmaksızın verilmiş kararlara örnek olarak bkz., Y. 17. Hukuk Dairesi 16.9.2008 T., E.2008/2403, K.2008/4088, www.kazanci.com; Y. 17. Hukuk Dairesi T. 17.6.2008 T., E.2008/940, K.2008/3317, www.kazanci.com.

<sup>49</sup> Garaj ve otopark günlük ücretlerine oranlı bir miktarın belirlenmesinin daha isabetli olduğu, ancak bu tutarların da tatmin edici olmaktan uzak olduğu yönünde, Tiftik, s.219.

<sup>50</sup> Aynı görüşte, s. Tiftik, s.219.

<sup>51</sup> <http://www.sabah.com.tr/galeri/otomobil/yilin-en-ucuz-otomobilleri/8>. Erişim tarihi: 22.11.2015

<sup>52</sup> Benzer yönde, Tiftik, s.219.

<sup>53</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Tandoğan, s.228; Tiftik, s.206; Doğan, M., s.71.

<sup>54</sup> Krş., İmre, s.211.



mamaktadır. Bu sebeple, hizmetinin mesleki faaliyet kapsamında ama ücretsiz verildiği durumlarda, emsal garaj ve otopark ücretleri araştırılarak belirlenecek ücretin on katını aşmayacak şekilde tazminata hükmedilmelidir.

## **2. Motorlu Taşıtta Bulunan ve Eklenti Niteliği Taşımayan Eşya Bakımından Sorumluluğun Sınırlanması**

Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesinde garaj veya otopark işletenin kusur-suz sorumluluğunu saklanmak üzere bırakılan motorlu taşıt ve eklentileri ile sınırlanmıştır. Bunlar dışında, taşıtı bırakana ait eşyaların motorlu taşıtta bulunması sebebiyle yok olması, zarara uğraması veya çalınması halinde, işleten özel olarak bunların saklanmasını da üstlenmedikçe, bunlardan TBK m.579'a göre sorumlu tutulamaz. İşleten ancak kendisinin veya çalışanlarının kusuru hâlinde sorumlu genel hükümlere göre sorumlu olur. Garaj veya otopark işletenin bunların da saklanması talebini kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

## **B) Garaj veya Otopark İşletenin Motorlu Taşıt Bırakanın Taşıta veya Eklentilerine Gelen Zarardan Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Durumlar**

### **1. Zararın Öğrenilir Öğrenilmez İşletene Bildirilmemesi Sebebiyle Sorumluluğun Ortadan Kalkması**

Otel işletenin sorumluluğu bakımından öngörülen, konaklayanın zararını öğrenir öğrenmez, gecikmeksizin işletene bildirmesi gerekliliğine ilişkin kural, her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemişse de, işin mahiyeti gereği garaj veya otopark işletenin sorumluluğu bakımından da geçerlidir<sup>55</sup>. Bu husus otel işleten bakımından TBK m.578'de, "Konaklayan zararını öğrenir öğrenmez işletene bildirmezse, istem hakkını kaybeder" hükmüyle düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, bu hükümle zarara yol açan olaya ilişkin delillerin kaybolmadan toplanabilmesini, suçluların yakalanabilmesi ve zararın artmasının önlenmesi bakımından gerekli tedbirlerin vakit geçirilmeksizin alınabilmesi için öğrenir öğrenmez bildirim külfeti getirmiştir<sup>56</sup>. Konaklayan (saklatan/motorlu taşıtını bırakan) bakımından zararın bildirimini bir külfettir; yerine getirilmemesi tazminat talebini kaybetme sonucu doğurur<sup>57</sup>.

Konaklayan açısından getirilmiş bu hükümler çerçevesince motorlu taşıtını bira-

<sup>55</sup> İmre, s.213; Tiftik, s.222.

<sup>56</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Battal, s.8; Becker, s.1026; İmre, s.207; Tandoğan, s.226; Tiftik, s.202; Yavuz, N., s.2979; Doğan, M., s.76.

<sup>57</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Doğan, G., s.247; Doğan, M., s.76.

kan da zararını öğrenir öğrenmez bildirimde bulunmalıdır (kıyasen TBK m.578/1). Burada zararın öğrenilmesinden kasıt, eşyanın yok olduğunun, çalındığının veya kırma, çizme, çatlatma ve benzeri bir fiil veya olay sonucu değerinde eksilme meydana geldiğinin öğrenilmesidir. Kanunda, “öğrenir öğrenmez” denilerek vakit geçirilmeksizin, dürüstlük kuralına göre en kısa sürede bildirim yapılması ifade edilmeye çalışılmıştır. Bildirimin gecikmesinde motorlu taşıtını bırakanın kusuru yoksa bildirim vaktinde yapılmış sayılmalıdır<sup>58</sup>.

Motorlu taşıtı bırakan, bildiriimi zamanında yapmamışsa, TBK m.579'a dayanan talep hakkını kaybeder<sup>59</sup>. Bununla birlikte, TBK 49. madde ve devamına, 112. madde ve devamına göre genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edebilir<sup>60</sup>.

## **2. Zararın Bizzat Saklatana veya Ziyaretçisi ya da Beraberinde veya Hizmetinde Bulunan Kimseye Yükletilebilecek Kusurdan Kaynaklanması Sebebiyle Sorumluluğun Ortadan Kalkması**

Zararın bizzat motorlu taşıtı bırakana (saklatana) veya onun ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan kaynaklanması garaj veya otopark işletenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Gerçekten kimsenin kusuruna dayanarak hak kazanamaması temel bir hukuk ilkesidir. Motorlu taşıtı bırakanın (saklatanın) kendisinin veya yanındakilerin kusurundan doğan zarara katlanması adalete de daha uygundur<sup>61</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesinin 1. fıkrasında, “...işletenler, zararın saklatan veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, ... doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar” hükmüyle bu husus öngörülmüştür.

Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesinde açıkça kusurdan söz edilmiş, garaj veya otopark işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için “zararın saklatan veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, ... doğduğunu ispat” etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Kusurun türü veya derecesi üzerinde durulmamıştır. Bu sebeple, her türlü kusur, ister kasıt ister ihmal olsun işletenin sorumluluğunu ortadan kaldırır. Öte yandan, kendisine kusur isnat edilenin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.

Motorlu taşıtı bırakanın, taşıtı kilitlememiş olması, anahtarını üzerinde unutmuş olması, taşıtı çalışır vaziyette bırakarak gitmiş olması, garaj veya otoparkı iş-

<sup>58</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Doğan, M., s.76.

<sup>59</sup> Tiftik, s.222.

<sup>60</sup> Tiftik, s.222.

<sup>61</sup> Otel işleten bakımından aynı yönde, İmre, s.204; Doğan, M., s.76-77.

letenin çalışanı olmayan bir kimseye park etmesi için taşıtı teslim etmiş olması<sup>62</sup> gibi davranışlar kusur olarak kabul edilebilir. Buna karşılık, bırakılan motorlu taşıtın, üçüncü kişiler tarafından değil de, taşıtı park etmesi, bakım ve onarımını yapması, temizlemesi için anahtarının kendisine bırakıldığı garaj veya otopark çalışanı tarafından çalınması halinde, bu durum işletenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir kusur olarak kabul edilemez<sup>63</sup>. Motorlu taşıtı bırakanın (saklatanın) veya ziyaretçilerinin veya beraberindekilerin kusuru zararın meydana gelmesine yol açan tek sebep olmayıp, başka sebeplerle birleştiği için zarar doğmuşsa veya sadece zararın artmasına yol açmışsa, garaj veya otopark işleten sorumluluktan tamamen kurtulamaz, ama motorlu taşıtı bırakanın ve diğerlerinin kusurunu tazminattan indirim sebebi olarak ileri sürebilir<sup>64</sup>. Eğer garaj veya otopark işletenin veya çalışanlarının da kusuru varsa, bu kusur saklatanın kusurunu o oranda izale eder ve tazminatın buna göre belirlenmesine yol açar<sup>65</sup>.

Kusurlarıyla zarar sebebiyet vererek garaj veya otopark işletenin kusursuz so-

<sup>62</sup> Y. 13. Hukuk Dairesi 26.9.2000 T., E.2000/6645, K.2000/7397, "...Davalı , davacının aracın anahtarını işletmede görevli olmayan ve araç kullanmasını da bilmeyen bir çocuğa verip park etmesini ısrarla istediğini, aracın onun tarafından park edilmek istenirken ön taraftaki kablo bobinine çarpma sonucu hasar gördüğünü, kendi kusurunun bulunmadığını, çarpan kişinin istihdam edilen biri olmadığını, kusursuz sorumluluk koşullarının da bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, her ne kadar çarpma olayı davalının çalıştırdığı lokantanın otoparkında meydana gelmiş ise de, davacının anahtar verdiği kişinin orada çalışmadığı, esasen lokantada çalışanların park işiyle görevli olmadıkları, bunun davalı tarafından yasaklanmış olduğu, zararın davacı temsilcisinin kusurundan kaynaklandığı, davalının bir eylemi ve kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir", www.kazanci.com. Yargıtay, bu olayda taşıtın park edilmesi için verildiği kimsenin otopark işletenin çalışanı olup olmadığı hususunda her iki tarafın tanıkları kendi iddialarını teyit eden beyanda bulunduğundan ispat edilmediği, karakol tutanaklarının istenerek incelenmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

<sup>63</sup> Y. 11. Hukuk Dairesi 15.1.2001 T., E.2000/9278, K.2001/30, "Dava, davalının tek el olarak işlettiği otopark alanına bırakılan aracın, davalının elemanı tarafından alınarak kaza yapmak suretiyle zararlandırılması nedeniyle açılmış tazminat davasıdır. Mahkemece, otopark fişindeki sorumsuzluk kaydına dayanılarak dava reddedilmiştir. Dosyada bulunan otopark fişindeki kayda göre; "Araçta olabilecek zarardan İzelman sorumlu tutulamaz". Bu kayıt otoparktaki araca 3. şahıslar tarafından verilecek zararlardan otopark işleticisinin sorumlu tutulamayacağına yöneliktir. O halde, davalı İzelman BK.nun 100/1. maddesi gereğince meydana gelen zarardan sorumludur. Öte yandan, davalı vekili, müvekkilince işletilen otopark alanının görevlisine hiçbir biçimde anahtar teslimi yapılmadığını ve bu konuda gerekli yerlere uyarı levhalarının asıldığını, buna rağmen görevliye aracın anahtarını bırakan davacının da olayda kusuru olduğunu savunmuştur. Mahkemece, davalının bu savunması üzerinde de durulmaksızın karar verilmiştir", www.kazanci.com. Anahtarın çalışanlara bırakılmaması konusunda uyarı levhası olmakla beraber otoparktaki sıkışıklık sebebiyle çalışan tarafından alındığı ve sonrasında taşıtın çalındığı veya zarara uğratıldığı ispatlanabilirse işletenin sorumlu olacağı yönünde, Y. 11. Hukuk Dairesi 28.2.2000 T., E.2000/639, K.2000/1570, www.kazanci.com.

<sup>64</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde bkz., Tandoğan, s.221; Tiftik, s.196; Doğan, M., s.77.

<sup>65</sup> Krş., Tandoğan, s.222; Becker, s.1019.

rumluluğunu sona erdirecek kimseler, saklatanın kendisi veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseler olarak sıralanmıştır. Motorlu taşıt bırakanı (saklatanı) ziyarete gelenler, onun isteği veya rızasıyla geçici olarak onunla görüşmeye, sohbet etmeye veya bir eşya veya parayı teslim etmeye gelenlerdir<sup>66</sup>. Saklatanın isteği ve rızası dışından kendiliğinden gelenler veya garaj veya otopark işleten tarafından gönderilenler bu kapsama girmez<sup>67</sup>. Saklatanın beraberinde bulunanlar, garaj veya otoparka birlikte geldiği aile üyeleri veya arkadaşlarını ifade eder. Hizmetinde bulunan kimseler ise, ücretli veya ücretsiz olarak saklatanın işlerini görmek amacıyla yanında bulunanları, özellikle hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı şoförü gibi kişileri kapsar<sup>68</sup>.

Garaj veya otopark çalışanları gibi motorlu taşıt bırakan diğer müşterilerin vereceği zararlardan veya taşıtı çalmasından da garaj veya otopark işleten sorumludur<sup>69</sup>. Ancak bu gibi durumlarda, zarar gören, Türk Borçlar Kanununun 579. maddesi yerine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 104. maddesine dayanarak da talepte bulunabilir<sup>70</sup>. Karayolları Trafik Kanunu'nun 104. maddesinde, "Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibi, gözetim, onarım, bakım, alım-satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan dolayı, işleten gibi sorumlu

<sup>66</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde bkz., İmre, s.203; Tandoğan, s.222; Tiftik, s.196; Doğan, M., s.78.

<sup>67</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde bkz., Becker, s.1019; İmre, s.203; Tandoğan, s.222; Tiftik, s.196; Doğan, M., s.78

<sup>68</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde bkz., Doğan, M., s.78

<sup>69</sup> Y. 11. Hukuk Dairesi 19.10.2006 T., E.2005/9334, K.2006/10612, www.kazanci.com.

<sup>70</sup> Y. 11. Hukuk Dairesi 26.10.2005 T., E.2004/12776, K.2005/10325, "Somut olayda, trafik kaza tespit tutanağı düzenlenmemiş, sigorta ettirenin ve davalılardan otopark işletmesinin elemanı diğer davalı Salih'in polise verdikleri beyanlara göre, diğer davalı mümeyyiz Guçi Ltd.Şti.nin aracının, otoparka yıkanmak üzere verildiği, 1 saat sonra aracın alınmak üzere gelindiğinden önce, yıkama yerinden Salih tarafından aracın geriye doğru çıkarılması sırasında, kaskolu araca çarpıldığı anlaşılmakta olup, mümeyyiz davalı, işleten sıfatının otoparka geçtiğini savunmuş, davacı taraf ise, kısa süreli teslimler ile egemenliğin otoparka geçmeyeceğini ileri sürmüştü, mahkeme ise bu noktayı tartışmasız bırakmıştır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 104/1 nci maddesinde "Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibi, gözetim, onarım, bakım, alım-satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan dolayı, işleten gibi sorumlu tutulur." hükmüne yer verilmiştir. Bu madde uyarınca, otoparkın gerçek işleten malik yerine, farazi işleten olarak sorumlu tutulabilmesi için, araç üzerindeki eylemsel egemenliğin kesin biçimde bu yere geçtiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bunun için de, bu hükümlerde aranan koşulların, somut olay bakımından irdelenmesi zorunludur. Aracın, sorumsuz ellere geçmesini önleyebilecek şekilde az veya çok organize olmuş bir teşebbüse, uzun süreli bırakılmış olması gibi, önceden sıralanıp sayılması mümkün olmayan ancak sonuca etkili olabilecek nitelikte olgu veya olguların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulmalı ve bu madde koşullarının oluştuğuna kesin kanaat getirilmelidir", www.kazanci.com. Benzer yönde, Y. 11. Hukuk Dairesi 3.5.1999 T., E.1999/1610, K.1999/3486, www.kazanci.com.

tutulur” hükmüyle mesleki faaliyet olarak otopark işletmeciliği yapanlar farazi işleten olarak kendilerine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulmuşlardır. Bu durumda iki ayrı hüküm yarışma halindedir.

Garaj veya otopark işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için “zararın saklatan veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, ... doğduğunu ispat” etmesi gerekmektedir. İspat her türlü delille gerçekleştirilebilir.

### 3. Zararın Mücbir Sebepden Doğması Sebebiyle Sorumluluğun Ortadan Kalkması

Garaj veya otopark işletenin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıran diğer bir hal, zararın doğumuna mücbir sebep olarak nitelenebilecek bir olayın yol açmasıdır. Nitekim Kanun’da, “...işletenler, zararın ...mücbir sebepten ... doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar” denilerek bu husus hükme bağlanmıştır (TBK m.579/1 c.2).

Bugün doktrinde hâkim olan ve uygulamada kabul gören objektif teoriye göre mücbir sebep, “sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır”<sup>71</sup>. Garaj veya otopark işleten bakımından deprem, yıldırım düşmesi, aşırı fırtına veya kasırga, sel baskını<sup>72</sup>, çığ düşmesi, savaş hali gibi olağanüstü olaylar birer mücbir sebep olarak ortaya çıkabilir<sup>73</sup>. Yangın ise, yıldırım düşmesi veya garaj ve otopark dışında doğan bir sebeple çıkmışsa mücbir sebep olarak kabul edilebilir<sup>74</sup>. Buna karşılık, garaj veya otoparkta doğalgazdan veya elektrik kontağından veya bir çalışanın veya taşıtını bırakanın tedbirsizliği sonucu çıkacak bir yangın garaj veya otopark işletenin sorumluluğunu kaldırmaz<sup>75</sup>. Hırsızlık olayları da öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olay niteliği bulunmadığından mücbir sebep olarak nitelenemez<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2014, s.557; Tiftik, s.197; Doğan, M., s.78-79.

<sup>72</sup> Su baskınının mücbir sebep kabul edilmediği bir karar için bkz., Y. 11. Hukuk Dairesi 14.5.2001 T., E.2001/2173, K.2001/4218, www.kazanci.com

<sup>73</sup> Örnekler için bkz., Tandoğan, s.223-224; İmre, s.206; Eren, s.558; Tiftik, s.198; Doğan, M., s.79.

<sup>74</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde, İmre, s.206; Tandoğan, s.223; Tiftik, s.198; Yavuz, N., s.2972; Doğan, M., s.79.

<sup>75</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde bkz., Becker, s.1022; İmre, s.206; Tandoğan, s.224; Tiftik, s.198; Yavuz, N., s.2971; Doğan, M., s.79.

<sup>76</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde, Becker, s.1021; İmre, s.206; Tandoğan, s.224; Tiftik, s.198; Uygur, s.9370; Yavuz, N., s.2972; Doğan, M., s.79.

Zararın sebebinin belirlenemediği hallerde de garaj veya otopark işleten mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulamaz<sup>77</sup>.

#### 4. Zararın Eşyanın Niteliğinden Doğması Sebebiyle Sorumluluğun Ortadan Kalkması

Saklatanın bıraktığı motorlu taşıt veya eklentilerinin yok olması veya zarara uğraması onun niteliğinden kaynaklanmışsa, işleten yine sorumluluktan kurtulabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesinin 1. fıkrasında, "...işletenler, zararın ... eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar" hükmüne yer verilerek işletene sorumluluktan bu sebeple kurtuluş imkanı tanımıştır.

Zarara eşyanın niteliğinin yol açmasına örnek olarak, lastikleri fazla aşınmış olan motorlu taşıtın park edilirken bu sebepten dolayı kayarak bir yere çarpmış olması, boyasının niteliğinden dolayı güneş ışınlarından olumsuz etkilenen motorlu taşıtın gündüzleri hep aynı açık otoparkta kalmasına bağlı olarak boyasında bozulmalar meydana gelmesi, kapalı garaj veya otoparklara bırakılması sakıncalı olan lpg'li motorlu taşıtın burada lpg'den kaynaklanan sebeple yanması gösterilebilir.

Zarar taşıtın ve eklentilerinin garaj veya otoparka getirildiğinde de ayıplı olmasından doğmuşsa bundan da işleten sorumlu olmaz<sup>78</sup>. Örneğin, lpg sisteminde kaçak bulunan taşıtın garajda çalıştırılması sırasında lpg'nin patlaması sonucu yanmasında böyledir.

Saklatana ait bir eşyanın onun taşıtına veya eklentilerine zarar vermesi halinde de zarara motorlu taşıtı bırakan katlanır. Örneğin, motorlu taşıtta bulunan cam şişedeki içeceğin, otoparkta şişenin güneş ışınları altında patlaması sonucu taşıtın zarar görmesinde böyledir.

#### 5. Sorumsuzluk Anlaşması Sebebiyle Sorumluluğun Ortadan Kalkması

Garaj ve otopark işletenin sorumluluğunu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesi emredici nitelikte değildir. Bu yüzden aksine anlaşma yapılarak işletenin sorumluluğu ağırlaştırılabileceği gibi hafifletilmesi veya tamamen kaldırılması da mümkündür<sup>79</sup>.

Garaj veya otopark işleten ile motorlu taşıtı bırakan arasında yapılacak olan so-

<sup>77</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde, Tandoğan, s.224; Tiftik, s.198; Doğan, M., s.79.

<sup>78</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından benzer yönde bkz., Tandoğan, s.224-225; Doğan, M., s.80.

<sup>79</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde bkz., İmre, s.207; Tandoğan, s.225; Tiftik, s.199; Uygur, s.9370, 9377; Yavuz, N., s.2973; Doğan, M., s.80.

rumsuzluk anlaşmasının geçerli olabilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 115 ve 116. maddeleri ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesine ve Türk Borçlar Kanunu'nun 20. ve devamı maddelerinde yer alan genel işlem şartlarına uygun olması gerekir<sup>80</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesine göre, garaj veya otopark işletenin saklatan ile kast veya ağır ihmalden sorumlu olmayacağına dair yaptığı anlaşma geçersizdir. Hafif ihmalden sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmalar ise geçerli olur.

TBK m.116'ya göre, "Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. / Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür". Garaj veya otopark işletenin, çalıştırdığı kişilerin garaj ve otopark hizmetleri verilmesi sırasında vereceği zararlardan sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar geçerli olur ve işletenin sorumluluğunu ortadan kaldırır.

Garaj veya otopark işletenin, önceden kendisi tarafından hazırlanmış saklama sözleşmesine sorumsuzluğa ilişkin kayıt koyması halinde, bu kayıtlar haksız şart niteliği taşıyacağından geçersiz olur (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.5)<sup>81</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesinin 3. fıkrasında işletenin tek taraflı yapacağı ilanlarla saklatan açıkça kabul etmedikçe sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmiştir<sup>82</sup>. Maddede, "İşleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu bu Kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamaz" denilmektedir (TBK m.579/3). Böylece, garaj veya otopark işletenin tek taraflı olarak sorumsuzluğuna ilişkin yapacağı ilanların hüküm ve sonuç doğurmayacağı, bu yolla sorumluluktan kurtulamayacağı, bunların garaj veya otoparkın değişik yerlerinde veya internet sayfasında duyurulmuş olmasının motorlu taşıtı bırakan (saklatan) tarafından zımnen kabul edildiği anlamına gelmeyeceği hükme bağlanmıştır<sup>83</sup>. Esasen bu hükme yer verilmeseydi de, gerek

<sup>80</sup> Tiftik, s.223.

<sup>81</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde, Doğan, M., s.81. Aksi görüşte, Tiftik, s.202.

<sup>82</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönem için aynı yönde, s.Tiftik, s.223; Y. 13. Hukuk Dairesi 1.7.2003 T., E.2003/5039, K.2003/8870, "...Davacı, bu davasında davalının sözleşmenin kendisine yüklediği güven ve özenle koruma borcuna aykırı davranması nedeniyle oluşan zararını istemiştir. Her ne kadar otopark girişi sırasında kendisine verilen bilet arkasında matbu ifadelerle "araçta meydana gelecek hasar ve kayıp eşyadan yönetimin sorumlu olmayacağı" sözleri yazılı ise de bu hüküm saklayanın güvenle saklama ve özen borcuna açıkça aykırılık teşkil ettiği için geçersizdir", www.kazanci.com.

<sup>83</sup> Y. 13. Hukuk Dairesi T. 16.3.2004 T., E.2003/13353, K.2004/3576, "Somut olayda davacının ileri sürdüğü ve davalının da kısmen kabul ettiği olgulara göre davacının tazminat isteminin temeli BK.nun 463 maddesinde tanımlanan vedia sözleşmesine dayanmaktadır. ...Davacı, bu

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 5. maddesi, gerekse Türk Borçlar Kanunu'nun 20. ve devamı maddelerinde yer alan genel işlem şartlarına ilişkin hükümler aynı sonucu sağlar, işletenin tek taraflı ilanla sorumluluktan kurtulmasını engellerdi.

## V. Garaj veya Otopark İşletenin Motorlu Taşıtı Bırakanın Eşyasına Gelen Zarardan Sorumluluğunu Genişleten Durumlar

Garaj veya otopark işletenin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiş ve saklatanın motorlu taşıt ve eklentilerinin yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından günlük saklama ücretinin on katını kadar sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 579. maddesinin 2. fıkrasında bir taraftan kusursuz sorumluluğun günlük saklama ücretinin on katıyla sınırlı olduğu belirtilirken aynı hükümde, "işletenlerin sorumluluğu, kendilerine veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe," denilerek, zarar işletenin veya çalışanların kusurundan kaynaklanmıyorsa, zararın tamamının tazmini gerektiği, artık günlük saklama ücretinin on katı sınırlanmasının uygulanmayacağı öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, motorlu taşıtı bırakan zararın işletenin veya çalışanlarının kusurundan<sup>84</sup> do-

---

davasında davalının sözleşmenin kendisine yüklediği güven ve özenle koruma borcuna aykırı davranması nedeniyle oluşan zararını istemiştir. Her ne kadar otoparkta hasardan ve hırsızlıktan sorumlu olmayacağına dair uyarı levhaları bulunduğu tespit edilmiş ise de bu levhalar saklayanın güvenle saklama ve özen borcuna açıkça aykırılık teşkil ettiği için davalı sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaz. Davalı işyeri sahibi kendisine güvenererek gelen müşterilerini her türlü tehlikeye karşı korumak üzere gerekli güvenlik önlemlerini almak zorunda olup, bunu yapmadığı, takdirde meydana gelen zarardan sorumludur. Davacı oluşan maddi zararını istemekte haklıdır", [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

<sup>84</sup> Y. 11. Hukuk Dairesi 11.6.2001 T., E.2001/3327, K.2001/5250, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com); Y. 11. Hukuk Dairesi 15.1.2001 T., E.2000/9278, K.2001/30, "Dava, davalının tekel olarak işlettiği otopark alanına bırakılan aracın, davalının elemanı tarafından alınarak kaza yapmak suretiyle zararlandırılması nedeniyle açılmış tazminat davasıdır. Mahkemece, otopark fişindeki sorumsuzluk kaydına dayanılarak dava reddedilmiştir. Dosyada bulunan otopark fişindeki kayda göre; "Araçta olabilecek zarardan İzelman sorumlu tutulamaz". Bu kayıt otoparktaki araca 3. şahıslar tarafından verilecek zararlardan otopark işleticisinin sorumlu tutulamayacağına yöneliktir. O halde, davalı İzelman BK.nun 100/1. maddesi gereğince meydana gelen zarardan sorumludur. Öte yandan, davalı vekili, müvekkilince işletilen otopark alanının görevlisine hiçbir biçimde anahtar teslimi yapılmadığını ve bu konuda gerekli yerlere uyarı levhalarının asıldığını, buna rağmen görevliye aracın anahtarını bırakan davacının da olayda kusuru olduğunu savunmuştur. Mahkemece, davalının bu savunması üzerinde de durulmaksızın karar verilmiştir" [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com); Y. 11. Hukuk Dairesi 1.7.2002 T., E.2002/3040, K.2002/6724, "...davalı şirketçe işletilen otoparkta bırakılan aracın, park görevlisinin dalgınlığı nedeniyle araç üzerindeki anahtarları da kullanarak kimliği belirsiz kişi yada kişilerce çalındığı ve 5 ay sonra hasarlı durumda bulunduğu otopark görevlisinin anahtarları ile birlikte kendisine teslim edilen aracın anahtarını tanımadığı kimselere vermek suretiyle özen yükümlülüğünü yerine getirmediği ve zarardan sorumlu olduğu, davalı şirketin ise adam çalıştıran sıfatı ile sorumluluğu olduğu gerekçesiyle 1.200.000.000 TL. olarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir", [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com). Bu kararda, otopark işleten davalı şirketin adam çalıştıran sıfatı olacağının kabul edilmesi isabetli olmayıp, Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi kapsamına giren borcun ifasında yararlanılan yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk söz konusudur.



layı meydana geldiğini ispatlarsa, sorumluluk genişlemekte ve işletenin tam tazmin yükümlülüğü doğmaktadır<sup>85</sup>.

## VI. Zamanaşımı

Garaj veya otopark işletenin sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Garaj veya otopark işletenin sorumluluğu kanundan doğan bir sorumluluk olup, bu sorumluluk, işletenin sözleşmede ortaya konan iradesinden bağımsız olarak kanundan doğmaktadır. Sözleşmeden doğan bir sorumluluk olmamakla beraber, haksız fiil sorumluluğu niteliği de bulunmamaktadır<sup>86</sup>. Bu sebeple, işletenden Türk Borçlar Kanununun 146. maddesindeki on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde tazminat talebi mümkündür<sup>87</sup>. Yargıtay ise taraflar arasında saklama (vedia) sözleşmesi bulunduğu ve saklama borcunun kötü ifası sebebiyle sorumluluğunun doğduğu gerekçesiyle Türk Borçlar Kanununun 146. maddesindeki (818 sayılı Borçlar Kanununun 125. maddesindeki) on yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>88</sup>.

## SONUÇ

Motorlu taşıt sayısının artması sebebiyle trafikte yaşanan sorunlar kadar, taşıtların uzun veya kısa süreli park edilmeleri, saklanmaları ve korunmaları da önem taşımaktadır. Bu ihtiyacı karşılamak için işletilen garaj veya otoparklarda, taşıtların ve eklentilerin güvenliğinden, korunmasından ve zarar görememesinden garaj veya

<sup>85</sup> Y. 11. Hukuk Dairesi 18.1.2007 T., E.2005/13473, K.2007/443, www.kazanci.com.

<sup>86</sup> Zararın haksız fiile dayalı olarak değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğmuş olduğu, bu sebeple sözleşmeye ilişkin zamanaşımının uygulanması gerektiği yönünde, Y. 11. Hukuk Dairesi 22.5.2006 T., E.2005/6039, K.2006/5948, www.kazanci.com.

<sup>87</sup> Otel işletenin sorumluluğu bakımından aynı yönde bkz., İmre, s.193; Tandoğan, s.207; Yavuz, C., s.1380; Yavuz, N., s.2980; Doğan, M., s.83.

<sup>88</sup> Y. 11. Hukuk Dairesi 23.2.2006 T., E.2005/2202, K.2006/1853, "...Davacı sigorta, şirketlerine sigortalı aracın aylık abone sistemiyle davalının işlettiği otoparkta bulunmakta iken çalınıp hasara uğratıldığını ileri sürerek araca verilen hasarın tazminini istemiş, mahkemece bir yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacıya kasko sigortalı aracın maliki (sigortalı) ile davalı otopark işletmecisi arasında BK.nun 463 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan Vedia (saklama) sözleşmesi yapılmış olup, davalı BK.nun 481 inci maddesi hükmüne aykırı olarak ardiyecinin saklama borcunu kötü ifa etmiş olmasından dolayı sorumlu bulunmaktadır. Bu durumda dava BK.nun 125 inci maddesine göre 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Davacı iş bu davasını TTK.nun 1301. maddesinde düzenlenen halefiyet hakkına dayanarak açtığına göre, dava dışı sigortalının davalıya karşı öne sürebileceği tüm haklarına halef bulunduğundan, davacı yönünden de davanın zamanaşımı 10 yıl olup, olay tarihinden davanın açıldığı tarihe kadar zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davalının yerinde olmayan zamanaşımı def'inin reddi ile işin esası incelenmek gerekirken, yazılı nedenlerle davanın zamanaşımı yönünden reddi doğru görülmemiştir", www.kazanci.com. Aynı yönde, Y. 11. Hukuk Dairesi 22.5.2006 T., E.2005/6039, K.2006/5948, www.kazanci.com.

otoparkları işletenlerin sorumlu olması tabii bir sonuçtur. Bununla birlikte, kanun koyucu bu hususu sözleşmeden dayanan kusura dayalı bir sorumluluk olarak düzenlemeyi yeterli görmemiş, kanundan doğan bir kusursuz sorumluluk olarak tanzim etmiştir. Bu sorumluluğun düzenlenmesi kadar sınırlandırılmasının da önemli ve yerinde olduğunu belirtmeliyiz. Ancak, kanunda getirilen günlük saklama ücretinin on katı sınırlanması, motorlu taşıtların değerlerinin fazlalığı ile garaj ve otopark ücretlerinin düşüklüğü karşısında hem yetersiz hem anlamsız kalmaktadır. Bunun yerine günlük saklama ücretinin belirli bir katına kadar alt ve üst sınırlar belirlenerek hâkime zararı dikkate alarak tazminatı belirleme konusunda takdir yetkisi verilmesi daha uygun görünmektedir.

Konuya ilişkin bugüne kadar verilmiş Yargıtay kararlarında miktar itibariyle sınırlı sorumluluğun hiç uygulanmadığını söyleyebiliriz. Yargıtay adeta pozitif hukuk hükmünü görmezden gelmekte, genel saklama (adi vedia) sözleşmesi veya ardiye sözleşmesi niteliğinde yapmakta, ama dava konusu olayların tamamında zararından tamamının tazminine hükmetmektedir. Bu kararlardan bazılarında garaj veya otoparkı işletenin veya çalışanlarının kusurundan dolayı tam tazminata hükmedilmesi kanuna uygun olmakla beraber, kusurdan söz edilemeyecek durumlarda bile tam tazminat yönünde karar verilmesi hukuk uygun görünmemektedir.

Otel işletenin sorumluluğu bakımından öngörülen, konaklayanın zararını öğrenir öğrenmez, gecikmeksizin işletene bildirmesi gerekliliğine ilişkin kurala garaj veya otopark işletenin sorumluluğu bakımından Kanunda yer verilmemiş olması bir eksiklik teşkil etmektedir. Bununla birlikte, her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmemişse de, işin mahiyeti gereği garaj veya otopark işletenin sorumluluğu bakımından da bildirme külfetine ilişkin TBK m.578 hükmünün garaj veya otopark işletenin sorumluluğu söz konusu olan hallerde de kıyasen uygulanması yerinde olur.

Garaj veya otopark hizmetinin mesleki faaliyet kapsamında olmasına karşılık taşıtını bıraktandan ücret alınmamış olması işletenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Fakat ücretsiz hizmet verilen durumlarda tazminatın miktarını belirlemek güçlük arzeder. Bu gibi durumlarda, emsal garaj ve otopark ücretleri araştırılarak belirlenecek ücretin on katını aşmayacak şekilde tazminata hükmedilmelidir.

## KAYNAKÇA

**Ayiter, Nuşin**, "Kamping Yeri İşletene Otelcinin Eşyanın Tef, Hasar ve Çalınmasından Mes'uliyeti Esasları Uygulanabilir Mi? Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1968, Cilt 25, Sayı 1-2, (s.145-152).

**Battal, Ahmet**, "Konaklama İşletmelerinin Müşterinin Eşyasına Gelen Zararlardan Sorumluluğu" Gazi Üniversitesi Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi Dergisi, Yıl 2000, S. 3, s.6.

- Becker, Herman**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri (çev. A. Sua Dura), Ankara, 1993,
- Doğan, Gül**, Otelcilik Sözleşmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, 2006, (s.229-251).
- Doğan, Murat**, Konaklayanların Getirdikleri Eşyanın Yok Olması, Zarara Uğraması veya Çalınmasından Otel İşletenin Sorumluluğu, Turizm Sağlık ve Hukuk Sempozyumu, Bildiri Kitapçığı, 3-5 Nisan 2015 Nevşehir, (s.61-83).
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2014.
- İmre, Zahit**, Otel, Han, Umumi Garaj ve Ahır İşletenlerin Mesuliyeti, Prof. Dr. Tahir Tamer'e Armağan, İstanbul 1956, (s.189-215).
- Tandoğan, Haluk**, Otelcilerin Mes'uliyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1955, Cilt 12, Sayı 3-4, (-s. 201-239).
- Tiftik, Mustafa**, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara, 2007.
- Uygur, Turgut**, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Sekizinci Cilt, Ankara, 2010.
- Yavuz, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Nihat**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 2 (Madde 339-649), Ankara, 2013.



# OFF- LABEL USE IN DEUTSCHEM RECHT (ALMAN HUKUKUNDA RUHSAT DIŞI İLAÇ KULLANIMI)

## (Off- Label Use in German Law)

Yrd. Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ\*

### ZUSAMMENFASSUNG

*Zu unserer heutigen Zeit ist die zulassungsfremde Verwendung von Medikamenten/Arzneimittel sehr verbreitet. Es ist zu sehen, dass insbesondere in Krebstherapien oft von dieser Verwendung gebrauchgemacht wird. Dies bringt bestimmte rechtliche Probleme mit sich. In unserem Land ergibt sich aus dem vom Gesundheitsministerium veröffentlichten Verwendungshandbuch für Arzneimittel/Medikamente, dass die Verwendung von Arzneimitteln/Medikamenten außerhalb ihrer Indikation an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist und bei Nichtberücksichtigung dieser Voraussetzungen die Arzneimittelverwendung unter den Straftatbestand des Menschenversuchs nach dem türkischen Strafgesetzbuch fällt. Indes schweigt das Zivil- wie auch das Sozialversicherungsgesetz darüber, wie in dieser Hinsicht entstehende Unstimmigkeiten gelöst werden könnten. Daher wird eine Prüfung dieses Themas anhand des deutschen Zivil- sowie Sozialversicherungsrechts Aufschluss darüber geben, wie die Lücke im türkischen Recht gefüllt werden könnte. Im Aufsatz wird die gesetzliche Entwicklung des deutschen Arzneimittelrechts behandelt, durch Denition der zulassungsfremde Arzneimittelverwendung sich ähnelnde Begrifflichkeiten von einander abgegrenzt sowie darüber berichtet, warum die zulassungsfremde Arzneimittelverwendung so verbreitet ist. Zuletzt wird darüber berichtet, wie das deutsche Recht dieses Thema behandelt und welche Lösungsmöglichkeiten in Betracht gezogen werden können.*

**Die Schlüsselwörter:** *Off Label Use, AMG(Arzneimittelgesetz), die Haftung*

### ÖZET

*Günümüzde ruhsat dışı ilaç kullanımı oldukça yaygındır. Özellikle kanser tedavilerinde bu yönteme sıkça başvurulduğu gözlemlenmektedir. Bu da bir takım hukuki sorunları beraberinde getirmektedir. Ülkemizde Sağlık Bakanlığı ilaç uygulama kılavuzu, endikasyon dışı ilaç kullanımını bir takım şartlara bağlamakta ve bunun dışındaki uygulamaları, TCK'nın insan üzerinde deney yapma suçu hükmü çerçevesinde işlem yapacağını belirtmekte, ancak özel hukuk ve sosyal güvenlik hukuku*

---

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*açısından ortaya çıkacak uyumsuzlukların nasıl çözümleneceği konusunda suskun kalmaktadır. Bu nedenle Alman özel hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından konunun incelenmesi, Türk hukukunda bu boşluğun nasıl doldurulacağı hususunda yardımcı olacaktır. Makalede Alman ilaç hukukunun yasal gelişimi incelenecek, ruhsat dışı ilaç kullanımının tanımı yapılarak, benzer kavramlarla arasındaki ayrıma değinilecek ve neden ruhsat dışı ilaç kullanımına başvurulduğu anlatılacak, son olarak da Alman hukuku açısından durumun nasıl değerlendirildiği ifade edilerek çözüm önerilerinden bahsedilecektir.*

**Anahtar kelimeler:** *Off Label Use, AMG( Alman İlaç Kanunu), Sorumluluk*

### **Abstract**

*Nowadays off-label drug use is quiet common. It is observed that especially in the cancer treatment this method is constantly applied. This brings certain legal issues. In our country, Ministry of Health Drug Use Guideline stipulates some conditions for off-label drug use and provides that other applications will be considered as a crime in line with the provisions of Turkish Penal Code regarding human experimentation, however, it is silent about how to solve disputes that stem from private law and social security law. Therefore, it will be helpful to identify the issue from the perspective of German private law and social security law to fill the legal gap in Turkish law. In the article, the legal development process of German pharmaceutical law will be analyzed, the difference from similar concepts will be referred and the underlying reason for off-label drug use will be presented and lastly recommendations will be mentioned by stating the situation from the perspective of German Law.*

**Keywords:** *Off- Label Use, Medicines Act, Liability*

## **I. Einleitung**

Mark Twain wird der Satz zugeschrieben: „Wer einen Hammer besitzt, für den sehen viele Dinge wie Nägel aus“. Haftungsrisiken sind dabei nicht ausgeschlossen. Wenn das auch insbesondere für den unsachgemäßen Gebrauch von Werkzeugen gilt, so hatte und hat sich die Rechtsprechung doch mit Ähnlichem bei der Frage der Anwendung von Pharmaka zu beschäftigen. In dem Bemühen einen ordnungsgemäßen Gebrauch dieser Mittel zu gewährleisten wurde im Jahre 1976 durch die Neuregelung des Arzneimittelgesetzes (AMG) die einfache Registrierungspflicht<sup>1</sup> von einer Zulassungspflicht für Pharmaka abgelöst<sup>2</sup>. Bevor ein neues Pharmakon auf den Markt kommt, ist nunmehr erforderlich, dass umfangreiche Studien vorgehen, welche Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit desentsprechenden Präparats nachweisen.

Nach Markteinführung eines Pharmakons endet die Erforschung der Wirksamkeit jedoch nicht abrupt. Vielmehr gelingt auch nach Markteinführung nicht selten der Nachweis der Wirksamkeit bei einer Erkrankung, für die die Zulassungsindi-

<sup>1</sup> § 20 I AMG 1961.

<sup>2</sup> vgl. § 21 AMG.

kation keine Geltung hat. Für solche nicht zugelassenen Indikationen können aber durchaus zur Zulassung äquivalente wissenschaftliche Daten vorliegen. Diese sind zum Beispiel in Leitlinien abgebildet. In Bezug auf die Zulassung fehlt in diesem Fall lediglich ein formales Element. Werden Pharmaka in einem solchen Fall außerhalb der für sie bereits geltenden Zulassung verordnet, handelt es sich um einen Off-Label-Use.

Darüber hinaus gibt es im Bereich des Off-Label-Use allerdings noch weitere Möglichkeiten. Es kann sich einerseits um statistisch unzureichend gesicherte Daten handeln. Andererseits kann ein Off-Label-Use pathophysiologisch begründet sein. Weiterhin existieren auch rein dogmatische Begründungen eines Off-Label-Use. Dies betrifft vor allem Therapieformen außerhalb der Schulmedizin wie z.B. Akupunktur und Neuraltherapie. Bei den letzteren Formen ist natürlich durchaus erwägenswert, dass man durch Urteile Grenzen setzt. Während bei der allerersten Form, welche zulassungsäquivalent abgesichert ist, juristische Eingrenzungen hinderlich sein können. Im Folgenden sollen nun die Hintergründe des Off-Label-Use und die momentan dazu geltende Rechtslage näher betrachtet werden.

## **II. Entwicklung des Arzneimittelrechts in Deutschland : vom formellen zum materiellen Verfahren**

### **A. Früher lediglich Registrierungspflicht**

Nach dem Arzneimittelgesetz von 1961 waren nur die Rahmenbedingungen für eine Registrierung von Arzneimitteln geregelt. Ausreichend war, dass das Arzneimittel dem Bundesgesundheitsamt zur Registrierung und Eintragung angemeldet wurde. Es wurde weder ein Wirksamkeitsnachweis noch ein Beleg über die pharmazeutische Qualität der Arzneimittel gefordert. Die zur Registrierung erforderlichen Angaben wurden vom Bundesgesundheitsamt lediglich formal geprüft. Auch Angaben zu Nebenwirkungen waren nur für Stoffe erforderlich, bei denen die Wirksamkeit bisher nicht allgemein bekannt war. Lediglich für Sera und Impfstoffe bestanden bereits Zulassungsvorschriften<sup>3</sup>. Eine einfache Registrierung reichte demnach aus, um ein Arzneimittel in Verkehr zu bringen.

### **B. Contergan-Fälle**

Dass solch geringe Anforderungen nicht ohne Folgen bleiben würden, zeigte sich schon kurz nach Erlass des AMG von 1961. Die Firma Grünenthal hatte

---

<sup>3</sup> Henning, NJW 1978, 1671, 1672, Wagner, in: Dieners/Reese Handbuch des Arzneimittelrechts, § 6, Rn. 1.

das Beruhigungsmittel Contergan auf den Markt gebracht<sup>4</sup>. Dieses Präparat wurde von 1957 bis Ende 1961 insbesondere von Schwangeren eingenommen<sup>5</sup>. Dessen Wirkstoff Thalidomid wurde jedoch mit schweren Fehlbildungen der Extremitäten unterschiedlicher Schweregrade bei Neugeborenen in Verbindung gebracht<sup>6</sup>. Nicht zuletzt aufgrund dieses Ereignisses wurde sowohl bei den Mitgliedsstaaten, der Kommission und auch bei der Arzneimittelindustrie selbst, die Forderung laut, dass ein Arzneimittel einer stärkeren Kontrolle bedarf, bevor es auf den Markt gelangt<sup>7</sup>.

Dies führte im Ergebnis dazu, dass am 26.1.1965 die RL 65/65/EWG verabschiedet wurde. Deren Art. 3 enthält das Erfordernis einer präventiven Produktkontrolle durch eine vorherige Zulassung<sup>8</sup>.

### C. Neuregelung des AMG 1976

Diese gemeinschaftsrechtliche Vorgabe eines vorherigen Zulassungserfordernisses wurde durch das AMNOG 1976 umgesetzt<sup>9</sup>. Durch diese Neuregelung des Arzneimittelgesetzes, welche am 1.1.1978 in Kraft getreten ist, wurde erstmals eine materielle Prüfungs- und Zulassungspflicht eingeführt.

Dieses materielle Zulassungsverfahren ist in den §§ 21 ff. AMG geregelt und legt die Zulassungspflicht und die Zulassungskriterien fest<sup>10</sup>.

#### 1) Zulassungspflicht

Es handelt sich hierbei um das verwaltungsrechtliche Modell eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt<sup>11</sup>. Das bedeutet, dass ein Fertigarzneimittel grundsätzlich der Zulassung unterliegt, der pharmazeutische Unternehmer jedoch einen rechtlichen Anspruch auf Zulassung hat, wenn die vorgegebenen Kriterien erfüllt sind, vgl. § 25 II AMG<sup>12</sup>. Die Zulassung begründet zum einen die Verkehrsfähigkeit des Pharmakons (§ 21 I AMG) und zum anderen wird dem be-

<sup>4</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 1164.

<sup>5</sup> *Litz*, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 25.

<sup>6</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn.1164.

<sup>7</sup> *Kortland*, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, Vorbemerkung zu § 21, Rn. 2.

<sup>8</sup> vgl. Art. 3 RL 65/65/EWG; *Kügel*, in Kügel/Müller/Hofmann, AMG, Einführung, Rn. 10.

<sup>9</sup> *Rehmann*, AMG, Einführung, Rn. 3.

<sup>10</sup> *Kortland* in: Kügel, Müller, Hofmann Arzneimittelgesetz, Vorbemerkung zu § 21. Rn. 1-3.

<sup>11</sup> *Kortland*, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, Vorbem. zu § 21 Rn. 2.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 1222; *Anker* in: *Deutsch/Lippert*, AMG, § 21 Rn.8.

<sup>12</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 1232; *Guttman*, in: *Prütting*, Medizinrecht, § 25 AMG Rn. 4.



treffenden Hersteller ermöglicht, das Produkt auf den Markt zu bringen, § 4 Abs. 17 AMG. Durch die Zulassung erhält der Antragsteller das Recht, das betreffende Arzneimittel im jeweiligen Geltungsbereich in Verkehr zu bringen. Bei der Zulassung in Deutschland handelt es sich daher aus rechtssystematischer Sicht um einen mitwirkungsbedürftigen und begünstigenden Verwaltungsakt i.S.d. § 48 I VwVfG<sup>13</sup>. Die Zulassung muss vom pharmazeutischen Unternehmer beantragt werden. Allein dieser legt die Indikation, Dosierung und Applikation fest. Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) entscheidet über die Zulassung<sup>14</sup>.

## 2) Prüfungstrias: Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit

Nach § 1 AMG ist erforderlich, dass die Prüfkriterien: Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit erfüllt sind. Dies ist darin begründet, dass Arzneimittel, welche diese Kriterien erfüllen nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis als „sicher“ gelten<sup>15</sup>.

### a) Qualität

Unter dem Begriff Qualität versteht man die Beschaffenheit eines Arzneimittels. Diese bestimmt sich nach Identität, Gehalt, Reinheit, sonstigen chemischen, physikalischen, biologischen Eigenschaften oder durch das Herstellungsverfahren, vgl. § 4 Abs. 15 AMG. Um die Beschaffenheit nachzuweisen sind zunächst analytische und anschließend pharmakologisch-toxikologische Prüfungen erforderlich<sup>16</sup>. Wenn ein Arzneimittel die erforderliche Qualität nicht aufweist, kann das BfArM die Zulassung versagen, vgl. § 25 II 1 AMG<sup>17</sup>.

### b) Wirksamkeit

Eine gesetzliche Definition zu diesem Begriff findet sich im AMG nicht. Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass man unter Wirksamkeit den therapeutischen oder diagnostischen Erfolg des Arzneimittels auf seinen Anwendungsgebieten versteht<sup>18</sup>. Die Anwendung des konkreten Präparates muss für den therapeutischen Erfolg ursächlich sein. Erforderlich ist demnach, dass das Mittel dazu geeignet ist, bei

---

<sup>13</sup> Kortland in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, Vorbemerkung zu § 21 Rn. 10; Wigge, PharmR 2002, S. 348.

<sup>14</sup> Wagner, in Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts § 6, Rn 13.

<sup>15</sup> Müller, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 1 Rn. 8-10.

<sup>16</sup> Heil/Lützler, in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 4, Rn. 100 ff..

<sup>17</sup> Krüger, Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 4 Rn. 110.

<sup>18</sup> Henning, NJW 1978, 1671, 1673. Schwerdtfeger, Die Bindungswirkung der Arzneimittelzulassung, S. 29.

bestimmungsgemäßen Gebrauch, therapeutische Erfolge zu erzielen. Zudem muss ausgeschlossen sein, dass dieses Ergebnis nur auf Zufalls- oder Scheinmedikationserfolgen beruht<sup>19</sup>.

### c) Unbedenklichkeit

Auch der Begriff Unbedenklichkeit ist im AMG nicht genau definiert. Allerdings enthält § 5 II AMG eine Bestimmung des Begriffes „Bedenklich“. Bedenkliche Arzneimittel sind danach solche, „bei denen nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der begründete Verdacht besteht, dass sie beim bestimmungsgemäßen Gebrauch schädliche Wirkungen haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen“.

Daraus lässt sich folgern, dass ein Arzneimittel dann als unbedenklich gilt, wenn der zu erwartende Nutzen die potentiellen Schäden überwiegt<sup>20</sup>. Vom pharmazeutischen Unternehmer muss dies im Rahmen des Zulassungsverfahrens nachgewiesen werden gem. § 22 II Nr. 1, 2, 3 AMG.

Dies geschieht durch eine klinische Prüfung des Arzneimittels, welche sich vor der Zulassung in drei Phasen gliedert<sup>21</sup>.

## III. Off-Label-Use

### A. Begriff

Ein Medikament wird durch ein Label äußerlich gekennzeichnet. Enthalten sind Informationen wie Indikation, Darreichungsweise-, -form und -menge (Dosis). In Bezug auf diese Informationen wird das Medikament im Zulassungsverfahren geprüft, vgl. § 22 AMG. Nicht einheitlich geklärt ist jedoch, ob jede Abweichung von diesen Informationen schon als „Off-Label-Use“ angesehen werden kann. Denn der Begriff des Off-Label-Use ist nicht einheitlich definiert. Allgemein versteht man hierunter eine zulassungsüberschreitende

Anwendung von Fertigarzneimitteln<sup>22</sup>. Also den Gebrauch eines Arzneimittels außerhalb seiner Zulassung. Eindeutig stellt eine Abweichung von der zugelassenen Indikation des Arzneimittels einen Off-Label-Use dar<sup>23</sup>. Jedoch werden auch Informationen wie Dosis, Anwendungsintervall, Applikationsweg sowie Kontradik-

<sup>19</sup> Henning, NJW 1978, 1671, 1674.

<sup>20</sup> Hart, MedR 2004, 469, 474.

<sup>21</sup> Heil/Lützel, in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 4, Rn 101 ff..

<sup>22</sup> Nitz, in: Handbuch Medizinrecht, H 1000 Rn. 88 f.; Becker SGB 2004, 594; König/Müller, MedR 2008, 190 f.

<sup>23</sup> BSG NJW 2003, 460, 461.

tion oder Kombination mit anderen Arzneimitteln im Zulassungsverfahren geprüft<sup>24</sup>. Grundsätzlich müsste jede Abweichung von den im Zulassungsverfahren geprüften Informationen daher unter den Begriff des Off-Label-Use subsumiert werden. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass nicht jede Abweichung auch eine Neuzulassung des Medikaments erfordert. Nach § 29 Abs. 2a AMG bedürfen bestimmte Änderungen lediglich einer Anzeige durch den pharmazeutischen Unternehmer und erfordern gerade nicht eine komplette Neuzulassung, welcher wiederum umfangreiche Studien vorangehen müssten. Ob man daher in einem solchen Fall von einem Off-Label-Use sprechen kann, ist nicht eindeutig und bedarf dringend der Klärung. Festzuhalten ist, dass jedenfalls jede Abweichung, die eine Neuzulassung erforderlich machen würde, als Off-Label-Use angesehen werden kann<sup>25</sup>.

### **B. Abgrenzung zum Unlicensed-Use und Compassionate Use**

Begrifflich vom Off-Label-Use zu unterscheiden sind der Unlicensed-Use und der Compassionate Use. Verfügt ein Arzneimittel weder in Deutschland, noch EU-weit über eine Zulassung, so scheidet in Abwesenheit eines „Labels“ ein Off-Label-Use denknotwendig aus<sup>26</sup>. Hierbei handelt es sich um einen Unlicensed Use. Als Unterfall eines solchen Unlicensed-Use kann man den Compassionate Use (wörtlich übersetzt: mitleidiger Gebrauch) verstehen. Hierunter fällt eine Anwendung eines Pharmakons, für das zwar keine Zulassung vorliegt, der Patient jedoch an einer zu einer schweren Behinderung führenden Krankheit leidet, oder die Krankheit gar lebensbedrohlich ist und mit einem zugelassenen Arzneimittel nicht zufriedenstellend behandelt werden kann<sup>27</sup>. Dieser Gebrauch ist nunmehr in § 21 II Nr. 6 AMG geregelt. Diese Zulässigkeit ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass es sich um kostenlos<sup>28</sup> zur Verfügung gestellte Pharmaka handeln muss, so dass eine etwaige Problematik in Bezug auf die Übernahmepflicht der gesetzlichen Krankenkassen gar nicht erst auftritt. Zum anderen handelt es sich in einem solchen Fall um das letztmögliche Mittel für den Patienten, so dass ein Risiko in Bezug auf die fehlenden Untersuchungen mit dem Arzneimittel durchaus hinnehmbar erscheint.

---

<sup>24</sup> Kempe-Müller, Der bestimmungsgemäße Gebrauch von Arzneimitteln gem. § 84 Arzneimittelgesetz, S. 29.

<sup>25</sup> Bücheler/Schoerer/Gleiter, Bundesgesundheitsblatt 2003, 467, 468.

<sup>26</sup> Dierks/Finn, in: Dieners/Reese Handbuch des Pharmarechts, § 7 Rn. 19.

<sup>27</sup> Dierks/Finn, in: Handbuch des Pharmarechts § 7 Rn. 16-22; Fuhrmann/Klein/Fleischfresser, Arzneimittelrecht, § 46, Rn. 59.

<sup>28</sup> § 21 II Nr. 6 AMG iVm. Art. 83 der Verordnung (EG) Nr. 726/2004.

## IV. Leitlinien und Gründe für den zulassungsüberschreitenden Gebrauch

### A. Leitlinien

Leitlinien dienen primär der Qualitätssicherung ärztlichen Handelns. Sie sind dazu konzipiert dem behandelnden Arzt eine Entscheidungs- und Orientierungshilfe zur Verfügung zu stellen<sup>29</sup>. Die richten sich demnach nur an die behandelnden Ärzte. Hierauf wird auch in den Präambeln der jeweiligen Leitlinien hingewiesen<sup>30</sup>. Verfasst werden Leitlinien durch professionelle Institutionen, insbesondere durch wissenschaftliche medizinische Fachgesellschaften<sup>31</sup>. Durch die Leitlinien soll die Sicherung und Verbesserung der gesundheitlichen Versorgung gewährleistet werden. Hierbei wird auf Qualität, Validität, Klarheit, Zuverlässigkeit, Transparenz, Eignung, Flexibilität, Unabhängigkeit und außerdem auf Aktualität Wert gelegt<sup>32</sup>. Sie kommen damit dem aktuellen medizinischen Wissensstand sehr nahe. Über die Sicherung und Verbesserung der gesundheitlichen Versorgung hinaus, sollen sie auch der Vermeidung unerwünschter Qualitätsschwankungen dienen<sup>33</sup>. Die in Leitlinien veröffentlichten Forschungsergebnisse, betreffen oftmals auch den angemessenen und sinnvollen Einsatz von Arzneimitteln. Darüber hinaus geht aus Leitlinien hervor, zu welchen Therapieformen klinische Studien mit hoher Aussagekraft vorliegen. Einen Behandlungserfolg kann durch eine Leitlinie jedoch nicht garantiert werden, da es sie ihrer Bestimmung nach nur eine Empfehlung darstellt<sup>34</sup>. Auch hieraus geht hervor, dass sie sich nur an den behandelnden Arzt richten, da dieser immer noch eine eigene Entscheidung im konkreten Fall zu treffen hat. Auf der Seite der AWMF<sup>35</sup> heißt es weiterhin: «Die Leitlinien der wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften sind systematisch entwickelte Hilfen für Ärzte zur Entscheidungsfindung in spezifischen Situationen. Sie beruhen auf aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen und in der Praxis bewährten Verfahren und sorgen für mehr Sicherheit in der Medizin, sollen aber auch ökonomische Aspekte berücksichtigen. Leitlinien sind für

<sup>29</sup> Dierks, Juristische Implikationen von Leitlinien, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2003, 815.

<sup>30</sup> ESC/Task Force Instruction, Recommendations for Guidelines Production, 19/09/2006, S. 3; ACC/AHA/HRS 2008 Guidelines for Device-Based Therapy of Cardiac Rhythm Abnormalities: A Report of the American College of Cardiology/American Heart Association Task Force on Practice Guidelines, 24.Okt. 2010, S. e2; ESC Guidelines, Guidelines for cardiac pacin and cardiac resynchronisation therapy, 28.Aug. 2007, S. 960.

<sup>31</sup> Dierks, Juristische Implikationen von Leitlinien, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2003, 815, 816.

<sup>32</sup> Schwartz, The legal implications of medical guidelines – a Task Force of the European Society of Cardiology, European Heart Journal 1999, 1152, 1155.

<sup>33</sup> Wienke, Leitlinien als Mittel der Qualitätssicherung in der Medizinischen Versorgung, MedR 1998, 172, 173.

<sup>34</sup> Seewald, in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 21, Rn. 49 ff.

<sup>35</sup> Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften

Ärzte nicht bindend und haben daher weder haftungsbegründende noch haftungsbefreiende Wirkung<sup>36</sup>.

Ungeachtet dessen erlangen sie zunehmend rechtliche Bedeutung. Gerichte und von diesen bestellte Gutachter richten sich immer mehr nach den Leitlinien, um einen Hinweis auf etwaiges ärztliches Fehlverhalten zu erhalten. Zwar ist ein Verstoß gegen eine Leitlinie nicht unbedingt als Behandlungsfehler einzuschätzen, jedoch kann dies für Gerichte als Indiz hierfür herhalten<sup>37</sup>. Damit wird erkennbar, dass eine Beachtung ausschließlich der Zulassungsindikation nicht automatisch zu einem Handeln entsprechend der ärztlichen Kunst führt.

### **B. Gründe für den Gebrauch außerhalb der Zulassung**

Viele Arzneimittel sind für zwar Erwachsene, nicht jedoch für dieselbe Krankheit bei Kindern zugelassen. Deshalb kommt es vor, dass für eine bestimmte Krankheit kein Arzneimittel für Kinder vorhanden ist. Dies ist wie oben dargelegt im Zulassungsverfahren begründet. Allein dem pharmazeutischen Unternehmer obliegt es, eine Zulassung für eine bestimmte Indikation zu beantragen<sup>38</sup>. Es liegt also in seiner Hand, ob ein Arzneimittel nur für Erwachsene oder auch für Kinder zugelassen wird. Gerade in der Pädiatrie gibt es in Ermangelung klinischer Studien kaum Arzneimittel, die auch für die Therapie von Kindern zugelassen sind<sup>39</sup>. Zwar soll dem mit der EU-VO zu Kinderarzneimitteln<sup>40</sup> entgegengetreten werden, indem die Verpflichtung des pharmazeutischen Unternehmers begründet wird, Arzneimittel mit neuen Wirkstoffen ebenfalls an Kindern zu prüfen. Ob diese Maßnahme den erhofften Erfolg mit sich bringt, wird sich erst mit der Zeit herauskristalisieren.

Darüber hinaus existiert die Problematik des Off-Label-Use auch bei erwachsenen Patienten im Bereich der Onkologie<sup>41</sup>, Infektologie<sup>42</sup>, Neurologie<sup>43</sup> und Psychiatrie<sup>44</sup>. Weiterhin ist gerade bei seltenen Krankheiten ein für diese zugelassenes Arzneimittel nicht vorhanden. Die Ursache hierfür liegt in dem geringen Marktpo-

---

<sup>36</sup> <http://www.awmf.org/leitlinien/html>.

<sup>37</sup> Dierks, Juristische Implikationen von Leitlinien, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2003, 815, 817.

<sup>38</sup> § 22 I AMG.

<sup>39</sup> Kramer/Heinemann, PharmR 2006, 22, 23.

<sup>40</sup> VO(EG) 1901/2006 L 378/1 über Kinderarzneimittel zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1768/92, der Richtlinien 2001/20/EG und 2001/83 EG sowie der Verordnung (EG) Nr. 726/2004. vgl. PharmR 2006, 22 ff.

<sup>41</sup> Weißbach/Boedenfeld, Bundesgesundheitsblatt 2003, 462 ff.

<sup>42</sup> Brockmeyer/Reimann/Heidelmann, Bundesgesundheitsblatt 2003, 875 ff.

<sup>43</sup> Mühlau/Wartensleben, PharmR 2006, 84, 85.

<sup>44</sup> Ludwig/Müller-Oerlinghausen/Willich, Bundesgesundheitsblatt 2003, 455.

tenzial für diese Indikationen. Für den pharmazeutischen Unternehmer lohnt sich eine mit erheblichen Kosten und Zeit verbundene Zulassung in diesen Fällen nicht. Gerade im Bereich der Pädiatrie müssten neue Studien erfolgen, die sich mit den Wirkungen des Arzneimittels im kindlichen Organismus befassen<sup>45</sup>. Bei seltenen Erkrankungen ist kein Abnahmemarkt vorhanden, für den es sich aus Sicht des Unternehmers lohnen würde, umfangreiche Studien durchzuführen. Um eine optimale Versorgung zu gewährleisten ist es daher von Nöten, ein Medikament auch außerhalb der zugelassenen Indikation zu verordnen, da solche Fälle ansonsten unbehandelt blieben. Der Arzt ist sogar verpflichtet sich auch mit solchen Therapiekonzepten auseinanderzusetzen. Daher ist ein Off-Label-Use nicht mit falscher Arzneimitteltherapie gleichzusetzen.

### C. Gefahren des zulassungsüberschreitenden Gebrauchs

Die Gefahren des zulassungsüberschreitenden Gebrauchs eines Arzneimittels betreffen sowohl die Wirkungen des Arzneimittels selbst, als auch die Anwendung durch den Patienten, der in diesem Fall nicht auf die Packungsbeilage zurückgreifen kann oder gerade durch diese verunsichert wird. Wie oben dargelegt, hat das Arzneimittel nur für seine in der Zulassung beantragte Indikation das Prüfungsverfahren durchlaufen, § 25 AMG. Ein darüber hinausgehender Wirksamkeits- und Sicherheitsnachweis liegt nicht vor. Und gerade in den eingangs beschriebenen Formen des Off-Label-Use, in denen keine zum Zulassungsverfahren äquivalenten wissenschaftlichen Daten vorliegen, liegt eine Abwägung zwischen Nutzen und Risiko nicht vor. Auch kann nicht auf die bisher vorhandene Risiko-Nutzenbilanz zurückgegriffen werden, da diese nur in Bezug auf die im Zulassungsverfahren geprüfte Indikation, Dosierung und Applikation vorliegt<sup>46</sup>.

Dadurch besteht die Gefahr von nicht abschätzbaren Arzneimittelschäden, welchen das AMNOG 1976 gerade vorbeugen sollte.

Auch wenn ausreichende wissenschaftliche Studien vorliegen, die denen im Zulassungsverfahren geprüften Kriterien durchaus entsprechen, kann ein Off-Label verordnetes Arzneimittel zu Problemen führen. Denn auch dann kann es zu Komplikationen kommen. Bei Arzneimitteln, die für die betreffende Indikation zugelassen sind, haftet in diesem Fall gem. § 84 AMG der Arzneimittelhersteller. Es stellt sich daher die Frage, ob dieser auch im Off-Label-Gebrauch mit einer Haftung konfrontiert wird, also ob ein Off-Label-Gebrauch noch als Fall des bestimmungsgemäßen Gebrauchs angesehen werden kann<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Bücheler/Schwoerer/Gleiter, Bundesgesundheitsblatt 2003, 467.

<sup>46</sup> Bruns/Herz, Bundesgesundheitsblatt 2003, 477, 479.

<sup>47</sup> Da die Beantwortung dieser Frage den Rahmen des Aufsatzes sprengen würde, kann es nur bei der Erwähnung dieser Problematik bleiben.

Darüber hinaus kann der Patient durch die beispielsweise fehlende Indikationsnennung auf dem Beipackzettel verunsichert und dazu verleitet werden, das Medikament nicht, oder nicht wie verordnet einzunehmen.

Demnach ist nicht von der Hand zu weisen, dass dem Off-Label-Use ein potentielles Risiko innewohnt.

## **V. Die momentane Rechtslage in Deutschland**

Die Problematik des Off-Label-Use lässt sich weder auf ein einzelnes Gesetz, noch auf ein einzelnes Rechtsgebiet beschränken. Der zulassungsüberschreitende Gebrauch eines Arzneimittels hat Auswirkungen sowohl im Sozialrecht, als auch im Straf- und Zivilrecht. Dies betrifft insbesondere Regressmöglichkeiten der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber dem behandelnden Arzt, als auch Haftungsfragen, welche sowohl die Verordnung außerhalb der Zulassung betreffen, als auch den Fall, wenn selbige unterbleibt. Im Folgenden wird nun die momentan geltende Rechtslage in Deutschland zum zulassungsüberschreitenden Gebrauch eines Arzneimittels kurz dargestellt.

### **A. Sozialrecht und die Rspr. des BSG**

#### **1) Die Versorgungsgrundsätze des SGB V**

Die Versorgung mit Arzneimitteln richtet sich nach dem Sachleistungsprinzip<sup>48</sup>. Dies bedeutet, dass Versicherte sämtliche Leistungen der gesetzlichen Krankenkasse unmittelbar in Natur erhalten, vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V.

Nach dem Grundkonzept der Gesetzlichen Krankenkassen erhält der Patient bei Auftreten einer Erkrankung bedarfsgerechte medizinische Versorgung unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes des § 12 SGB V<sup>49</sup>. Bedarfsgerecht meint danach eine ausreichende und zweckmäßige medizinische Versorgung, die das Maß des Notwendigen nicht überschreitet<sup>50</sup>. Ein wesentliches Ziel der ist hierbei die Kostenstabilisierung im Gesundheitswesen. Nach § 2 Abs.1 S.3 SGB V haben Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Kenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen. Eine explizite Regelung in Bezug auf diese Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitskriterien findet sich im SGB V jedoch nicht. Das SGB V bietet demnach kein eigenständiges Bewertungsverfahren und verzichtet bei der Arzneimittelversorgung weitgehend auf eigene Vorgaben zur Qualitätssicherung<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Waltermann, in: Kreikebohm Kommentar zum Sozialrecht, Einleitung zum SGB, Rn. 16.

<sup>49</sup> Dettling, GesR 2006, 97.

<sup>50</sup> Litz, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 43.

<sup>51</sup> Wigge, PharmR 2002, 348.

Da im arzneimittelrechtlichen Zulassungsverfahren nach § 21 Abs. 2 AMG die Kriterien: Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit eines Medikaments geprüft werden, liegt es allerdings durchaus nahe, die Zulassungsentscheidung auch in Bezug auf die Verordnungsfähigkeit zu berücksichtigen<sup>52</sup>. Aus der Zulassung geht hervor, auf Grund welcher Studien die Zulassung erfolgt ist. Damit wird festgelegt, für welche Indikationen ein Nachweis in Bezug auf die Wirksamkeit und das Fehlen unzuträglicher Nebenwirkungen durch klinische Studien erfolgt ist<sup>53</sup>. Die Verordnung eines solchen Arzneimittels erscheint deshalb als bedarfsgerecht und somit auch als wirtschaftlich<sup>54</sup>. Eine Orientierung am Zulassungsstatus erscheint demnach durchaus als sachgerecht.

In der „Goldnerz-Creme“ Entscheidung hatte sich das BSG gerade mit dieser Problematik zu beschäftigen. Gegenstand dieser Entscheidung war ein Erstattungsanspruch des Versicherten gegen seine gesetzliche Krankenkasse für eine selbst gekaufte „Goldnerz-Creme“ zur Behandlung von Neurodermitis<sup>55</sup>. Hier wurde damals vom BGA die Zulassung für dieses Präparat versagt. Das Gericht musste sich demnach mit der Bindungswirkung einer versagten Arzneimittelzulassung auseinandersetzen. Fest steht seitdem, dass die fehlende Zulassung eines Arzneimittels dessen Verordnungsfähigkeit entgegensteht<sup>56</sup>. Begründet werden kann dies damit, dass im Rahmen der medizinischen Versorgung in der gesetzlichen Krankenkasse die Patienten mit qualitativ hochwertigen und sicheren Arzneimitteln versorgt werden sollen. Dies wird wie oben dargelegt im Rahmen der arzneimittelrechtlichen Zulassung geprüft. Weiterhin ist die arzneimittelrechtliche Zulassung Voraussetzung für die Verkehrsfähigkeit des Medikaments, vgl. § 4 Abs. 17 AMG. Das bedeutet, dass ein nicht zugelassenes Medikament nicht auf den Markt gebracht und vertrieben werden darf. Andernfalls drohen gem. § 96 Nr. 5 AMG strafrechtliche Konsequenzen. Eine Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen kann durch eine strafrechtlich relevante Verordnung eines Arzneimittels nicht begründet werden<sup>57</sup>.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass die Verordnung eines Medikaments zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung ohne Zulassung desselben nicht möglich ist. Hierunter sind zunächst aber nur die Fälle zu zählen, bei denen eine Zulassung gänzlich fehlt. Nur hierauf nimmt das Urteil explizit Bezug. Man spricht insofern von der negativen Vorgeiflichkeit der Arzneimittelzulassung<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> Litz, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 45.

<sup>53</sup> Clemens, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 36, Rn. 139.

<sup>54</sup> Wigge, PharmR 2002, 305, 309.

<sup>55</sup> BSGE 67, 36, 38.

<sup>56</sup> BSGE 72, 252, 258.

<sup>57</sup> Hart, MedR 2002, 321, 322.

<sup>58</sup> Wigge, PharmR 2002, 348.



Zu dem umgekehrten Fall, ob eine Zulassung nach dem AMG automatisch auch die Verordnungsfähigkeit nach dem Recht der gesetzlichen Krankenkasse begründet, hatte sich das Gericht bis dato nicht geäußert. In Bezug auf die oben genannten Gründe, die eine Übernahmepflicht der Kosten seitens der gesetzlichen Krankenkasse entgegenstehen, kann zunächst einmal festgestellt werden, dass bei einem bereits zugelassenen Arzneimittel Sicherheit und Verkehrsfähigkeit nach dem AMG bestätigt sind. Ob dies auch dazu führt, dass eine Zulassung auch außerhalb der Zulassungsindikation zu einer Übernahmepflicht der gesetzlichen Krankenkassen führt – die Zulassung nach AMG demnach auch eine positive Vorgreiflichkeit statuiert –, hatte das BSG im Sandoglobulin – Urteil zu entscheiden.

## 2) Das Sandoglobulin-Urteil des BSG

### a) Grundsatz: Keine Leistungspflicht der Gesetzlichen Krankenkasse im Off-Label-Use

In seinem Grundsatzurteil vom 19.03.2002 hat sich das Bundessozialgericht erstmals explizit zur zulassungsüberschreitenden Verordnung eines Arzneimittels geäußert<sup>59</sup>. Hierbei ging es um einen gesetzlich Versicherten, der an primär chronisch-progredienter multipler Sklerose litt und seine Krankenkasse auf die Erstattung der Kosten für ein selbst beschafftes Fertigarzneimittel verklagte. Dieses Arzneimittel war allerdings für diese Indikation nicht zugelassen. Aus dem Urteil geht hervor, dass ein zugelassenes Arzneimittel grundsätzlich nicht außerhalb der Zulassungsindikation zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen verordnet werden kann. Daraus ist zu schließen, dass die Zulassung alleine noch kein Garant dafür ist, dass ein bestimmtes Arzneimittel zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen verordnet werden kann.

### b) Ausnahme

Jedoch erkennt das Gericht an, dass ein zulassungsüberschreitender Gebrauch in Ausnahmefällen zulässig ist und legt für solche Fälle eine Erstattungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen fest. Es stellt hierfür drei Voraussetzungen auf. Danach ist erforderlich, „dass:

- es sich um die Behandlung einer schwerwiegenden Erkrankung handelt,
- für die keine andere Therapie verfügbar ist und
- aufgrund der Datenlage begründete Aussicht besteht, dass mit dem betreffenden Präparat ein Behandlungserfolg (kurativ oder palliativ) erzielt werden kann<sup>60</sup>“.

---

<sup>59</sup> Az: B 1 KR 37/00 R.

<sup>60</sup> Az: B 1 KR 37/00 R, Rn. 26.

Für die Annahme des letzten Punktes fordert das Gericht, dass hierfür Forschungsergebnisse vorliegen, die erwarten lassen, dass das Arzneimittel für die betreffende Indikation zugelassen werden kann. Nach Ansicht des Gerichts ist dies zum einen dann der Fall, wenn die Erweiterung der Zulassung bereits beantragt ist und die Ergebnisse einer kontrollierten klinischen Prüfung der Phase III veröffentlicht sind und eine klinisch relevante Wirksamkeit bzw. einen klinisch relevanten Nutzen bei vertretbaren Risiken belegen. Zum anderen aber auch, wenn außerhalb des Zulassungsverfahrens gewonnene Erkenntnisse veröffentlicht sind, die über Qualität und Wirksamkeit in dem neuen Anwendungsgebiet zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen zulassen, aufgrund derer in den einschlägigen Fachkreisen Konsens über einen voraussichtlichen Nutzen im vorgetragenen Sinne besteht<sup>61</sup>.

Damit legt das BSG fest, dass ein zulassungsüberschreitender Gebrauch eines Arzneimittels zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich nicht möglich ist und nur unter strengen Voraussetzungen anerkannt wird.

### 3) Der Arzneykostenregress

Zunächst ist festzuhalten, dass trotz dieses Urteils kein explizites Verbot existiert, welches dem behandelnden Arzt eine zulassungsüberschreitende Verordnung eines Arzneimittels verbieten würde. Auch sieht weder das AMG, noch das SGB V ein solches vor. Jedoch muss der Arzt, der ein Medikament außerhalb der Zulassung verschreibt, einen Arzneykostenregress seitens der gesetzlichen Krankenkasse befürchten.

Wie bereits erwähnt richten sich die Versorgungsgrundsätze des SGB V nach dem Wirtschaftlichkeitsprinzip. Dies wird wie oben dargelegt an die Arzneimittelzulassung geknüpft. Ein durch die Zulassung überprüfbares Arzneimittel gilt auf seinem Anwendungsgebiet als wirksam. Hierdurch wird eine Verordnung damit als bedarfsgerecht und wirtschaftlich angesehen<sup>62</sup>. Die Krankenkassen und die Kassenärztlichen Vereinigungen sind verpflichtet, die Wirtschaftlichkeit einer Verordnung zu überprüfen. In diesem Rahmen finden nach § 106 SGB V Wirtschaftlichkeitsprüfungen statt<sup>63</sup>. Sobald der Verdacht auf unwirtschaftliche Versorgung, wie dies z.B. bei einer zulassungsüberschreitenden Verordnung der Fall ist, entsteht, sind die Krankenkassen dazu verpflichtet ein solches Regressverfahren einzuleiten<sup>64</sup>. Im Rahmen des Off-Label-Use handelt es sich dabei um eine sog. Einzelfallprüfung<sup>65</sup>. Da

---

<sup>61</sup> Az: B 1 KR 37/00 R, Rn. 27.

<sup>62</sup> BSG MedR, 2004, 577.

<sup>63</sup> Freund, PharmR 2004, 275, 293.

<sup>64</sup> Freund, PharmR 2004, 275, 293.

<sup>65</sup> Clemens, in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 136, Rn. 135; Goecke, MedR 2002, 442, 443.

die Voraussetzungen, unter denen ein Off-Label-Use ausnahmsweise von der gesetzlichen Krankenkasse übernommen werden muss, nun vom BSG herausgearbeitet und verbindlich festgelegt wurden, sieht sich der Arzt in allen anderen Fällen einem Arzneimittelregress ausgesetzt.

Nicht außer Acht zu lassen ist jedoch, dass der Arzt durchaus zivil- und strafrechtlich dazu verpflichtet sein kann, ein Medikament Off – Label zu verordnen. Und zwar auch dann, wenn eines der drei vom BSG aufgestellten Kriterien nicht nachgewiesen wird.

## **B. Zivil- und Strafrecht**

Zivil- und strafrechtlich ist zunächst zu beachten, dass sowohl der zulassungsüberschreitende Gebrauch, als auch die Unterlassung desselben, Konsequenzen nach sich ziehen kann. Im Rahmen seiner ärztlichen Therapiefreiheit steht es dem behandelnden Arzt grundsätzlich frei, die Behandlungsmethoden selbst zu wählen<sup>66</sup>.

Auch nach dem Arzneimittelgesetz steht einem Off-Label-Use, wie oben dargelegt, nichts entgegen. Jedoch stellen sich im Zivil- und Strafrecht diesbezügliche Haftungsfragen.

### **1) Bürgerliches Haftungsrecht**

Nach bürgerlichem Haftungsrecht ist eine Haftung aufgrund einer Off-Label-Verordnung nach § 823 I BGB denkbar. Danach ist derjenige zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit (...) eines Anderen widerrechtlich verletzt“. Der Arzt kann daher für etwaige Nebenwirkungen einer Off – Label – Therapie durchaus haftbar gemacht werden. Und zwar dann, wenn der Off-Label-Use lediglich auf eigenen Erfahrungen und Publikationen beruht und eine Haftung des pharmazeutischen Unternehmers gem. § 84 AMG ausscheidet, weil etwa ein „bestimmungsgemäßer Gebrauch“ nicht angenommen werden kann<sup>67</sup>. Wann ein Off-Label-Use als „bestimmungsgemäßer Gebrauch“ angesehen werden kann, ist bisher nicht eindeutig geklärt. Der Arzt könnte aufgrund dieser Rechtsunsicherheit dazu geneigt sein, Arzneimittel grundsätzlich nicht außerhalb der Zulassung zu verordnen. Jedoch kann auch, wie das Aciclovir-Urteil<sup>68</sup> zeigt, die bewusste Unterlassung einer zulassungsüberschreitenden Verordnung haftungsrechtliche Folgen haben. In diesem Fall sah das OLG Köln ei-

---

<sup>66</sup> Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139, Rn. 33; Katzenmeier, NJW 2006, 2738; Voegler, MedR 2008, 697, 700.

<sup>67</sup> Freund, PharmR 2004, 275, 291.

<sup>68</sup> OLG Köln, Urteil vom 30.5.1990 (AZ 27 U 169/89).

nem unterbliebenen Off-Label-Verordnung als groben Behandlungsfehler an, woran sich eine Verurteilung auf Schadenersatz und Schmerzensgeld anschloss.

## 2) Strafrecht

Auch im Bereich des Strafrechtes muss bei allen Maßnahmen die Sicherheit des Patienten höchste Priorität haben und der Arzt muss dafür sorgen, dass jede vermeidbare Gefährdung vom Patienten fern gehalten wird<sup>69</sup>. Dies schließt jedoch mit ein, dass sich der Arzt gerade auch mit Behandlungsalternativen befassen muss<sup>70</sup>. Wenn der Arzt nun ein Medikament, von dem er weiß, dass es dem Patienten dient, nicht einsetzt, würde er einen Behandlungsfehler begehen sich sogar gem. § 323c StGB strafbar machen<sup>71</sup>. Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Arzt durch den mit dem Patienten geschlossenen Behandlungsvertrag eine Garantenstellung einnimmt. Eine durch Nichtbehandlung hervorgerufene Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes des Patienten, kann daher durchaus den Tatbestand einer Körperverletzung durch Unterlassen darstellen.

Der Arzt ist demnach unter Umständen dazu verpflichtet, ein Medikament Off-Label zu verordnen, um sich nicht strafrechtlich verantworten zu müssen. Dies gilt gerade auch dann, wenn die vom BSG aufgestellten Kriterien nicht vorliegen, denn eine Körperverletzung kann unabhängig davon angenommen werden<sup>72</sup>.

## VI. Die hieraus resultierende Problematik: Auseinanderfallen von Sozial- und Arzthaftungsrecht

### A. Fehlende Einheitlichkeit der Rechtsordnung

Zunächst ist festzuhalten, dass Sozial- und Arzthaftungsrecht grundsätzlich in Einklang zu bringen sind und zwar dann, wenn die vom BSG aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. In einem solchen Fall muss sich der Arzt in Bezug auf diesen konkreten Fall keines Regresses der gesetzlichen Krankenkassen ausgesetzt sehen, sofern er ein Arzneimittel außerhalb der Zulassung verordnet. Die Krankenkassen sind dann aufgrund des Urteils dazu verpflichtet, die Kosten zu übernehmen. Insofern könnte man zunächst davon ausgehen, dass sich Sozial- und Arzthaftungsrecht angenähert haben. Jedoch ist zu beachten, dass gerade dieses Urteil auch dazu führt, dass der Off-Label-Use in sonstigen Fällen nicht von der Krankenkasse übernommen werden darf. Nicht zu verkennen ist, dass auch außerhalb der vom BSG aufge-

<sup>69</sup> Freund, PharmR 2004, 275, 289.

<sup>70</sup> Freund, PharmR 2004, 275, 289.

<sup>71</sup> Freund, PharmR 2004, 275, 291.

<sup>72</sup> Freund, PharmR 2004, 275, 292.

stellten Voraussetzungen ein Off-Label-Use unabdingbar sein kann. Es gibt nicht nur schwere Krankheiten, die entsprechend diesem Urteil eine Off-Label-Behandlungsindikation darstellen können, vielmehr existieren auch Komplikationsmöglichkeiten einer medizinischen Intervention, welche durch Pharmaka, für die keine Zulassung entsprechend dieser Indikation besteht, verhindert oder in der Häufigkeit reduziert werden können. Auch solche Komplikationen, welche per definitionem keine schwere Krankheit darstellen, können tödlich enden. In einem solchen Fall begibt sich der Arzt bei der Medikamentenverordnung in eine Situation, in der er sich juristisch angreifbar macht, obwohl er eine vom medizinischen Gesichtspunkt zwingend indizierte Maßnahme vertritt, deren Unterlassung straf- und zivilrechtliche Konsequenzen zur Folge haben kann.

### **B. Offen gebliebene Fragen nach der Sandoglobulin-Entscheidung**

Zwar hat sich das BSG in dieser Entscheidung zum Off-Label-Use geäußert, jedoch hat es keine Auskunft darüber gegeben, wann genau ein Off-Label-Use vorliegt. Eine genaue Definition, welche dringend erforderlich wäre um zumindest in diesem Bereich mehr Rechtssicherheit zu erhalten, fehlt demnach bislang. In Bezug auf den konkreten Fall mag das Urteil richtig sein, da bereits eine Behandlungsalternative mit dem für die Therapie zugelassenen Arzneimittel Betaferon zur Verfügung stand. Die in dem Urteil erwähnte eingrenzende Verallgemeinerung, weist jedoch logische Mängel auf. Warum soll z.B. eine schwere Krankheit als Voraussetzung für den Off-Label-Use gelten, wenn doch in Punkt 3 des Urteils bereits eine Off-Label-Äquivalenz zur Zulassung als erforderlich angesehen wird? Das BSG setzt damit gerade voraus, dass das Arzneimittel zugelassen werden könnte, weil Studien die Wirksamkeit ausreichend nachweisen. Wieso darüber hinaus noch eine lebensbedrohliche Krankheit vorliegen soll, ist nicht ersichtlich.

## **VII. Lösungskonzepte**

Um die zeitliche Divergenz zwischen dem aktuellen Stand der Medizin und dem Stand der Zulassung zu überbrücken und dem Arzt mehr Rechtssicherheit in Bezug auf sein Handeln zur Verfügung zu stellen, existieren bislang sowohl präventive Lösungsansätze, als auch solche, die den Umgang mit dem Off-Label-Use betreffen<sup>73</sup>. Im Folgenden werden nun einige Lösungsansätze kurz skizziert.

### **A. Präventive Lösungskonzepte**

Zu den präventiven Lösungsansätzen ist die bereits erwähnte EU- Verord-

---

<sup>73</sup> Litz, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 130 f..

nung zu Kinderarzneimitteln zu zählen. Ziel dieser Verordnung ist eine Erhöhung der klinischen Studien von Arzneimitteln auch für Kinder und daraus folgend eine Senkung der Off-Label-Verordnungen in der Pädiatrie. Der pharmazeutische Unternehmer wird durch die EU-VO dazu verpflichtet den bei der EMEA eingerichteten Pädiatrieausschuss über alle Neuzulassungen oder Indikationserweiterungen zu informieren. Dieser beschäftigt sich anschließend mit der Frage, ob dieses Arzneimittel auch für den Einsatz im Kindesalter in Betracht kommt und erstellt bei positiver Entscheidung ein pädiatrisches Prüfungskonzept<sup>74</sup>. Dadurch soll gewährleistet werden, dass bei den klinischen Studien bereits die Tauglichkeit dieser Arzneimittel auch für Kinder mit berücksichtigt wird. Dies geschieht dadurch, dass parallel zur Prüfung an Erwachsenen bereits Prüfungen an Kindern stattfinden<sup>75</sup>.

Als Anreiz für den pharmazeutischen Unternehmer wird die Patentlaufzeit des Arzneimittels um sechs Monate verlängert und eine Förderung der klinischen Prüfungen mit Mitteln aus dem EU- Forschungshaushalt gewährt<sup>76</sup>.

Somit wird das Problem zwar nicht gänzlich behoben, jedoch wird die EU-VO in diesem Bereich auf lange Sicht gesehen, dazu beitragen können, das erhoffte Ziel zu erreichen und somit die Off-Label-Verordnungen zu reduzieren.

Als weitere präventive Lösungsansätze werden Befreiungen von der Zulassungspflicht oder Zwangszulassungen erwogen. Der Vorteil von Zwangszulassungen liegt darin, dass eine größtmögliche Deckungsgleichheit von Zulassungsstatus und aktuell bekannter medizinischer Wissenschaft erzielt würde. Die diesbezügliche Divergenz wäre nicht mehr so gravierend wie es bisher der Fall ist<sup>77</sup>. Folge wäre, dass ein Off-Label-Use, bestimmter häufig eingesetzter Präparate, in einen On-Label-Use umgewandelt und dadurch die Verordnungsfähigkeit und die haftungsrechtlichen Konsequenzen eindeutig geregelt würden. Gerade dies hätte aber einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Freiheit der pharmazeutischen Unternehmen zur Folge, da diese nach der heutigen Rechtslage auch mit den haftungsrechtlichen Konsequenzen der Zulassungsentscheidung gem. § 84 Abs. 1 AMG konfrontiert wären<sup>78</sup>. Aufgrund dieser Problematik ist, zumindest in naher Zukunft, nicht davon auszugehen, dass eine dementsprechende Gesetzesänderung stattfinden wird.

Partiell wird vorgeschlagen bereits zugelassene und in Bezug auf eine andere Indikation häufig eingesetzte Präparate von einer erneuten Zulassungspflicht zu

---

<sup>74</sup> Dierks/Finn, in Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 7 Rn. 24.

<sup>75</sup> Hart/Mühlbauer, ZEFQ 2008, 37, 42.

<sup>76</sup> Dierks/Finn, in Dierks/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 7 Rn. 26.

<sup>77</sup> Engelman/Meurer/Verhasselt, NZS 2003, 70, 73.

<sup>78</sup> Litz, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 134.

befreien<sup>79</sup>. Gestützt wird dies auf die in § 36 Abs. 1 S. 1 AMG vorgesehene Ermächtigung. Danach kann das Bundesministerium für Gesundheit bestimmte Arzneimittel von der Zulassungspflicht befreien. Demnach auch bereits zugelassene Arzneimittel, die jedoch in Bezug auf eine neue Indikation erneut zugelassen werden müssten. Allerdings sind die Voraussetzungen hierfür an die Kriterien des Zulassungsverfahrens angepasst. Es ist danach erforderlich, dass eine Gefährdung der Gesundheit aufgrund erwiesener Erfüllung der Kriterien Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit nicht zu befürchten ist, vgl. § 36 Abs. 1 S. 1 AMG. Eben diese umfangreichen Studien liegen bei den meisten Off-Labels verordneten Arzneimitteln gerade nicht vor.

### **B. Konzepte zum Umgang mit Off-Label-Use**

Darüber hinaus existieren Lösungskonzepte zum Umgang mit Off-Label-Use. Um mehr an Rechtssicherheit zu gewährleisten und den Off-Label-Use zu regeln, wurde vom Gesetzgeber der § 35 b Abs. 3 SGB V erlassen<sup>80</sup>. Ziel ist es, den Patienten so früh wie möglich Arzneimitteltherapien zur Verfügung zu stellen, die dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis entsprechen<sup>81</sup>. Seitdem werden vom Gemeinsamen Bundesausschuss Expertengruppen beauftragt, die sich mit der Bewertung des Wissensstandes zum Off-Label-Use einzelner Wirkstoffe bzw. einzelner Arzneimittel beschäftigen<sup>82</sup>. Der Gesetzgeber hat also erkannt, dass der Stand der medizinischen Wissenschaft und der der Zulassung auseinanderfallen. Aufgabe der Expertengruppen ist es, den Stand der neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu beurteilen und die vorhandene Evidenzlage anhand der Anforderungen des Sandglobulin-Urteils zu klären<sup>83</sup>.

Darüber hinaus ermöglicht § 25 Abs. 7a S. 7 AMG im Bereich der Pädiatrie, dass der am BfArM angesiedelten Kommission zur Verbesserung der Arzneimittelsicherheit die Entscheidung obliegt, unter welchen Voraussetzungen bei Kindern und Jugendlichen eine Off-Label-Verordnung erfolgen kann<sup>84</sup>. Ob diese Vorschrift jedoch mit Blick auf die oben erwähnte EU-VO noch eine große Bedeutung haben wird, bleibt abzuwarten.

Eine weitere - lediglich auf Einzelfälle bezogene - Möglichkeit ist in § 35c

---

<sup>79</sup> Wartensleben, PharmR 2002, 128, 129.

<sup>80</sup> Dierks/Finn, in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 7, Rn. 150 ff. § 35b SGB V wurde durch Art. 1 Nr. 25 GKV-Modernisierungsgesetz vom 14.11.2003, BGBl. S. 2190 mWv. 1.1.2004 in das SGB V eingeführt.

<sup>81</sup> BT-Drs. 15/525, S. 98.

<sup>82</sup> Dierks/Finn, in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 7, Rn. 152.

<sup>83</sup> Bruns/Herz, Bundesgesundheitsblatt 2003, S. 477, 481.

<sup>84</sup> Hauck, A&R 2006, 147, 150.

SGB V verankert. Danach haben Patienten im Rahmen klinischer Studien einen Anspruch auf die Versorgung mit Medikamenten im zulassungsüberschreitenden Gebrauch, wenn und soweit hierdurch eine Verbesserung ihres schwerwiegenden Krankheitsbildes zu erwarten ist und Kosten und Nutzen dieser Therapie in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen<sup>85</sup>. Diese Vorschrift stellt demnach eine Ausnahme dar und ist nicht dazu geeignet die Problematik des Off-Label-Use umfangreich zu lösen.

Weiterhin wird vorgeschlagen, die Entscheidung ob ein Arzneimittel Of-Label verordnet und somit von der gesetzlichen Krankenkasse übernommen werden darf, von der Entscheidung ausgewählter Ärzte mit besonderer fachlicher Eignung auf dem jeweiligen Gebiet abhängig zu machen. Erforderlich ist hierbei eine besondere Qualifikation des Arztes, welche umfassende Kenntnisse in dem betreffenden Therapiegebiet, sowie in Bezug auf Eigenschaften und Nebenwirkungen der jeweiligen Medikamente belegt<sup>86</sup>.

Klar ist damit zunächst, dass das Problem „Off-Label-Use“ erkannt wurde. Jedoch fehlt es bislang an einer einheitlichen, flächendeckenden Lösung dieses Problems.

### VIII. Fazit

Letztlich ist es der Rechtsprechung des BSG nicht gelungen rechtliche Grundlagen für eine adäquate leitliniengerechte pharmakologische Behandlung außerhalb der jeweiligen Zulassungsindikation zu schaffen, die auch straf- und zivilrechtlichen Ansprüchen genügt. Ein Arzt darf sich dabei als Hauptdarsteller in einer griechischen Tragödie sehen, bei der es bekanntermaßen keine Lösung gibt und welche deshalb logischerweise in eine Katastrophe mündet. Es bleibt daher zu hoffen, dass die diesbezügliche sozialgerichtliche Rechtsprechung, welche die Divergenz zwischen Zulassung und Leitlinien gerade zu einem Problem macht, angepasst wird. Ein wesentliches Ziel der sozialgerichtlichen Rechtsprechung ist nämlich die Kostenstabilisierung im Gesundheitswesen, die im Straf- und Zivilrecht von untergeordneter Bedeutung ist. Letztlich bleiben dem Leistungserbringer im Gesundheitssystem im wesentlichen zwei Möglichkeiten. Er kann die Arzneimittelkosten, mit der Folge der Aushebelung der Solidarität und den daraus resultierenden sozialen Konsequenzen auf den Patienten übertragen. Eine weitere Möglichkeit wäre allenfalls, bei den gesetzlichen Kostenträgern bzw. deren medizinischen Diensten eine Entscheidung bezüglich eines individuellen Heilversuchs zu erwirken, welche jedoch in derartigen Fällen sogleich zu treffen wäre. Beide Möglichkeiten sind in den jetzigen gesundheitlichen Strukturen jedoch kaum effektiv zu verwirklichen.

---

<sup>85</sup> Dierks/Finn, in Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 7 Rn. 155.

<sup>86</sup> Litz, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 139.



**LITERATURVERZEICHNIS**

- BECKER, Joachim*, Off-Label-Use: Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenkasse nur bei Todesgefahr?, SGB 2004, S. 594 – 599
- Boedenfeld, E. A./ Weißbach L.*, Off – Label – Verordnungen in der Onkologie, Bundesgesundheitsblatt 2003, S. 462 – 466
- Brockmeyer, N. H./ Reinmann, G./Heidelmann, U.*, Off-Label-Use bei der HIV Behandlung, Bundesgesundheitsblatt 2003, S. 875 – 880
- Bruns, J./Herz, E.*, Off-Label-Use aus Sicht der gesetzlichen Krankenkassen, Bundesgesundheitsblatt 2003, S. 447 – 482
- Detting, Heinz – Uwe*, Grundrechte, neue Behandlungsmethoden und Grenzen der Rationierung in der GKV – Anmerkung zu BVerfG vom 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, GesR 2006, S. 97 – 106
- Deutsch, Erwin/ Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, Göttingen und Regensburg 6. Neubearb. und erw., Auflage 2008
- Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter*, Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG), 3. Auflage 2011
- Dieners, Peter/ Reese, Ulrich*, Handbuch des Pharmarechts, Düsseldorf 1. Auflage, 2010
- Dierks, Christian* Juristische Implikation von Leitlinien, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2003, 128: 815 - 819
- Dierks, Christian* Juristische Implikationen von Leitlinien, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2003, S. 815 – 819
- Engelmann, Christina/ Meurer, Friederike/ Verhasselt, Bettina*, Lösungsansätze für die Problematik der Off-Label- Therapie mit Arzneimitteln – zugl. Eine Anmerkung zum Sandoglobulin – Urteil des BSG V vom 19.3.2002, NZS 2003, S. 70 – 76
- Freund, Angelika*, Die zulassungsüberschreitende Anwendung von Humanarzneimitteln (Off-Label-Use) in Deutschland – Pharmazeutische Unternehmer, Patienten und Versicherte im Spannungsfeld von Arzneimittel-, und Sozialrecht sowie zivil- und strafrechtliches Haftungsrecht, PharmR 2004, S. 275 – 300
- Fuhrmann, Stefan/ Klein, Bodo/ Fleischfresser, Andreas*, Arzneimittelrecht, Berlin/Bonn/Köln 1. Auflage, 2010
- Gleiter, C.H./ Schwoerer, P./ Bucheler, R.*, Off – Label – Verordnungen in der Pädiatrie, Bundesgesundheitsblatt 2003, S. 467 – 476
- Goecke, Klaus* Der Regress gegen den Vertragsarzt wegen unwirtschaftlicher Verordnungen von Leistungen im Einzelfall, MedR 2002, S. 442 – 448
- Hart, Dieter/ Mühlbauer, Bernd*, Unsicherheit in der Pädiatrie durch Off-Label-Use von Arzneimitteln, Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen, 2008, S. 37 – 43
- Hart, Dieter*, Der regulatorische Rahmen der Nutzenbewertung: Vom Arzneimittelrecht zum HTA-Recht, MedR 2004, S. 469 – 481,
- Hart, Dieter*, Spannungen zwischen dem Haftungs-, Arzneimittel- und Sozialrecht, MedR 2002, S. 321 – 326
- Hauck, Ernst*, „Off-Label-Use“ in der Rechtsprechung des BSG, Arzneimittel und Recht

2006, 147 – 152

*Henning, Klaus J.*, Der Nachweis der Wirksamkeit von Arzneimitteln, NJW 1978, 1671-1677.

*Katzenmaier, Christian*, Aufklärung über neue medizinische Handlungsmethoden – „Robo-doc“, NJW 2006, S. 2738 – 2740

*König, Christian/ Müller, Eva Maria*, Haftungsrechtliche Maßstäbe beim „Off-Off“ Off-Label-Use trotz Verfügbarkeit eines indikationsspezifischen zugelassenen Arzneimittels, MedR 2008, S. 190 – 202

*Kramer, Birgit/ Heinemann, Antje –Katrin*, Arzneimittelforschung für Kinder in Europa – ein Ausblick, PharmR 2006, S. 22 – 28

*Kreikebohm, Ralf*, Kommentar zum Sozialrecht, Braunschweig 2. Auflage 2011

*Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-Georg/ Hofmann, Hans-Peter*, Arzneimittelgesetz Kommentar, Stuttgart/München/Bonn 1. Auflage 2012

*Laufs, Adolff Kern, Bernd Rüdiger*, Handbuch des Arztrechts, Heidelberg 4. neubearb. Auflage 2010

*Litz, Annegret*, Off-Label-Use von Arzneimitteln – Von der Produkt zur Dienstleistungssicherheit, Jena 2010

*Ludwig, W.-D.Müller-Oerlinghausen/ B.Willich, S. N.*, Off – Label – Verordnung – Soll und kann sie begrenzt werden?, Bundesgesundheitsblatt 2003, S. 455 – 457

*Mühlau, Gerhard/ Wartensleben, Herbert*, Erfahrungen eines niedergelassenen Neurologen mit „Off-Label-Use“ und juristischen Konsequenzen, PharmR 2006, 84 – 86

*Müller-Kempe, Susan*, Der bestimmungsgemäße Gebrauch von Arzneimitteln gemäß § 84 Arzneimittelgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Produzentenhaftung, Baden – Baden 1. Auflage, 2010

*Prütting, Dorothea*, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, Köln, 2. Auflage 2012

*Rehmann, Wolfgang* Arzneimittelgesetz, München 1. Auflage 1999

*Schnapp, Friedrich E./ Wigge, Peter*, Handbuch des Vertragsarztrechts, Bochum und Münster 2. Auflage 2006

*Schwartz, P.J.*, The legal implication of medical guidelines, European Heart Journal 1999, S. 1152 – 1157

*Schwertfeger, Gunther*, Die Bindungswirkung der Arzneimittelzulassung, Baden – Baden 1. Auflage 1983

*Voegeler, Marcus*, Die Haftung des Arztes bei der Anwendung neuartiger und umstrittener Heilmethoden nach der neuen Rechtsprechung des BGH, MedR 2008, S. 697 – 707

*Wartensleben, Herbert*, Zulassungserweiterung von Amtswegen als Folge der restriktiven sozialgerichtlichen Rechtsprechung zur fehlenden Verordnungsfähigkeit zu Lasten der GKV bei Off-Label-Use, PharmR 2002, 128 129

*Wienke, Albrecht*, Leitlinien als Mittel der Qualitätssicherung in der medizinischen Versorgung, MedR 1998, S. 172 – 174

*Wigge, Peter* Zur Vorgreiflichkeit der Arzneimittelzulassung in der GKV – Verordnungsrechtliche Konsequenzen aus der BSG – Entscheidung zum sog. „Off-Label-Use“ PharmR 2002, 305 – 309 und PharmR 2002, 348 – 355

# AVRUPA BİRLİĞİ'NDE TÜKETİCİ HUKUKU ALANINDA KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI MODELLERİ

(Codification Process and Consumer Protection Models in EU Law)

Yrd. Doç. Dr. Zeynep DÖNMEZ\*

## ÖZET

80'li yıllardan günümüze kadar Avrupa Birliği Hukuku'nda tüketici hukuku alanında kanunlaştırma hareketleri yoğun bir şekilde devam etmektedir. Ortak bir Avrupa Hukuku oluşturulması çabalarında, çalışmaların bir ayağını da tüketici hukuku oluşturmaktadır. Avrupa Birliği Hukuku'nda var olan bu hareketlilik Türk hukukunu da etkilemektedir, zira tüketicinin korunmasına yönelik çıkarılan kanunlarda AB direktifleri de göz önünde bulundurulmaktadır. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hazırlanırken de AB Hukukundaki düzenlemeler göz ardı edilmemiştir. Bu sebeple çalışmamızın ilk kısmında, Avrupa Birliği'nde tüketici hukuku alanındaki gelişmeler incelenmiş ve „tüketicinin korunması“ düşüncesinin gerekçeleri ve geçirdiği evreler ele alınmaya çalışılmıştır. İkinci kısımda ise farklı modellerde tüketicinin nasıl tanımlandığı ve hangi gerekçelerle korunmak istendiği açıklanmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Tüketici Hukuku, AB Tüketici Hukuku, Tüketici Hukukunun Tarihi Gelişimi, Tüketiciyi Koruyan Modeller, Tüketici Hukukunun Uyumlaştırılması

## Abstract

Since the 80s, there have been ongoing attempts to implement regulations in the field of EU Consumer Law. Consumer law constitutes the important part of the efforts for the creation of a common and harmonized EU Law which also affects Turkish Law due to the fact that EU directives are taken into account during the preparation of the regulations regarding protection of consumers. During the enactment process of the Act No. 6502, the legal framework in EU has not been ignored too. Therefore in the first part of our study development in the EU consumer law is pointed out and the underlying reasons behind the idea of "consumer protection" and its phases are aimed to be presented. In the

---

\* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

second part, how the term consumer defined in different models and the underlying reasons of the protection are explained.

**Keywords:** Consumer Law, EU Consumer Law, The Historical Development of Consumer Law, The Models in which consumers are under legal protection, Harmonization of Consumer Law

## A) Avrupa Birliği'nde Tüketici Hukukunun Gelişimi

### I. Avrupa Birliği Hukukunda Tüketici Hukukunun Gelişimi

#### a) Avrupa Birliği Kurucu Sözleşmeleri'ndeki Gelişmeler

##### 1. Avrupa Topluluğu ve Liberal Model

1957 yılında kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun<sup>1</sup> amacı, altı kurucu üye arasında ekonomi politikalarının yaklaştırılması yoluyla bir ortak pazarın kurulması ve ekonomik faaliyetlerin uyum içinde gelişmesiydi. Avrupa Topluluğu liberal ekonomi modelini (klasik serbest Pazar) benimsemişti. Dolayısıyla kurulduğu yıllarda Avrupa Topluluğu'nun bağımsız bir tüketici politikası yoktu ve girişimci merkezli bu politikada tüketicinin rolü oldukça küçüktü<sup>2</sup>. Art. 3 EWGV<sup>3</sup>'de AT ülkelerinde yaşam kalitesinin yükseltilmesi hedeflenmektedir ancak bunun üretici odaklı bir politikayla mümkün olabileceği bu yüzden üretimin desteklenmesi gerektiği düşüncesi hâkimdir<sup>4</sup>. Bu modelde birey, „homo economicus“ olarak kendisi için en doğru kararları vermekte ehlidir ancak bu sadece düzgün işleyen bir Pazar sayesinde olabilir. Düzgün işleyen Pazar ise, rekabetin olduğu ve ayrımcılığın olmadığı belli bir sistem içinde işleyen Pazardır. Dolayısıyla ekonomiye katılan hiç bir kişi (üreticiler, tacirler, hizmet sağlayıcıları vb.) rekabetin doğru işlememesi sebebiyle zarar görmemelidir. Hiçbir girişimci milli hukuktaki ya da özel olarak getirilen rekabeti sınırlayan düzenlemelerle engellenmemeli, bu anlamda rekabeti düzenleyen kurallar gözden geçirilmelidir.

##### 2. Avrupa Topluluğu'nda Tüketici Politikasının Gündeme Gelmesi

Avrupa Topluluğu, Amerika Başkanı J.F.Kennedy'nin konuşmasıyla gündeme

<sup>1</sup> Avrupa Birliği'nin kurucu anasmlarından olan ve 1957 yılında Roma'da imzalanan „Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Anlaşma“ 1992 yılında Maastricht'te imzalanan anlaşma ile „Avrupa Topluluğu'nu Kuran Anlaşma“ olarak isim değiştirmiştir. Aynı anlaşma 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması ile de „Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma“ adını almıştır.

<sup>2</sup> Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, s. 15, Rn. 1.2; Streinz/Lurger, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV, Rn. 3.

<sup>3</sup> Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Anlaşma (Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft), EWGV olarak kısaltılmıştır.

<sup>4</sup> Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, s. 14, Rn. 1.2.

oturan<sup>5</sup>, tüketici hakları konusunda kayıtsız kalamadı ve 70'li yıllardan itibaren tüketici politikasıyla meşgul olmaya başladı ancak Topluluğun tüketici hukuku alanında düzenleme yapma yetkisi yoktu<sup>6</sup>. 1972 yılında Paris zirvesinde „tüketicinin korunmasının artırılması“ kararı alındı. 1975 ve 1981 yıllarında Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı tüketici politikaları Avrupa Konseyi tarafından kabul edildi. Böylece Kennedy'nin vurguladığı tüketici hakları bir katalog şeklinde Avrupa Topluluğu'nca da benimsendi.

Şu anda da Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Sözleşme m. 169' da yer alan temel tüketici hakları; tüketicinin sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarlarının korunması ve tüketicinin bilgi alma hakkının, eğitiminin ve tüketici örgütlerinin kurulmasının desteklenmesi olarak kendisini göstermektedir.

Bu katalogta yer alan haklar tüketicinin ekonomik olarak zayıf, girişimcinin ise güçlü konumunu esas alarak oluşturulmuştu<sup>7</sup>. Bu anlayış, Avrupa Topluluğu'nun benimsediği liberal modele tezatlık içermektedir. Zira liberal modelde Pazarın katılımcıları arasında zayıflık-güçlülük dengesine bakılmaksızın herkes eşit haklara sahiptir.

1987 yılında yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi ile *Avrupa Komisyonu*'nun yapacağı düzenlemelerde tüketicinin korunması amacını gözetmesi gerektiği ve üye devletlerin de tüketicinin çıkarlarının korunmasını gözeterek düzenleme yapabilecekleri vurgulandı<sup>8</sup>. Senedin 100a maddesindeki bu ifade<sup>9</sup> Avrupa Komisyonu'nun tüketicinin korunmasına ilişkin yapacağı tali düzenlemelerin hukuki dayanağını oluşturmaktaydı<sup>10</sup>.

Avrupa Konseyi tüketici politikasının geliştirilmesi amacıyla 1986 ve 1989 yılında iki rapor yayınladı ancak bu raporlarla istenen ilerleme sağlanamadı ve 1990 yılında Topluluğun, 1990- 1992 yılları için ilk üç yıllık „Tüketici Hukuku Hareket Planı“ Avrupa Komisyonu tarafından açıklandı. Planda tüketicinin daha iyi bilgilen-

<sup>5</sup> Hippel, Verbraucherschutz, 281.

<sup>6</sup> Avrupa Birliği ancak anlaşmalar ile kendisine yetki verilmiş alanlarda düzenleme yapabilir. Bu yetkiler Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma (ABİHA) m. 2 vd. da, münferit yetki ve paylaşılmış yetki olarak düzenlenmiştir. Tüketici Politikası aynı sözleşmenin 4. maddesinin 1 fıkrası f bendinde paylaşılmış yetki katalogunda yer almaktadır. Lizbon'da imzalanan sözleşmeyle birlikte „paylaşılmış yetki“ kavramı yeni bir anlam kazandı. M. 2/ 2 ABİHS de açıkça düzenlendiği üzere, paylaşılmış yetki alanına giren konularda üye ülkeler, ancak Birlik yetkisini kullanmazsa düzenleme yapabilirler. Üye ülkelerin buna aykırı olan düzenlemeleri geçersizdir (Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 57, Rn. 14).

<sup>7</sup> Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, s. 16, Rn. 1.3.

<sup>8</sup> Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, s. 17, Rn. 1.5.

<sup>9</sup> Bu hüküm artık Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma m. 114'te düzenlenmektedir. Bkz. aşağıda I. b) 2.

<sup>10</sup> Streinz/Lurger, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV, Rn. 5.

dirilmesi, ürün güvenliği ve tüketici kredileri ile paket tur sözleşmelerinde korunması hedefleniyordu<sup>11</sup>.

### 3. Maastricht Anlaşması ve Tüketici Haklarının Kurucu Sözleşmede Yer Alması

1992 yılında imzalanan Maastricht Anlaşmasıyla<sup>12</sup> birlikte tüketicinin korunması m. 129 a ile ilk kez münhasır bir alan olarak Avrupa Topluluğu Sözleşmelerine alındı<sup>13</sup>. Bu hüküm Topluluğun yapacağı düzenlemelerde tüketicinin korunması amacının gözetilmesinin yanı sıra Topluluğa, tüketicinin korunması alanında özel bir hareket yetkisi de tanıyordu. Böylece tüketici politikası, ortak Pazar politikası ve üye devletlerin tüketici politikalarının desteklenmesi olmak üzere iki ilkeye dayandırıldı<sup>14</sup>. Yani, ortak pazarın desteklenmesi amacıyla tüketiciyi koruyan düzenlemeler yapılacağı ve üye ülkelerin, tüketicinin daha iyi seviyede korunması için Topluluğun öngördüklerinden daha sıkı kurallar benimseyebilecekleri düzenlendi. Avrupa Tek Senedi ile Avrupa Komisyonu'na verilen, yapacağı düzenlemelerde tüketicinin çıkarlarını gözetme yükümlülüğü tüm Topluluk organlarına sirayet etti<sup>15</sup>.

Maastricht Anlaşmasının ardından Avrupa Komisyonu 1993- 1995 yılları için ikinci, 1996-1998 yılları için üçüncü üç yıllık Tüketici Hukuku Hareket Planları'nı açıkladı. İkinci Planda, Topluluğun Tüketici Hukukuna ilişkin hükümlerinin birleştirilmesi ve tüketicinin korunması seviyesinin etkili bir şekilde yükseltilmesi için önceliklerin belirlenmesi gerekliliği vurgulandı. Bu öncelikler arasında ilk olarak tüketicinin bilgilendirilmesi, tüketicinin haklarını kolay öğrenebilir ve anlayabilir olması ve tüketim malları garantileri ve müşteri hizmetleri için Yeşil Kitabın oluşturulması sayıldı.

Üçüncü planda, ikinci Planda belirtilen çalışmalara devam edilmesi kararının yanında 129 a maddesine dayanarak doğrudan ortak pazarı ilgilendirmeyen konularda da düzenleme yapılıp yapılamayacağı sorusu yer aldı. Bu sorunun gündeme gelmesinin sebebi Topluluğun, tüketicinin eğitimi ve bilgilendirilmesi, finans hizmetleri, kamu tarafından sağlanan sosyal hizmetler, bilgi toplumunun sunduğu şansların tüketiciler tarafından kullanılması, çevreci bir tüketim anlayışı ve gıda maddelerinin güvenilirliği konularında da düzenlemeler yapmak istemesiydi<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Streinz/Lurger, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV, Rn. 6.

<sup>12</sup> Bkz. Dipnot 1.

<sup>13</sup> Bu düzenleme, Avrupa Topluluğu'na münhasır olarak tüketici politikasına ilişkin düzenleme yapma yetkisi vermiyordu. Ancak tüketicinin korunması konusu ilk kez münhasıran vurgulandığı için önemlidir.

<sup>14</sup> Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, s. 18, Rn. 1.6; Streinz/Lurger, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV, Rn. 7.

<sup>15</sup> Streinz/Lurger, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV, Rn. 7.

<sup>16</sup> Streinz/Lurger, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV, Rn. 8.

#### **4. Amsterdam Anlaşması ve Münhasır Tüketici Hakları**

1997 yılında imzalanıp 1999 yılında yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması ile münhasır tüketici hakları düzenlendi ve Topluluğun yetkileri genişletildi. Maastricht Anlaşması 129 a maddesi, madde 153 olarak yeniden düzenlendi<sup>17</sup>. 153. maddenin birinci fıkrasında tüketicinin korunmasının Topluluğun ayrı bir politika alanı olduğu açıkça düzenlendi. Ancak Topluluğun düzenleme yapma yetkisi münhasır değil üye devletlerle paylaşılmış bir yetkiydi<sup>18</sup>. Bu kapsamda topluluk asgari koruma standartlarını belirliyor ve üye devletlere daha iyi koruma sağlamak adına hareket alanı bırakıyordu.

Tüketicinin sağlık ve güvenliğinin korunması, ekonomik çıkarlarının gözetilmesi, bilgilendirme hakkının desteklenmesi, eğitimi ve tüketiciyi koruma örgütlerinin oluşturulması bu madde ile sayılan münhasır tüketici haklarıdır. Topluluğun tüketici politikası gibi münhasır düzenleme yapma yetkisine sahip olmadığı alanlarda esnek araçlar kullanılabileceği ve yönetmelikler karşısında direktiflere öncelik tanınacağı öngörüldü<sup>19</sup>.

Avrupa Komisyonu 1999-2001 yılları için dördüncü Tüketici Politikası Hareket Planı'nı, 2002 yılında, 2002-2006 yılları için öngördüğü Tüketici Politikası Stratejisi Raporunu yayınladı<sup>20</sup>. Bu rapor tüketici hukuku alanında tam uyum ilkesinin ilk kez açıkça vurgulanması açısından önemlidir.

Komisyonun, 2005 tarihli kararıyla üç yıllık hareket planlarının daha uzun süreli hazırlanacağı belirtildi. 2007-2013 ve 2014-2020 yılları hareket planları açıklandı. Bu planlarda tüketicinin daha iyi korunabilmesi adına tam uyumun sağlanmasının önemi ve buna yönelik çalışmalar önplandıydı.

#### **5. Lizbon Anlaşması ve Avrupa Birliği Anayasası**

2009 da yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması ile birlikte 153. madde içerik olarak değiştirilmeden 169. madde olarak düzenlendi. Avrupa Birliği'nin yetkilerini düzenleyen aynı sözleşmenin 4. maddesinin ikinci fıkrasında tüketicinin korunması alanında üye devletlerin ve Birliğin paylaşılmış yetkiye sahip olduğu vurgulandı.

Lizbon'da imzalanan Anlaşma ile Avrupa Birliği Anayasası da kabul edildi ve bu metnin 38. maddesinde „Birlik politikalarının yüksek bir tüketici koruması temin edeceği“ garanti altına alındı. Bu hüküme bakılarak tüketicinin korunması Avrupa

<sup>17</sup> Avrupa Topluluğu'nu Kuran Anlaşma m. 153, bkz. Dipnot 1.

<sup>18</sup> Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, s. 23, Rn. 1.9.

<sup>19</sup> Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, s. 19, Rn. 1.7.

<sup>20</sup> KOM (2002) 208 endg., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0208:FIN:DE:PDF>.

Birliği vatandaşları için temel bir hak teşkil eder demek doğru olmaz<sup>21</sup>. Hüküm sadece tüketicinin korunmasının gözetileceğini teminat altına almıştır.

## b) Kurucu Sözleşmelerdeki Hükümlerin Değerlendirilmesi

2009 yılında Lizbon'da imzalanan Anlaşma ile „Avrupa Topluluğu'nu Kuran Anlaşma „Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma (ABİHA)“ adını almıştır<sup>22</sup>. Yukarıda incelendiği gibi kökleri daha eski tarihli sözleşmelere uzanmakla birlikte, bugün için Avrupa Birliği'nde yapılan tüketici hukukuna ilişkin düzenlemeler bu anlaşmada yer alan 114. ve 169. maddelere dayanmaktadır.

### 1. ABİHA m. 169

ABİHA m. 169 dört fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkrada tüketicinin ekonomik çıkarlarının desteklenmesi ve tüketicinin yüksek düzeyde korunmasının sağlanması için Birliğin katkı sağlayacağı düzenlenmektedir. Yine bu fıkrada tüketicinin korunması hedeflenen alanlar bir katalog şeklinde sayılmaktadır. Bunlar tüketicinin sağlığının, güvenliğinin, ekonomik çıkarlarının korunması ve bilgi edinme hakkının, eğitiminin ve tüketici haklarını savunan örgütlerin oluşumunun desteklenmesidir.

ABİHA'nın 169. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen „yüksek koruma düzeyi“ pratikte iki şekilde sonuç doğurmaktadır<sup>23</sup>. İlk olarak Birlik daha önce yaptığı bir düzenlemenin daha altında bir koruma öngören yeni bir düzenleme yapamaz. İkinci sonuç ise Birlik ile üye devletler arasındaki ilişkide kendisini gösterir. Birlik, yapacağı düzenlemeler ile üye devletlerde öngörülmüş koruma seviyesinin altında bir düzenleme getiremez.

Yine ilk fıkrada sayılan, tüketicinin hangi alanlarda korunacağını belirttiği katalog AB Politikası'nın gerisinde kaldığı ve sürdürülebilir olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>24</sup>. Yukarıda açıklandığı üzere bu katalogtaki haklar tüketicinin uluslararası camiada ilk kez gündeme geldiği 70'li yıllarda savunulan sosyal-koruma modeline dayanmaktadır. Oysa AB ekonomi ve tüketici politikasının temelini liberal model oluşturmaktadır<sup>25</sup>.

İkinci fıkrada, ilk fıkrada belirtilen hedeflere hangi araçlar kullanılarak erişileceği düzenlenmiştir. İkinci fıkranın (a) bendi m. 114'te belirtilen ortak pazarın destek-

<sup>21</sup> Streinz/Lurger, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV, Rn. 11; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, s. 29, Rn. 19.

<sup>22</sup> Bkz. Dipnot 1.

<sup>23</sup> Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 58, Rn. 22.

<sup>24</sup> Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 58, Rn. 24.

<sup>25</sup> Tüketicici Koruyan Modeller, aşağıda B) 1.



lenmesi ilkesine atf yapmaktadır. Yani bu maddeye göre Ortak pazarın gerçekleşmesi ilkesi gözetilerek tüketiciyi koruyan tedbirler alınmalıdır. (b) bendinde ise tüketicinin korunması amacına ulaşmak için üye devletlerin politikalarının desteklenmesi, değiştirilmesi ve denetlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması öngörülmektedir.

İkinci fıkranın (b) bendinde belirtilen tedbirlerin alınması için Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin gerekli çalışmaları yapacağı 3. fıkrada düzenlenmiştir.

ABİHS m. 169'un son fıkrası ise „asgari uyum sağlama/ asgari koruma ilkesini“ düzenlemektedir. Buna göre üye ülkeler, 3. fıkradaki yetkiye dayanarak Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin yapacağı düzenlemelerden tüketiciyi korumaya yönelik ağır tedbirler öngören düzenlemeler yapabilir ya da mevcut hükümlerini muhafaza edebilirler. Dolayısıyla tüketiciyi korumaya yönelik bir AB Direktifi açıkça hangi uyum ilkesini benimsediğini belirtmiyorsa bu hükme dayanarak asgari uyum ilkesini benimsediği kabul edilir<sup>26</sup>. Özellikle 2001 yılına kadar çıkan AB Direktifleri bu ilkeye dayanmaktadır. 2002 yılında çıkan Mesafeli Finansal Hizmetler İçin Direktif'ten itibaren ise „tam uyum ilkesi“ kabul edilmiştir.

## 2. ABİHA m. 114

ABİHS m. 114 Ortak Pazar'da hukukun uyumlulaştırılmasını düzenlemektedir. Özel hukuk alanında çıkarılan AB direktifleri bu maddede tanınan yetkiye dayanmaktadır. Dolayısıyla tüketici hukuku alanında da esas yetki kuralı olarak ABİHA m. 169 değil m. 114 kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Ortak Pazar'ın geliştirilmesi ve desteklenmesi adına hukukun uyumlulaştırılması ifadesi oldukça geniş yorumlanabilir ve uygulanabilir. Bu yüzden bu hükmün hangi hukuki düzenlemelere dayanak teşkil edebileceğinin sınırı Adalet Divanı'nın 2000 tarihli Tütün Mamüllerinin Reklamına İlişkin Direktifin İptali Kararı<sup>28</sup> ile somutlaştırılmıştır. Buna göre m. 114'e dayanarak hukukun uyumlulaştırılabilmesi için objektif ve sübjektif şartlar bir arada bulunmalıdır<sup>29</sup>. Sübjektif şart ile kastedilen kanun koyucunun amacıdır. Bu amaç Ortak Pazarın işleyişinin iyileştirilmesine yönelik tedbirlerin getirilmesine dair olmalıdır. Objektif şartın gerçekleşmesi için ise yapılan düzenleme ile gerçekten temel özgürlüklerin ve rekabeti zedeleyen engellerin bertaraf edilmesi gerekir. Yani üye devletlerin hukuklarındaki farklılıklar ve bu farklılıkların sebep olabileceği rekabete engel olacağı düşünülen soyut bir tehlike hukuki düzenleme yapılması için yeterli bir gerekçe değildir. Üye devletlerin hukukundaki farklılıkların kaldırılmasına yönelik düzenleme yapılabilmesi için bu farklılıkların Ortak

<sup>26</sup> Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 59, Rn. 29.

<sup>27</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, s. 9, Rn. 17; Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 60, Rn. 31; Lippstreu, Wege der Rechtsangleichung im Vertragsrecht, s. 49.

<sup>28</sup> Avrupa Adalet Divanı Tütün Mamüllerinin Reklamına İlişkin Direktif'in İptali Kararı, 5.10.2000, C-376/98, NJW 2000, 3701.

<sup>29</sup> Lippstreu, Wege der Rechtsangleichung im Vertragsrecht, s. 56.

Pazar'ın işleyişine *doğrudan* engel teşkil etmeleri gerekir. Gelecekte ortaya çıkacağı öngörülen temel özgürlüklerin önündeki engellere yönelik düzenleme yapılabilmesi için ise, bunların ortaya çıkmasının kuvvetle muhtemel olması ve üye ülke hukuklarının uyumlaştırılmasına yönelik tedbirlerin de *doğrudan* bu tehlikeyi bertaraf etmeye hizmet etmesi gerekir. Bu amacı gütmeyen sadece üye ülkelerin hukuklarının uyumlaştırılması için yapılan düzenlemelerde ABİHS m. 144'e dayanılmaz.

## II. Avrupa'da Özel Hukukun Uyumlaştırılması Çalışmaları

Avrupa'da 1800'lü yıllarda başlayan kodifikasyon hareketlerinden önce zaten ortak bir hukuk vardı<sup>30</sup>. Bugünkü anlamıyla ortak bir Avrupa Hukuku yapma fikri ve çalışmaları ise 1980'li yıllara dayanmaktadır<sup>31</sup>. Lando Komisyonu tarafından yapılan çalışmalar neticesinde 1995 yılında birinci ve ikinci, 2000 yılında üçüncü kısmı olmak üzere, Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun Temel İlkeleri (Principles of European Contract Law –kısaca PECL-) yayınlandı.

90'lı yıllardan itibaren çalışmalar Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun sistem ve yapısının oluşturulmasında yoğunlaştı<sup>32</sup>. Avrupa Komisyonu'da Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun uyumlaştırılması için iki koldan çalışmalar başlatıldı.

### a) Tüketici Hukukunu Uyumlaştırma Çalışmaları

#### 1. Asgari Uyum İlkesinden Tam Uyum İlkesine Geçiş

Avrupa Komisyonu 2002 yılında yayınladığı ve 2002-2006 yılları için öngördüğü Tüketici Politikası Stratejisi Raporunda<sup>33</sup> tüketicilerin güvenli bir şekilde sınır tanımadan alışveriş yapabilmeleri, dolayısıyla da Ortak Pazarın gelişimine katkı sağlayabilmeleri için tüm Avrupa'da geçerli yeknesak şartların oluşturulmasının önemini vurguladı. Bu ifadenin hukuki karşılığı asgari uyum ilkesinden tam uyum ilkesine geçiş demektir. Bu kapsamda tüketici hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları başlatıldı.

2007 yılında Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan „Tüketici Hukukunun Yeknesaklaştırılması Çalışmalarının Gözden Geçirilmesi Hakkında Yeşil Kitap<sup>34</sup>“ ile tüketicinin korunmasıyla ilgili 8 direktif incelendi. Bu çalışmaların neticesinde 4 di-

<sup>30</sup> Hatemi, Medeni Hukuk'a Giriş, s. 19 vd.; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, s. 12, Rn. 38.

<sup>31</sup> Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, s. 12, Rn. 38.

<sup>32</sup> Bu konulardaki kapsamlı çalışmalar için: Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts; Grundmann, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts; Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts.

<sup>33</sup> KOM (2002), 208, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0208:FIN:DE:PDF>

<sup>34</sup> KOM (2006), 744, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0744:FIN:de:PDF>

rektif için geçerli olmak üzere tüketici hukuku alanında yatay bir yeknesaklaştırmaya karar verildi. Böylece 2011 yılında mesafeli sözleşmeler, kapıdan satışlar, tüketim malları ve haksız şartlara ilişkin yönetmeliklerdeki bilgilendirme yükümlülükleri ve cayma hakkının yeknesaklaştırılmasını öngören tüketici hakları direktifi<sup>35</sup> çıkarıldı.

## 2. Tam Uyum İlkesine İlişkin Görüşler

Tam uyum ilkesi ile birlikte Ortak Pazarın desteklenmesi için böyle bir tedbire gerek olup olmadığı tartışmaları da beraberinde gelmiştir. Yani esas amaç tüketicilerin özellikle sınır ötesi alış verişi imkânlarını kullanarak daha çok alış verişi yapmaları ve böylece Ortak Pazarın kalkınmasına katkı sağlamalarıdır. Bu amaca ulaşmak için üye ülke hukuklarının yeknesaklaştırılması gerekli midir yoksa asgari uyum prensibine dayanarak yapılan düzenlemelerle de bu amaç gerçekleştirilebilir mi? Bu soru AB Hukuku'nda geçerli olan orantılılık ilkesiyle de yakından ilgilidir.

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında Orantılılık ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre Birliğin alacağı tedbirlerin içeriği ve şekli, (*kurucu*) sözleşmelerle öngörülen amacın gerçekleştirilmesini aşamaz. Yine bu maddenin 3. fıkrasında düzenlenen, talilik ilkesini göz önünde bulundurularak Birliğin, bir konuda düzenleme yapıp yapmayacağı belirlendikten sonra, orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak bu düzenlemenin nasıl yapılacağına karar verilir<sup>36</sup>.

Asgari uyum ilkesiyle birlikte korumanın alt sınırı belirleniyor ve üye ülkelere bu sınırı üzerinde koruma sağlayabilecekleri bir hareket alanı bırakılıyordu. Böylece AB Hukuku, talilik ve orantılılık ilkesiyle uyumlu bir şekilde iç hukuka aktarılabilirdi.

Avrupa Komisyonu'nun tam uyum ilkesini gündeme getirdiği 2002 tarihli „Tüketici Politikası Stratejisi Raporunda“ böyle bir politika değişikliğine gidilmesinin gerekçesi olarak Euro'nun kabul edilmesi, sosyal, ekonomik ve teknik gelişmeler sayesinde sınır ötesi alış verişi kolaylaşması ve tüketicilerin her hangi bir engelle karşılaşmadan Ortak Pazarın avantajlarından faydalanmalarının sağlanması gösterildi<sup>37</sup>.

Belçika Hukuku'nun Mesafeli Sözleşmeler Hakkındaki Direktif'e uyumlu hale getirilmesi esnasında çıkan bir uyuşmazlığı çözmek üzere görülen bir davada<sup>38</sup> Adalet Divanı Hukuk Sözcüsü'nün raporunda „milli düzeydeki yüksek koruma Ortak Pazar'ın önünde bir engel“ olarak ifade edildi<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Tüketici Hakları Direktifi, 25.10.2011, 2011/83/EU, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:de:PDF>

<sup>36</sup> Streinz/Streinz, EUV, Art. 5 Rn. 41.

<sup>37</sup> KOM (2002), 208, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0208:FIN:DE:PDF>

<sup>38</sup> 16.12.2008 tarihli ve C-205/07 sayılı Avrupa Adalet Divanı Kararı, NJW 2009, 1579.

<sup>39</sup> Avrupa Adalet Divanı Hukuk Sözcüsü *Trestenjak*'in C-205/07 sayılı 17.7.2008 tarihli raporu.

Tam uyum ilkesi literatürde kısmen eleştirilse de çoğunluk tarafından benimsendi<sup>40</sup>. Eleştirilerin odak noktasını üye ülkelerin yetkilerinin kısıtlanmasıyla düzenleme yapabilecekleri alanın daralması ve üye ülkelerde tanınan yüksek koruma seviyesinin tam uyum yüzünden aşağı çekilmek zorunda kalılabileceği oluşturmaktadır. Bu olumsuzlukların önüne geçebilmek adına tam uyum ilkesi –en azından şimdilik– sınırlı alanda uygulanıyor<sup>41</sup>.

Çoğunlukta kabul edilen görüşe göre asgari uyum ile hukukların birbirine yaklaştırılması sağlanabilirdi ve bu da ancak ara amaç olabilirdi. Daha iyi bir korumanın sağlanması için ise tam uyum ilkesi benimsenerek hukukun yeknesaklaştırılması sağlanmalıdır<sup>42</sup>.

## b) Sözleşmeler Hukukunu Uyumlulaştırma Çalışmaları

### 1. Ortak İlkeler Hakkında Taslak (*Draft Common Frame of Reference Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*)

Avrupa Komisyonu tarafından 2001 yılında, gelecekte oluşturulacak Avrupa Sözleşmeler Hukuku'na dair ortak hükümlere esas teşkil etmesi için yapılacak karşılaştırmalı bir hukuk çalışması için 150 akademisyenin görev aldığı akademik bir kurul oluşturuldu. Bu çalışma PECL'ye dayanmalı ve gelecekteki kodifikasyon hareketleri için bir „alet çantası“ niteliği taşımalıydı<sup>43</sup>. 2009 yılında çerçeve tavsiye ilkelerin yer aldığı 10 kitap ve 948 maddeden oluşan taslak, Kurul tarafından açıklandı (*Draft Common Frame of Reference –kısaca DCFR*). Taslak, Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dayanan, borçlar kanunu sistematüğinde teşekkül etmiş bir çalışmadır ve sözleşmeler hukukunun genel ilkelerini, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, özel sözleşme türlerine ve mülkiyet hukukuna ilişkin hükümleri kapsamaktadır<sup>44</sup>.

Bu kapsamlı çalışma bir „alet çantası“ olmaktan öteye giderek „borçlar kanunu“ niteliğinde olduğu ve bu sebeple komisyonun yetkisini aştığı gerekçesiyle literatürde eleştirilmiştir<sup>45</sup>. Ayrıca DCFR politik gerçekler ve amaçlar gözetilmeden hazırlanan tamamen akademik bir çalışma olarak ortaya çıkmıştır<sup>46</sup>. 2010 yılında bu çalışmanın

Bununla ilgili bkz. Reich/Micklitz, VuR 2008, 349; Tamm, Verbraucherschutzrecht, s. 303.

<sup>40</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, s. 12, Rn. 22; Lippstreu, Wege der Rechtsangleichung im Vertragsrecht, s. 266 vd; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, s. 93, Rn. 49; Tamm, Verbraucherschutzrecht, s. 304 vd; Tamm/Tonner/Tonner, § 4 Rn. 33.

<sup>41</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, s. 12, Rn. 22

<sup>42</sup> Lippstreu, Wege der Rechtsangleichung im Vertragsrecht, s. 79; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, s. 49, Rn. 23; Tamm, Verbraucherschutzrecht, s. 304 vd.

<sup>43</sup> Staudinger/Martinek, Eckpfeiler 2012/2013, A, Rn. 112; Zimmermann, NJW 2009, s. 3402.

<sup>44</sup> Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, s. 15, Rn. 42; Staudinger/Martinek, Eckpfeiler 2012/2013, A, Rn. 110.

<sup>45</sup> Staudinger/Martinek, Eckpfeiler 2012/2013, A, Rn. 112; Zimmermann, NJW 2009, s. 3402.

<sup>46</sup> Staudinger/Martinek, Eckpfeiler 2012/2013, A, Rn. 114.

pratikte uygulanabilirliği hakkında çalışma yapmak üzere uzmanlardan oluşan bir çalışma grubu oluşturuldu ve bu grup 2011 yılında görüşlerini bildiren bir rapor yayınladı<sup>47</sup>. Neticede taslak, sözleşmeler hukuku ve satım hukukunun genel hükümlerini içeren ve Avrupa Komisyonu'nun politik talepleriyle uyuşan 189 maddeye indirildi<sup>48</sup>.

## 2. Ortak Avrupa Satım Hukuku Hakkında Taslak (*Common European Sales Law/ Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*)

Avrupa Komisyonu tarafından yapılan bir diğer çalışma olarak 2010 yılında „tüketicilerin ve satıcı/sağlayıcı/girişimcilerin Avrupa sözleşmeler hukukuna giriş seçeneklerinin yer aldığı Yeşil Kitap“ yayınlandı<sup>49</sup>. Bu raporda, DCFR'ye sadece tarihi gelişmelerden bahsedilen giriş kısmında değinildi. Yeşil kitabın amacı „Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nun geliştirilmesiyle Ortak Pazar'ın güçlendirilmesinin yollarını göstermekti<sup>50</sup>“. Yeşil Kitap'ta „Ortak bir Avrupa Hukuku Oluşturulması için en uygun yöntem nedir?“ sorusu ve bu soruya cevap arayışı olarak 7 seçenek üzerinde duruldu<sup>51</sup>. En uygun yöntem olarak da dördüncü seçenek kabul edildi. Böylece ortak bir hukuk oluşturulması yolunda „hukukun uyumlulaştırılması“ çabasından sapılarak, „seçimlik model“ benimsendi.

Buna göre Avrupa sözleşmeler hukuku araçlarının bir yönetmelikle düzenlenmesi ve tüketiciye dilerse kendi iç hukukunu dilerse Avrupa hukukunun uygulanmasını seçme hakkının tanınmasına karar verildi. Böylece iç hukuk kurallarına müdahale edilmeden, içerikleri değiştirilmeden ortak bir Avrupa Hukuku oluşturma çalışması başlamış oldu. Bu çalışmanın neticesinde de 2011 yılında „Ortak Avrupa Satım Hukuku'na Dair Yönetmelik Taslağı<sup>52</sup>“ yayınlandı.

### c) Seçimlik model mi tam uyum mu?

Yapılacak düzenlemelerin içeriği, düzenlemenin seçimlik modele mi tam uyum ilkesine mi dayanarak yapılmasında farklılık gösterebilmektedir. Şöyle ki, tam uyum sağlama amacıyla yapılacak düzenlemeler ile ya mevcut koruma düzeyini muhafaza

<sup>47</sup> A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, [http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory\\_note\\_results\\_feasibility\\_study\\_05\\_2011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf).

<sup>48</sup> Riesenhuber, EU-Vertragsrecht, s. 15, Rn. 43.

<sup>49</sup> KOM (2010), 348, Juli 2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:DE:PDF>.

<sup>50</sup> KOM (2010), 348, s. 2.

<sup>51</sup> KOM (2010), 348, s. 7 vd.; Herresthal, EuZW 2011, s. 7; Staudinger/Martinek, ECKPF 2012/2013, A, Rn. 116.

<sup>52</sup> KOM (2011) 635, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:de:PDF>.

eden ya da daha iyi koruma öngören hükümler getirilebilir. AB kanun koyucusu mevcut korumanın Ortak Pazarın geliştirilmesi ve desteklenmesi için iyi olmadığı gerekçesini öne sürerek dâhi koruma seviyesini aşağıya çekemez<sup>53</sup>.

Seçimlik Modelde ise yapılacak düzenlemeler hem tüketicinin hem de satıcı/sağlayıcının çıkarları gözetilerek hazırlanabilir. Dolayısıyla bu tür düzenlemelerde bu güne kadar getirilen koruma düzeyinin ve özellikle tüketicilerin çıkarlarının gözetilmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir<sup>54</sup>.

Ancak uygulamaya baktığımızda 2011 yılında çıkarılan ve 2014 yılına kadar iç hukuklara aktarılması için süre tanınan Tüketici Hakları Direktifi de tüketicinin korunması düşüncesi üzerine şekillenmiş bir direktif değildir. Tüketici ve satıcı/sağlayıcının çıkarları birlikte gözetilerek düzenleme yapılmıştır. Bunun en somut örneği m. 14/I ile gönderme masraflarının cayma hakkını kullanan tüketiciye yükletilmesidir. Açıkça tüketici aleyhine olan bu düzenlemenin gerekçesi ise, tüketicinin cayma hakkını kullanmadan önce onu bir kez daha düşünmeye sevk etmek olarak gösterilmiştir.

## B) Tüketiciyi Koruyan Modeller

AB hukukunda hukukî anlamda genel geçer bir tüketici tanımı mevcut değil<sup>55</sup>. AB diektiflerinde tüketici, „meslekî ya da ticarî olmayan amaçlarla sözleşme yapan gerçek kişi“ olarak tanımlanmaktadır. Tüketici sözleşmesi ise direktifin konusuyla ilgili olarak belli özelliklere sahip olmaktadır. Dolayısıyla „tüketiciyi neden korumalıyız?“ sorusu her direktif için farklı cevaplanmaktadır. Başka bir ifade ile, tüketicinin korunmasının gerekçesi ve dolayısıyla nasıl korunacağı farklı sözleşme türlerinde farklılık arz etmektedir<sup>56</sup>. Tüketici hukukunun gelişimi ve tüketicinin korunmasına yönelik direktifler göz önünde bulundurulduğunda, tüketici modelleri, piyasa ekonomisi açısından tüketici, sözleşmenin zayıf tarafı olarak korunmaya muhtaç tüketici ve de „duruma göre“ korunmaya muhtaç tüketici olarak sınıflandırılmaktadır<sup>57</sup>.

### 1. Piyasa Ekonomisi Açısından Tüketici- Homo Economicus

Serbest piyasa ekonomisinde birey yani tüketici, „homo economicus“ olarak kendisi için en doğru kararları vermekte ehildir. Bunun için iki unsurun gerçekleşmesi gerekir<sup>58</sup>: İlk olarak, tüketici, ihtiyaçları ve bu ihtiyaçları karşılamaya yönelik arzlar hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir. İkincisi ise düzgün işleyen bir Pa-

<sup>53</sup> Herresthal, EuZW 2011, 328.

<sup>54</sup> Herresthal, EuZW 2011, 329.

<sup>55</sup> Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, s. 73.

<sup>56</sup> Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, s. 73.

<sup>57</sup> Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 22 Rn. 21 vd.; Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 23 vd.

<sup>58</sup> Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 22 Rn. 23.

zardır. Bu model temellerini, liberal ekonominin temelini oluşturan „bırakınız yap-sınlar, bırakınız geçsinler“ düşüncesinde bulmaktadır. Dolayısıyla devlet tarafından Pazarın işleyişine etki edecek müdahaleleri reddetmektedir.

Bu modele göre üretici zaten tüketicinin çıkarlarını gözetecek ve ona göre davranacaktır. Yani üreticinin arzı, tüketicinin talebine göre şekillenecektir. Dolayısıyla tüketicinin pazar üzerinde doğrudan bir etkisi vardır.

Klasik ekonomi modelindeki tüketici ve üretici kavramları bugünün piyasa işle-yişiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>59</sup>;

- Üreticilerin rolleri değişmiştir: Üreticiler artık eskiden olduğu gibi belirli müşteriler için değil, değişik üretim biçimleriyle, bilinmeyen bir müşteri grubu için üretim yapmaktadırlar. Yani arz artık müşterinin talebine göre değil, bir üretim planı ve stratejisi çerçevesinde gerçekleşmektedir ve böylece arz, tüketici davranışlarını ve tüketimi şekillendirmektedir. Böyle bir piyasada tüketicinin rolü ancak, üreticinin ürettiği ürünü kabul ya da reddetmekle sınırlı, pasif bir roldür.

- Tüketicinin bilgilendirilmesi konusu üretici için sadece kendi ürününün faydasına bir sonuç doğuracaksa ilgi çekici gelmektedir. Ne zaman ki bilgilendirme, olası sakıncaları ortaya çıkarıcı ya da rakip malın fiyat açısından karşılaştırılması gibi bir durumun doğmasına neden olma eğilimi gösterir, işte o zaman bilgilendirme üre-ticinin ilgi alanından çıkmaktadır. Çünkü artık malın, sürüm, kazanç ve piyasadaki yeri tehlikeye girmektedir. Sonuç olarak üretici tarafından yapılan bilgilendirme tek taraflı, eksik ve bu yüzden yanlış, sıkça da aldatıcı bilgileri içermektedir.

- Klasik modelde doğru işleyen bir rekabet ortamı, devletin sadece çerçeve kurallar getirmesi ve mümkün olduğunca piyasanın dışında kalması ile gerçekleştirilebilir. Ancak bu öngörü de bugünün şartlarıyla uyuşmamaktadır. Piyasadaki birçok ürün için talep edenlerin çokluğuna karşılık çok az arz eden söz konusu olmakta, arz çoğu zaman tekeller ve karteller tarafından belirlenmektedir.

Bu eleştiriler, korunmaya muhtaç tüketici modelinin gelişmesini sağlamıştır.

## 2. Korunmaya Muhtaç Tüketici Modeli

Bu modelde tüketici, satıcı/ sağlayıcı karşısında zayıf konumdadır ve korunmaya muhtaçtır. Bu zayıflık farklı sebeplerden kaynaklanabilmektedir<sup>60</sup>.

- *Ekonomik Olarak Güçsüz Sözleşme Tarafı*: Tüketicinin talep gücü yok denecek kadar azdır. Bu yüzden pazarı etkilemesi mümkün değildir. Sadece standartlaş-tırılmış kitlesel ürünleri arz edildiği biçimiyle kabul edip etmeme gibi bir seçeneği

<sup>59</sup> Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 22 Rn. 23; Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, s. 34.

<sup>60</sup> Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, s. 29 vd.; Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 23 Rn. 26; Özel, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketicici Koruyan Geri Alma Hakkı, s. 8 vd.

vardır ki, belli ürünler konusunda “kabul etmeme” seçeneği de sosyal ya da mesleki zorunluluklar dolayısıyla gittikçe azalmaktadır.

Ayrıca tüketiciler genellikle kitlesel olarak hareket edemezler, bu yüzden arz eden karşı eşit nitelikte bir güç dengesi oluşturamazlar. Bunun sonucu olarak da arz eden karşısında ekonomik olarak güçsüz konumdadırlar.

Aynı zamanda, zorunlu bir gereksinimini (iş, konut, beslenme vb.) karşılamak zorunda olan kişi de ekonomik olarak zayıf konumdadır. Bu durum sadece sözleşmelerin kurulması aşamasında değil, sözleşmelerin sona erdirilmesinde de geçerlidir. Zayıf olan sözleşme tarafının ne ispat araçlarına doğrudan sahip olmaya, ne hukuki olarak tavsiyeler almaya ve ne de yargılama giderleri rizikosunu taşımaya gücü vardır. Bu nedenle çoğunlukla haklarını kullanmaktan vazgeçer.

Bu güçsüzlüğü ortadan kaldırmak için dengeleyici önlemler öngörülmektedir. Tüketicinin bilgilendirilmesi, tüketici örgütlerinin teşvik edilmesi ve rekabetin düzenlenerek haksız rekabetin önlenmesi bu dengeleyici tedbirler arasındadır.

- *Entelektüel Olarak Güçsüz Sözleşme Tarafı*: Güçsüz tarafın korunması için özel hukuk farklı kurumlar geliştirmiştir. Örnek olarak belli bir yaşa erişmemiş kişilerin veya akli melekelerini kullanmakta zayıf olan kişilerin hak ve yükümlülükleri fiil ehliyetine ilişkin kurullarla sınırlandırılmıştır (TMK m. 9 vd.). Velayet altında olmayan küçüklerin ya da korunmaya muhtaç yetişkinlerin gözetimi için vesayet kurumu benimsenmiştir (TMK m. 432 vd.). Kendisine vasi atanacak kadar korunmaya muhtaç olmayan kişilerin, belli konularda bilgisizliği veya tecrübesizliği dolayısıyla zor duruma düşmemeleri için ise yasal temsilcilik kurumu getirilmiştir (TMK m. 429). İş hukukunda da asgari ücret, işsizlik parası gibi zayıf durumda olan işçiyi korumaya yönelik hükümler getirilmiştir. Sözleşme hukukundaki bilgisizliği, tecrübesizliği dolayısıyla tüketicinin entelektüel olarak zayıf konumda olduğu kabul edilmektedir. Bu zayıflığın gerekçesi olarak da bilgilendirmedeki boşluklar gösterilmektedir.

Özellikle sürekli çıkarılan yeni ürünler karşısında tüketici öncelikle ihtiyaçlarını doğru olarak tespit etmekten acizdir. Sonrasında ise hangi ürünün ihtiyacına tam olarak cevap vereceğini belirleyememektedir. Zira satıcılar sadece satmak istedikleri ürün hakkında bilgi sahibidirler ve tüketici satıcının verdiği bilgileri denetleyecek durumda değildir. Tüketici kolaylıkla reklamların, satış yöntemlerinin ve yapay olarak uyarılmış gereksinimlerin kurbanı olmaktadır.

Ayrıca tüketici, ileri teknoloji ile üretilmiş ürün hakkında fikir yürütecek halde değildir. Bunun gibi malların yararlılık, dayanıklılık, sağlığa etkisi gibi hususları da denetleyebilecek durumda değildir. Satın alma konusundaki kararları bir rastlantıdan öteye geçmemektedir.

Hukuki alanda da bilgilendirme boşluğu söz konusudur. Satıcı genellikle uzmanlara hazırlattığı ve mesleki terimlerle doldurulmuş standart sözleşmeleri kullanır.



Tüketici ise daha sözleşmenin kendisini ne şekilde bağlayacağı, asıl sorumluluklarının neler olacağı konusunda bilgisizdir.

- *Psikolojik Olarak Güçsüz Sözleşme Tarafı*: Tüketici, ihtiyaçlarını belirlerken, alışveriş alışkanlıkları ve kararları yönünden etki altına alınabilir bir nitelik taşımaktadır. Bireysel olarak bakıldığında bu bir karakter bozukluğu olabilir ancak soyut olarak tüketicinin davranışları farklı hareket noktalarına dayanarak yönlendirilebilmektedir.

### **3. Tüketicinin “Duruma İlişkin Olarak Korunması” Modeli**

Tüketicinin zayıf olduğu görüşü ve buna ilişkin açıklamalar ikna edici ve tüketicinin içinde bulunduğu her durum için açıklayıcı bulunmamıştır. Bunun ardından tüketicinin duruma ilişkin olarak korunması fikri geliştirilmiştir.

Bu koruma kurucu ve dengeleyici unsurlardan oluşmaktadır. Kurucu nitelikteki tüketicinin korunmasındaki amaç, tüketicinin kendi kaderini tayin etmesini mümkün kılmaktır. Bu da irade muhtariyeti ilkesi ve serbest rekabetin sağlanması ile kendini gösterir. Ancak bu ilkeler yetersiz kalıp da kendi kaderini tayin hakkı zedelendiği zaman dengeleyici tüketici hukuku devreye girmektedir. Dolayısıyla tüketici hukukunun varlık amacı, maddi anlamda bozulan sözleşme adaletini sağlamaktır. Buna göre tüketicinin korunması politikasının görevi, irade muhtariyeti sağlanarak gelişen özel hukuk ilişkilerinde tüketicinin kendi kaderini tayin edemediği, yani kararlarını etki altında kalarak verdiği durumları tespit etmek ve bu durumlarda tüketicinin kendi kararını vermesini desteklemektir<sup>61</sup>. Kanun koyucunun görevi, tüketicinin hangi durumda neden karar vermekte aceze düştüğünü tespit etmek ve bu durumu bertaraf etmeye yönelik, tüketiciyi koruyan araçlar geliştirmektir.

## **SONUÇ**

Tüketici hukuku Avrupa Birliği Hukuku'nun uyumlaştırılmasının temel taşlarından birini oluşturmaktadır. Bu anlamda yapılan çalışmalar belli bir sistemlik çerçevesinde olmaktadır. Bireyi bu kadar yakından ilgilendiren bir hukuk dalına yönelik çalışmaların, toplum üzerindeki etkisi ve norm ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılp ulaşılmadığı gözlenerek düzenlemeler yapılmaktadır.

Bugün için tüketici ne her durumda zayıf ve korunmaya muhtaç olarak görülmemekte, ne de liberal ekonomi modelinin öngördüğü gibi pazarı etkileme gücüne sahip, „homo economicus“ olarak değerlendirilmektedir. Tüketicinin neden korunması gerektiği, farklı tüketici sözleşmelerinde farklı gerekçelerle açıklanmakta ve buna göre koruma sağlanması hedeflenmektedir. Tüketici hukukunun nihai amacı ise maddi anlamda sözleşme adaletini sağlamak olarak açıklanmaktadır.

<sup>61</sup> Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, s. 284; Tamm/Tonner, Verbraucherrecht, s. 27 Rn. 45 vd.

**KAYNAKÇA**

- Bydlinski**, Franz: System und Prinzipien des Privatrechts, Springer, Wien, 1996.
- Drexel**, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Mohr Siebeck, Tübingen 1998.
- Hatemi**, Hüseyin: Medeni Hukuk'a Giriş, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Heiderhoff**, Bettina: Europäisches Privatrecht, C.F. Müller, 3. Baskı, Heidelberg, 2012.
- Herresthal**, Carsten: Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument, EuZW 2011, 7- 12.
- Hippel**, Eike: Verbraucherschutz, Mohr, Tübingen, 1979.
- Lippstreu**, Constanze: Wege der Rechtsangleichung im Vertragsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Martinek**, Michael: Unsystematische Überregulierung und kontraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr, in: Grundmann, Stefan, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Mohr Siebeck 1999.
- Meller-Hannich**, Caroline: Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
- Özel**, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1996.
- Özel**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- Reich**, Norbert/ **Micklitz**, Hans-W.: Europäisches Verbraucherrecht, 4. Baskı, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden- Baden, 2003.
- Riesenhuber**, Karl: EU-Vertragsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- Riesenhuber**, Karl: System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, De Gruyter Recht, Göttingen, 2003.
- Staudinger**, J. von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts 2012/2013,
- Streinz**, Rudolf: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Baskı, C.H. Beck München, 2012.
- Tamm**, Marina/ **Tonner**, Klaus (Editör): Verbraucherrecht, Nomos, Baden- Baden, 2012.
- Tamm**, Marina: Verbraucherschutzrecht, Mohr Siebeck 2011.
- Zimmermann**, Jansen: Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009, 3401- 3406.

# KONSOLOSLUKLARDA YAPILAN EVLENMELERİN ŞEKLİ GEÇERLİLİĞİ

(Formal Validity of Consular Marriages)

Prof. Dr. Nuray EKŞİ\*

## ÖZET

Yabancılık unsuru taşıyan evlenmenin şekli, evlenme merasiminin yapıldığı devletin hukukuna tabidir. Ancak bu kural konsolosluklarda yapılan evlilikler açısından geçerli değildir. Konsolosluklarda yapılan evliliklerin şekli geçerliliği konsolosun bağlı olduğu devletin hukukuna tabidir. Konsolosluk evliliklerinde ortaya çıkan sorunların başında, evlenecek kişilerden birinin konsolosun bağlı olduğu devletin vatandaşı olmaması halinde konsolosun evlendirme yetkisinin olup olmadığı sorunu gelmektedir. Çalışmamızda, iç mevzuatımız ile konsoloslukların evlendirme memuru yetkisine ilişkin hükümler içeren iki ve çok taraflı antlaşmalar çerçevesinde konsolosluklarda yapılan evlenmelerin şekli geçerliliğine ilişkin sorunlar incelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Konsolosluk evlilikleri, evliliğin şekli geçerliliği, *lex loci celebrationis*, yabancılık unsuru, mukayeseli hukukta evlenme şekilleri.

## Abstract

Formal validity of a marriage with a foreign element is subject to the law of the country where the ceremony takes place. However, this rule is not applicable to the consular marriages. Celebration of a marriage in the consulate must comply with the formalities of the law of consulate's state. The main problem in consular marriages is whether a consular official is authorized to solemnize a marriage between nationals of the sending state and those of another state. This study analyses the problems arising from the formal validity of the consular marriages within the framework of multilateral and bilateral treaties containing provisions about consular marriages as well as domestic law.

**Keywords:** Consular marriages, formal validity of a marriage, *lex loci celebrationis*, element of foreignness, marriage models in comparative law.

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I. Mukayeseli Hukukta Evlenme Şekilleri

Aile hukukunun şekillenmesinde, ülkede hâkim olan gelenekler, örf ve adetler ve dini değerler önemli rol oynamaktadır. Bu nedenle her bir ülkenin evlenme ve boşanmaya ilişkin yasal düzenlemesi farklı olabildiği gibi dinler arasında hatta aynı dini uygulayan ülkelerin evlenme ve boşanmaya bakış açısında farklılıklar olabilmektedir. Washington Üniversitesi'ndeki bir profesörün amâ öğrencisiyle yaptığı evliliğe, amâ öğrencinin köpeğinin şahitlik etmesi ve üstelik evlenme belgesine patisinin izinin bastırılması<sup>1</sup>, evlilik konusundaki farklı yaklaşımların uç örneğini teşkil etmektedir<sup>2</sup>. Dolayısıyla bir ülkenin aile hukukunda olağan ve doğal olan bir düzenleme diğer bir ülkede şaşırtıcı ve kabul edilemez olarak görülebilir. Bu kabul edilemezlik, başka ülkede yapılan evliliğin ve bu evliliğin sonuçlarının tanınmaması sonucunu doğurabilir. Böylece bir ülkede geçerli olan ancak diğer ülkelerde geçerli olmayan “topal evlilikler” ya da diğer adıyla “aksak evlilikler” (limping marriages) ortaya çıkabilir<sup>3</sup>. Dine ya da örf ve adetlere göre gerçekleştirilen evlilikler ya da boşanmalar, aynı pencereden farklı kültür ve değerlerle dışarıya bakmanın tipik örneklerini teşkil etmektedir. Farklı kültürel değerlerden ve felsefeden hareketle düzenlenen aile hukukları arasında çatışmalar olabilmektedir. Hatta bu çatışma, ortak hukuki ve kültürel geleneklere sahip olmayan ülkeler arasında daha büyük boyutlara varmaktadır<sup>4</sup>. Katolik, Ortodoks, Musevi ve İslam dinine göre yapılan evliliklerin yanı sıra ekümenik evlilikler/karma evlilikler (ecumenical or mixed marriages), telefonla, telgrafla veya radyoyla yapılan evlilikler (telephonic marriages/marriage by telephone/marriage by cable/marriage by radio), vekil vasıtasıyla yapılan evlilikler (proxy marriages), görücü usulüyle ve zorla yaptırılan evlilikler (arranged or forced marriages), çok eşle yapılan evlilikler (polygamous marriages), geçici evlilik (mut'a marriage/sigh e' marriage/temporary marriage) medeni olmayan evliliklerin özel görünümelerini teşkil etmektedir<sup>5</sup>. Kişinin ölümünden sonra yapılan evlilikler (posthumous marriages), rızai evlilikler (informal marriages/common law marriages), Roma evlilikleri (Roma marriages)<sup>6</sup> Türk hukukunda yer almayan diğer evlilik türlerini teşkil etmektedirler.

Evlilik merasimi bu iş için görevlendirilen bir şahıs tarafından gerçekleştirilmektedir. Genellikle bu şahıs, bir din adamı olabileceği gibi bir devlet memuru ya da konsolos olabilir. Bazı hukuklarda din adamı, evlendirme memuru veya konsolosların dışında diğer şahıslarında evlilik akdi yapmasına izin verilmiştir. Örneğin, Fran-

<sup>1</sup> HOWERY W.H., Marriage by Proxy and Other Informal Marriages, 13(1944-1945) U. Kan. City L. Rev., s. 57.

<sup>2</sup> EKŞİ Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, İstanbul 2012, s. 1.

<sup>3</sup> EKŞİ, 1-2.

<sup>4</sup> EKŞİ, 1-2.

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, 7 vd.

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, 31 vd.

sız Medenî Kanunu'nun 171. maddesine göre, önemli hallerde, resmî evlendirme işlemlerini tamamladıktan sonra müstakbel eşlerden birinin ölümü halinde Fransa devlet başkanı evliliğin yapılmasına onay verebilir<sup>7</sup>. Mukayeseli hukukta, Roma evlilikleri ve rızai evliliklerde olduğu gibi herhangi bir resmî ya da dinî makamın katılımı olmaksızın ve hiçbir merasime gerek duyulmaksızın müstakbel eşlerin evlenme iradelerini karşılıklı beyan etmeleriyle gerçekleşen evlilikler bulunmaktadır<sup>8</sup>. Çalışmamızda sadece konsolosluklarda yapılan evliliklerin şekli geçerliliği incelenecektir. Diğer bir ifadeyle, çalışmamızda, konsolosluklarda yapılan evlilikler için başvuru, evlenme anında irade beyanının yapılması ve evlilik merasiminin icrası konuları ele alınacaktır. Konsolosluklarda yapılan evlenmeler “konsüler evlilikler”, “diplomatik evlilikler” ve “konsolosluk evlilikleri” olarak da anılmaktadırlar<sup>9</sup>. Konsolosluklarda yapılan evlilikler açısından evlenme yaşı, akıl hastalığı, muvazaalı evlilikler, hısımlık, bulaşıcı hastalık ve benzeri gibi maddi hukuka ilişkin evlenme engelleri çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

## **II. Yabancı Ülkelerde Yapılan Evliliklerin Şekli Geçerliliğinin Tabi Olduğu Hukuk**

Bir evlilik, muhtelif şekillerde yabancılık unsuru içerebilir. Eşlerden birinin farklı vatandaşlıkta olması; evliliğin yapılacağı yerin, evlenecek kişilerin vatandaşı olduğu devletin ülkesinden farklı bir ülkede olması hallerinde evlilik yabancılık unsuru taşıyacaktır. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilerin tabi olduğu hukuk, kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmektedir. Türkiye’de evlenmek isteyen taraflardan en az birinin yabancı olması halinde, gerek evlenmenin şartları gerekse evlenmenin şekli geçerliliğine uygulanacak hukukun tayini açısından kanunlar ihtilafı kurallarına bakılması gerekmektedir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) 13(2). maddesine göre, evliliğin şekline yapıldığı devletin hukuku (lex loci celebrationis) uygulanır. MÖHUK’un 13(2). maddesi uyarınca, evlilik hangi devlette yapıldıysa bu devletin mevzuatında öngörülen şekil kurallarına uyulması halinde evlilik geçerli olacaktır. O halde yabancı bir devlette evlenenler ister Türk vatandaşı olsun isterse yabancı olsunlar evlenmenin yapıldığı yer hukukunda aranılan şekil kurallarına uymak zorundadırlar. Aynı şekilde Türkiye’de yapılan bir evliliğin şeklen geçerli olması için evlenenlerin vatandaşlığına bakılmaksızın Türk mevzuatının öngördüğü şekil kurallarına uygun bir evlilik akdinin yapılması gerekir.

MÖHUK’un 13(2). maddesi uyarınca evliliğin şeklen geçerli olup olmadığı, evlenme akdinin yapıldığı an esas alınarak belirlenmek zorundadır. Tarafların veya

<sup>7</sup> EKŞİ, 32.

<sup>8</sup> EKŞİ, 33.

<sup>9</sup> PARRY Clive, A Conflicts Myth: The American “Consular” Marriage, 67(1954)7 HLR, s. 1200 vd.

tarafardan birinin *evlenme akdinin yapıldığı tarihte* yabancı olması halinde evliliğin şekline uygulanacak hukuk MÖHUK'un 13. maddesine göre tespit edilecektir. Evlilik akdi yapıldıktan sonra tarafların Türk vatandaşlığını kazanması, MÖHUK'un 13. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü evliliğin şeklen geçerli olup olmadığı açısından esas alınacak an, evliliğin yapıldığı andır. O halde evliliğin şeklen geçerli olup olmadığı, davanın açıldığı tarihe dikkate alınmaksızın, evlenme akdinin yapıldığı *tarih* esas alınarak belirlenecektir.

### III. Konsolosluklarda Yapılan Evliliklerin Şekli Geçerliliği

#### A. Konsoloslukların Evlendirme Memuru Olarak Görev Yapmasına İlişkin Şartlar

Daha önce ifade edildiği üzere, MÖHUK'un 13. maddesinin (2). fıkrasına göre, evliliğin şekline, evliliğin yapıldığı devletin hukuku uygulanır. Konsolosluklarda yapılan evlilikler hariç Türkiye'de yapılan evlilikler Türk Medeni Kanunu'nda yer alan şekil şartlarına uygun olarak gerçekleştirilirler<sup>10</sup>. MÖHUK'un 1. maddesinin (2). fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklı tutulmuştur. Milletlerarası antlaşmalara göre konsolosluklarda evlilik yapılabilir<sup>11</sup>. Zaten MÖHUK'un 13. maddesine ilişkin gerekçede, konsolosluk evlilikleri konusunda hem iki taraflı hem de çok taraflı milletlerarası antlaşmaların mevcut olduğu; MÖHUK'un 1. maddesinin (2). fıkrasıyla, milletlerarası antlaşmaların saklı tutulması sebebiyle 13. maddenin (3). fıkrasına ayrıca konsolosluklarda yapılan evliliklerin geçerli olduğuna ilişkin bir hüküm konulmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir<sup>12</sup>. Konsolosluk antlaşmalarının yanı sıra mevzuatımızda da konsoloslukların evlendirme yetkisine ilişkin bazı hükümler yer almaktadır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun<sup>13</sup> 22. maddesinin (2). fıkrasında, dış temsilciliklere evlendirme memurluğu yetkisi ve görevi verebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Evlendirme Yönetmeliği'nin<sup>14</sup> 10. ve 12. maddelerinde Türk konsolosluklarının ve Türkiye'de bulunan yabancı konsoloslukların evlendirme yetkisine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Konsoloslukları düzenleyen milletlerarası antlaşmalarda, konsoloslara, evlendirme memuru yetkisi verilmiştir. Konsolosun evlendirme memuru olarak hareket edebilmesi için gönderen devletin konsolosa evlendirme yetkisi vermiş olması ve bu yetkinin, konsolosun görev yaptığı devlet tarafından kabul edilmiş olması gerekir. Konsolos, evlenme akdini kendi devletinin hukukuna göre yapacaktır.

<sup>10</sup> EKŞİ, 27.

<sup>11</sup> AYBAY Rona, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Türkiye İş Bankası Kültür yayınları 2009, s. 219.

<sup>12</sup> EKŞİ Nuray, Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat, 9. bası, İstanbul 2015, s. 34-35.

<sup>13</sup> RG 29.4.2006/26153.

<sup>14</sup> RG 7.11.1985/18921.

Evlendirme Yönetmeliği'nin 10. maddesi, Türk konsolosluklarının evlendirme yetkisini düzenlemektedir. Evlendirme Yönetmeliği'nin "yurtdışında evlendirme memurluğu görev ve yetkisi" başlığını taşıyan 10. maddesine göre, yurt dışında mahalli mevzuatın kabul etmiş olması şartı ile evlendirme memurluğu yetki ve görevi; yurt dışında, bu yetkinin mahalli mevzuat ile tanınması ve eşlerden ikisinin de Türk vatandaşı olması şartı ile misyon şefi olan büyükelçi ve başkonsolosun yanı sıra Dışişleri Bakanlığı'nın konsolosluk işlerini yürütmek amacıyla yetki vereceği görevlilere aittir. Fahri konsolos ve fahri başkonsolosların evlendirme yetkisi yoktur. Evlendirme Yönetmeliği'nin 10. maddesinde Türk konsolosluklarının evlenme akdi yapabilmesi için iki şart öngörülmüştür: Birincisi, Türk konsolosunun bulunduğu devletin mevzuatında, konsolosun evlendirme memuru yetkisinin kabul edilmesi ve ikincisi, eşlerden her ikisinin Türk vatandaşı olmasıdır. Evlendirme Yönetmeliği'nin 10. maddesinin yanı sıra Türkiye'nin birçok devletle yaptığı konsolosluk antlaşmalarında, müstakbel eşlerin her ikisinin konsolosun bağlı bulunduğu devletin vatandaşı olması şartı öngörülmüştür. Bununla beraber, Türkiye'nin de taraf olduğu Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu'nun 5. maddesinin (f) bendinde evlenecek kişilerden sadece birinin konsolosun ait olduğu devletin vatandaşı olması yeterli kabul edilmiştir.

Konsoloslara, gönderen devlet tarafından tanınan evlilik akdi yapma yetkisinin kullanılabilmesi, kabul eden devletin rızasına bağlıdır<sup>15</sup>. Diğer bir ifadeyle, yabancı konsolosların Türkiye'de evlilik akdi yapabilmeleri için, Türkiye'nin bu konuda rızası olmalıdır. Kabul eden devlet, *"gönderen devlet konsolosunun evlendirme memuru yetkisini kullanabilmesi için gerekli olumlu iradesini çeşitli şekillerde açıklayabilir. Gönderilen devletin iç hukukundaki bir hüküm, gönderilen devletle gönderen devlet arasındaki bir sözleşme, gönderilen devletin gönderen devlet konsolosunun ülkesinde akdettiği evlenmeleri geçerli sayması yani zımnî rızası, gönderilen devletin olumlu rızasını gösterir"*<sup>16</sup>. Evlendirme Yönetmeliği'nin yürürlüğe girdiği 1985 yılından önce, uygulamada, konsoloslukların Türkiye'de evlenme memuru yetkilerini kullanabilmelerine, yalnızca milletlerarası antlaşmanın bulunması halinde cevaz verilmekteydi<sup>17</sup>. Doktrinde yabancı devlet konsoloslarının Türkiye'de evlendirme memuru yetkilerini kullanmasına konsolosun bağlı olduğu devlet ile Türkiye arasında milletlerarası antlaşma olmasa dahi izin verilebileceği; zaten Türk mevzuatında antlaşmanın varlığını zorunlu kılan bir hükmün yer almadığı ifade edilmişti<sup>18</sup>. Ancak, 1985 yılında yürürlüğe giren Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. maddesi ile, Türkiye'nin, sadece milletlerarası

<sup>15</sup> SAYMAN Yücel, Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982, s. 173.

<sup>16</sup> SAYMAN, 173.

<sup>17</sup> SAYMAN, 173-174.

<sup>18</sup> ÖKÇÜN Gündüz, Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları, Ankara 1973, s. 62; SAYMAN, 176.

antlaşma bulunan hallerde konsoloslukların geçerli evlenme yapılabilmesi şeklindeki sistemi bıraktığı; yabancı devletin kendi konsolosuna yetki vermesini yeterli saydığı ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Gerçekten de Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. maddesinin ikinci fıkrasında “*aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye'deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler*” ifadesine yer verilmiştir. Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, konsolosun kendi milli kanununa göre evlendirme yetkisine sahip olması tek başına yeterli kabul edilmiştir.

Ancak konsolosluk antlaşmasında, konsoslara evlendirme memuru yetkisi verilmemiş olabilir. Nitekim Macaristan ile 1939 yılında yapılan konsolosluk antlaşmasında<sup>20</sup> başkonsolos, konsolos ve muavin konsoloslar ve diğer konsolosluk memurları nikâh akdedemezler hükmü yer almaktadır.

Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı, kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, vatandaşı oldukları devletin Türkiye'deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler. Ancak evlenecek kişilerin farklı vatandaşlıkta olması halinde, evlilik, yalnızca Türk makamları huzurunda yapılabilecektir. Nitekim 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun “evlendirme yetkisi” başlığını taşıyan 22. maddesinin (2). fıkrasında ve Evlendirme Yönetmeliği'nin 12. maddesinin (1). fıkrasında, eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye, belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir.

Türkiye'nin yaptığı iki taraflı konsolosluk antlaşmalarında, konsolosların sadece kendi vatandaşları arasındaki evlilik akitlerini yapabilecekleri ifade edilmiştir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Cemahiriyesi Arasında İmzalanan Konsolosluk Sözleşmesinin<sup>21</sup> 35(8)(b) maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin<sup>22</sup> 35(8)(b) maddesinin

<sup>19</sup> TEKİNALP Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, 11. baskı (G. Tekinalp/A. Uyanık Çavuşoğlu), İstanbul 2011, s. 182.

<sup>20</sup> Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Kırallığı Arasında Akd ve İmza Olunan Konsolosluk Mukavelesile Merbutatının Tasdiki Hakkında Kanun, Kanun No: 3753 Kabul tarihi: 20.12.1939, RG 27 Kanunuevvel 1939/13021.

<sup>21</sup> Karar Sayısı: 2003/6013: 8 Şubat 2002 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 23.1.2003 tarihli ve 4797 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Cemahiriyesi Arasında Konsolosluk Sözleşmesi”nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 1.7.2003 tarihli ve KOKD/270936 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 5.8.2003 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 9.9.2003/ 25224).

<sup>22</sup> Karar Sayısı: 89/13718: 27.10.1988 tarihli ve 3489 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Türkiye Cumhuriyeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi”nin onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 4.1.1989 tarihli ve KKVM-KOKD-II-32-65 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü ve 5 inci maddelerine göre, Bakanlar Kurulu'nca 24.1.1989 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 5.3.1989/20099).



de evlenecek kişilerin, konsolosun vatandaşı olması şartı öngörülmüştür. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti ve Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Anlaşması'nın<sup>23</sup> 37(1)(b)(c) maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti ve Romanya Arasında Konsolosluk Anlaşması'nın<sup>24</sup> 38(1)(b)(c) maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti ve Makedonya Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Anlaşması'nın<sup>25</sup> 37(1)(b)(c) maddesinde ve Türkiye Cumhuriyeti ve Lübnan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Anlaşması'nın<sup>26</sup> 37(1)(b)(c) maddesinde aynı yönde hükümler yer almaktadır. Bu hükümlerde müstakbel çiftin her ikisinin de gönderen devlet vatandaşı olmaları halinde konsolosun nikâh kıyabileceği belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu antlaşmalarda taraflardan en az birinin konsolosun vatandaşı olması halinde, kabul eden devlette yapılan nikâhı veya karar verilen boşanmayı tescil etmek konsolosun görevleri arasında sayılmıştır. Gürcistan, Romanya, Makedonya ve Lübnan ile yapılan konsolosluk antlaşmalarında olduğu gibi bazı konsolosluk antlaşmalarında, konsolosların *evlenme akdi yapabilmeleri* ile *evlenme ve boşanmaları tescil etmek* görevleri arasında ayırım yapılmıştır. Evlenme akdi yapabilmeleri için evlenecek kişilerin konsolosun bağlı olduğu devletin vatandaşı olması şartı aranmıştır. Buna karşın, konsolosun bağlı olduğu devletin vatandaşları, konsolosun bulunduğu devletteki yetkili makamlar önünde evlenmiş veya boşanmışsa, evlilik veya boşanma kararlarının konsolos tarafından tescil edilebilmesi için, evlilik akdini yapan ya da boşananlardan birinin konsolosun ait olduğu devletin vatandaşı olması yeterlidir. Aynı düzenleme Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Halk Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin<sup>27</sup> 28. maddesinde de yer almaktadır. Bu maddenin (e) ve (f) bentleri şöyledir:

<sup>23</sup> Karar Sayısı: 97/10151: 12 Haziran 1995 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 17.7.1997 tarihli ve 4295 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Türkiye Cumhuriyeti ve Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Anlaşması"nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 15.10.1997 tarihli ve KOGY-II-5235 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 20.10.1997 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 12.11.1997/23168). Mükerrer).

<sup>24</sup> Karar Sayısı: 2000/475: 6 Temmuz 1999 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 7.3.2000 tarihli ve 4544 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Türkiye Cumhuriyeti ve Romanya Arasında Konsolosluk Anlaşması"nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 30/3/2000 tarihli ve KOGY-II-1723 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 4.4.2000 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 22.5.2000/24056).

<sup>25</sup> RG 18.4.2004/25406.

<sup>26</sup> Karar Sayısı: 2004/7704: 11 Nisan 2004 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 30.6.2004 tarihli ve 5211 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Türkiye Cumhuriyeti ve Lübnan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Anlaşması"nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 20.7.2004 tarihli ve KOKD/297543 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 29.7.2004 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG).

<sup>27</sup> Karar Sayısı: 7/6697: 19.4.1973 gün ve 1707 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ilişki «Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Halk Cumhuriyeti arasında Konsolosluk Sözleşmesi» nin, onay belgelerinin teati edilmesinden 30 gün sonra yürürlüğe girmek üzere Onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 15.5.1973 tarih ve 320.531 KOSSB-632 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarih ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre Bakanlar Kurulunca 2.7.1973 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 16.7.1973/14596).

- e) İlgililerden en az birinin gönderen Devlet vatandaşı olması halinde, kabul eden Devletin mevzuatına göre akdedilmiş evlenmeleri kaydetmek;
- f) Her ikisi de gönderen Devlet vatandaşı olan kişilerin evlenme akitlerini, kabul eden Devlet mevzuatının bunu yasaklamaması halinde, yapmak.

Doktrinde Türkiye'nin yaptığı bazı konsolosluk sözleşmesinde taraflardan sadece birinin konsolosluğunun bağlı olduğu devletin vatandaşı olmasının yeterli sayıldığı; nitekim İtalya ve Bulgaristan ile yapılan konsolosluk antlaşmalarındaki düzenlemenin bu yönde olduğu ifade edilmiştir<sup>28</sup>. Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Kırallığı Arasında Mün'akit Konsolosluk Mukavelenamesi'nin 18. maddesi şöyledir:

Başkonsoloslar, konsoloslar ve muavin konsoloslar ile diplomasi mümessilleri memleketleri kanun ve nizamları ile mezun iseler tebaalarının evlenme işlerini yapabileceklerdir. Müstakbel karı kocadan biri diğer Âkit tebaasından bulunduğu takdirdeki evlenmelerde işbu ahkâm tatbik olunamaz.

İtalya ile yapılan konsolosluk antlaşmasında konsolosların “tebaalarının evlenme işlerini yapabilecekleri” ifade edilmiş ve her iki eşin konsolosun bağlı olduğu devletin vatandaşı olması şartına açıkça yer verilmemiştir. Ancak İtalyan konsolosunun evlendirme yetkisi, İtalyan vatandaşının evleneceği şahsın Türk vatandaşı; aynı şekilde Türk konsolosunun evlendirme yetkisi, Türk vatandaşının evleneceği şahsın İtalyan vatandaşı olması halinde bulunmamaktadır. Türkiye ile İtalya arasındaki konsolosluk antlaşmasında konsolosların “tabalarının” evlenme işlemlerini yapabilecekleri şeklindeki hüküm, iki türlü yorumlanabilir. Resmi Gazete’de antlaşmanın İtalyanca metni yayımlanmadığından antlaşmanın 18. maddesinin İtalyancasını kontrol etme olanağımız olmamıştır. Birinci yorum, konsoloslar kendi tebaalarının evlenme işlerini yapacakları şeklindeki tümceden, konsolosların yalnızca müstakbel eşlerin konsolosun bağlı olduğu devletin vatandaşlığında olması şartının arandığı söylenebilir. İkinci yorum, kendi tebaalarının ifadesi, müstakbel eşlerden yalnızca birinin konsolosun bağlı olduğu devletin vatandaşlığında olmasını yeterli kılmaktadır. Türk doktrininde hâkim olan görüş, ikinci yorumu benimsemiştir.

Ancak aynı sonuca Bulgaristan ile yapılan konsolosluk antlaşmasının 28. maddesi açısından varmak mümkün değildir. Çünkü 28. maddede, konsolosların *nikâh akdi yapma yetkisi* ile konsolosun bulunduğu devletteki yetkili makamlar tarafından yapılan *evlilikleri tescil etme*, kaydetme yetkisi arasında ayırım yapılmıştır. Bulgaristan ile yapılan konsolosluk antlaşmasının 28. maddesinin (f) bendinde “her ikisi de gönderen devlet vatandaşı olan kişilerin evlenme akitlerini, kabul eden devlet mevzuatının bunu yasaklamaması halinde, yapmak” ifadesi yer almaktadır. Dikkate edilecek

<sup>28</sup> DOĞAN Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2015, s. 290 dn. 50; TEKİNALP, 184; ŞANLI Cemal/ESEN Emre/İnci ATAMAN FİGANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. bası, İstanbul 2014, s. 127; SAYMAN, 180.

olursa, konsolosun evlendirme yetkisi bakımından, müstakbel eşlerin her ikisinin de konsolsun bağlı olduğu devletin vatandaşı olması şartı öngörülmüştür. Buna karşın, konsolosta evlenmeyip konsolosluğun bulunduğu devletin yetkili makamları önünde evlenen şahıslar açısından Türk ve Bulgar konsolosluklarının bu evlilikleri tescil görevi vardır. Örneğin, Türkiye’de belediyede evlenen iki Bulgar vatandaşı, konsolosluklarına başvurarak yaptıkları evliliğin tescilini talep edebilirler. Böyle bir durumda konsolosluk evlilik akdini icra etmemekte, Türk makamları tarafından yapılan evlilik akdini kaydetmektedir. Bulgaristan ile yapılan konsolosluk antlaşmasınının 28. maddesinin (e) bendine göre, ilgililerden en az birinin gönderen devlet vatandaşı olması halinde, kabul eden devletin mevzuatına göre akdedilmiş evlenmeleri kaydetmek konsolosun görevleri arasında sayılmıştır. Ancak evliliklerin kaydı açısından evlenen şahıslardan sadece birinin konsolosun bağlı olduğu devletin vatandaşı olması yeterlidir. O halde Türkiye ile Bulgaristan arasında yapılan antlaşmadaki bu ayrım dikkate alındığında, gerek Bulgaristan konsolosluklarının Türkiye’de gerekse Türk konsolosluklarının Bulgaristan’da evlendirecekleri şahıslardan her ikisinin de kendi vatandaşı olmaması halinde evlendirme yetkisinden söz edilemeyecektir.

Türkiye’nin yaptığı iki taraflı konsolosluk antlaşmalarında, konsolosların evlendirme memuru yetkisini kullanması genellikle her iki eşin de kendi vatandaşı olması şartına bağlanmıştır. Aynı yönde bir hüküm Evlendirme Yönetmeliği’nde de yer almaktadır. Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler”.

Yukarıda belirtilen iki taraflı konsolosluk antlaşmalarında yer alan hükümlerin örneklerini artırmak mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti arasında iki taraflı konsolosluk antlaşması vardır. Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi<sup>29</sup>, 1993 yılında yürürlüğe girmiştir. İki devletin konsoloslarının kişi hallerine ilişkin görevleri, Sözleşme’nin 37. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin (1). fıkrasının (b) ve (c) bentleri şöyledir:

- b) Müstakbel eşlerin **her ikisinin de gönderen devlet vatandaşı** olmaları halinde nikâh kıymak ve ilgili belgeleri düzenlemek. Kabul eden devletin mevzuatının gerektirmesi halinde konsolosluk kabul eden devletin yetkili makamlarına kıyılan nikâhlar hakkında bilgi verecektir.
- c) Taraflardan **hiç olmazsa birinin gönderen devletin vatandaşı olması** şartıyla kabul eden devletin kanunları uyarınca kıyılan nikâhı veya karar verilen boşanmayı **tescil etmek**.

<sup>29</sup> Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG 21.4.1993/ 21559.

Sözleşme'nin 37. maddesinin (b) bendinden, Türk ve Azerbaycan konsolosluklarının evlendirme memuru sıfatıyla hareket edebilmelerinin, evlenecek taraflardan her ikisinin sadece gönderen devletin vatandaşı olması halinde mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme'nin 37. maddesinin (c) bendinde ise, konsolosluklar dışında her bir akit devletin yetkili makamları huzurunda yapılan evlilik ve boşanmaların diğer akit devletin konsolosluğunda tescili düzenlenmiştir.

## B. Çok Taraflı Antlaşmalara Göre Müstakbel Eşlerden Birinin Konsolosun Bağlı Olduğu Devletin Vatandaşı Olmaması Halinde Konsolosların Evlendirme Yetkisi

*Nomer*, Türkiye'de bulunan konsolosların sadece kendi vatandaşları arasındaki evlilikleri yapabileceklerini; kendi vatandaşları ile diğer devletlerin vatandaşları arasındaki evlilikleri yapamayacaklarını belirtmiştir<sup>30</sup>. *Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe* ise, iki taraflı konsolosluk antlaşmalarında müstakbel eşlerden sadece birinin konsolosun vatandaşı olmasını yeterli kabul eden iki taraflı konsolosluk antlaşmaları hariç, Türkiye'de bulunan yabancı konsoloslukların kendi vatandaşı olmayan birini evlendirmesi halinde evliliğin şeklen geçerli olmayacağı görüşündedirler<sup>31</sup>. Ancak evliliğin Türkiye'de şeklen geçerli olmaması, konsolosun ait olduğu devlette şeklen geçerli olmasına engel değildir. *Uluocak ve Sayman*, konsolosların evlendirme memuru yetkisi açısından iki sistem bulunduğunu; mutad sistem uyarınca konsolosların sadece kendi vatandaşlarını evlendirebileceğini; liberal sisteme göre, konsolosların kendi vatandaşı ile üçüncü bir devlet vatandaşını evlendirebileceklerini; Türkiye'nin yaptığı iki taraflı konsolosluk antlaşmalarında –İtalya ile olan hariç– mutad sistemin kabul edildiğini; Türkiye'nin katıldığı çok taraflı sözleşmelerde ise liberal sistemin kabul edildiğini ifade etmiştir<sup>32</sup>.

*Sayman*'ın da sözünü ettiği ve konsolosun müstakbel eşlerden birinin kendi devletin vatandaşı, diğerinin üçüncü bir devletin vatandaşı olmasına olanak tanıyan çok taraflı antlaşmalar iki tanedir: Birincisi, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu ve ikincisi, Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılması Hakkındaki Sözleşme'dir.

Türkiye'nin de taraf olduğu<sup>33</sup> Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu'nun 5. maddesinin (f) bendinde, konsoloslara kişi halleri memuru sıfatıyla hareket etme yetkisi tanınmıştır. (f) bendinde, noter ve kişi halleri memuru sıfatıyla

<sup>30</sup> NOMER, 250.

<sup>31</sup> ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, 127.

<sup>32</sup> ULUOCAK Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 63, 239-240; SAYMAN, 179.

<sup>33</sup> [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOLINE&tabid=2&mtdsg\\_no=iii-6&chapter=3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOLINE&tabid=2&mtdsg_no=iii-6&chapter=3&lang=en) (26.10.2015).

hareket etmek ve benzeri görevleri ve kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde bazı idari mahiyetteki görevleri yapmak konsolosların görevleri arasında sayılmıştır. Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu'na ilişkin resmi raporun 7. sayfasının 12. paragrafında, Konvansiyonun 5. maddesinde konsolosa tanınan evlendirme memuru yetkisinin, konsolosun vatandaşı ile başka bir devletin vatandaşı arasındaki evlilik akdini icra etmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Rapora göre:

“12. Kişi halleri memuru olarak, konsül veya diğer konsolosluk memurları, gönderen devletin yasaları ve mevzuatı uyarınca şahsi sicilleri tutar ve doğum, evlilik, ölüm, nesebe ilişkin belgeleri tescil eder. Ne var ki, ilgili şahıslar, kabul eden devletin yasalarının gerekli kıldığı bütün beyanları yapmakla yükümlüdürler. Konsolosluk memurları aynı zamanda gönderen devletin hukukuna göre, kendi vatandaşları arasındaki veya **kendi vatandaşları ile başka bir devletin vatandaşları arasındaki evlilikleri, bu evlilikler kabul eden devletçe yasaklanmadığı sürece, akdedebilirler**”<sup>34</sup>.

Viyana Konvansiyonu'nun 5. maddesine ilişkin gerekçe uyarınca konsolosların kendi vatandaşları ile başka bir devletin vatandaşları arasındaki evlilikleri yapabilmeleri için bu evliliklerin kabul eden devletçe yasaklanmamış olması gerekir. Türk hukukunda konsolosların kendi vatandaşı ile başka bir devletin vatandaşı arasındaki evliliği yapmasını yasaklayan açık bir hüküm yer almamaktadır. Usulüne uygun olarak onaylanan milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedirler. Bu nedenle Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmalarda konsolosların kendi vatandaşları ile üçüncü devletlerin vatandaşlarını evlendirmesine ilişkin olarak yer alan hükümler de Türk hukukunun bir parçasını teşkil etmektedirler. Aşağıda yapılacak açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Türk hukukunda, konsolosların sadece kendi vatandaşları arasındaki evlilikleri yapması kabul edildiği gibi konsolosların, kendi vatandaşları ile üçüncü devlet vatandaşları arasındaki evlilikleri yapması da kabul edilmiştir.

Viyana Konvansiyonu'nun 5. maddesine ilişkin gerekçede de açıkça ifade edildiği üzere, âkit devletlerin konsoloslarına evlendirme memuru yetkisi genel olarak tanınmıştır. Türkiye ve diğer âkit devletler, Viyana Konvansiyonu'na katılmakla diplomatik evlenme alanını genişletmiştir. Kural olarak Viyana Konvansiyonu'na taraf olmakla Türkiye, Viyana Konvansiyonu'na taraf olan bütün devletlerin konsolosla-

<sup>34</sup> (12) In his capacity as registrar, the consul or any other consular official keeps the registers and enters all relevant documents relating to births, marriages, deaths, legitimations, in accordance with the laws and regulations of the sending State. Nevertheless, the persons concerned must also make all the declarations required by the laws of the receiving State. The consular official may also, if authorized for that purpose by the law of the sending State, solemnize marriages between nationals of his State **or between nationals of the sending State and those of another State**, provided that this is not prohibited by the law of the receiving State” [United Nations Conference on Consular Relations Vienna 4 March-22 April 1963, Official Records, Volume II: Annexes Vienna Convention on Consular Relations Final Act Optional Protocols Resolutions, s. 7].

rının kendi vatandaşı ile başka bir devlet vatandaşı arasındaki evlilik akdini yapma yetkisini kabul etmiştir.

Viyana Konvansiyonu'nun 73. maddesi, Konvansiyon ile diğer milletlerarası antlaşmalar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Viyana Konvansiyonu'nun 73. maddesine göre, bu Sözleşme hükümleri, yürürlükteki diğer uluslararası anlaşmalara taraf olan devletler arasındaki ilişkilerde bu anlaşmaları haleldar etmeyecektir. Aynı maddenin (2). fıkrasına göre, bu Sözleşmenin hiç bir hükmü, devletleri, Sözleşme hükümlerini teyit eden, tamamlayan veya ıslah eden veya bunların uygulama alanını genişleten uluslararası anlaşmalar akdetmelerine engel olmayacaktır. Türkiye'nin yaptığı iki taraflı konsolosluk antlaşmalarında iki devlet arasındaki diğer uluslararası antlaşmaları saklı tutulmuşsa o zaman iki taraflı antlaşmalarda konsolosların sadece kendi vatandaşı arasındaki evlilik akitlerini yapmasına izin veren hükümleri yerine Viyana Konvansiyonu'nun 5. maddesi öncelikle uygulanacak ve konsolosların, biri kendi vatandaşı diğeri başka bir devletin vatandaşı olan kişiler arasındaki evlilikleri akdetme yetkisi kabul edilecektir.

Örneğin, Türkiye ile Azerbaycan arasındaki konsolosluk antlaşması, Viyana Konvansiyonu'ndan sonra 1992 yılında yapıldığından 73. maddenin (2). fıkrası esas alınacaktır. Türkiye ile Azerbaycan, Viyana Konvansiyonu'na taraftır ve aynı zamanda Türkiye ile Azerbaycan arasında iki taraflı konsolosluk antlaşması vardır. Türkiye ile Azerbaycan arasındaki iki taraflı konsolosluk antlaşması, konsolosların sadece kendi vatandaşı arasındaki evlilik akitlerini yapmasına izin vermişken Viyana Konvansiyonu konsoloslara hem kendi vatandaşları arasındaki evlilikleri hem de biri kendi vatandaşı diğeri başka bir devletin vatandaşı olan kişiler arasındaki evlilikleri akdetme yetkisini de vermiştir. Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin iki taraflı olması, sonradan yapılması ve özel mahiyette olması sebebiyle iki taraflı konsolosluk antlaşmasının Viyana Konvansiyonu'na nazaran öncelikle uygulanacağı öne sürülebilir. Ancak Türkiye ile Azerbaycan arasında yapılan iki taraflı konsolosluk antlaşmasının 57. maddesi, iki devlet arasındaki diğer uluslararası antlaşmaları saklı tuttuğundan Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin öncelikle uygulanması gerektiği iddia edilemeyecektir. Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin 57. maddesine göre, konsolosluk memuru, gönderen devletin kendisine verdiği, kabul eden devlet mevzuatının yasaklamadığı ve kabul eden devletin karşı çıkmadığı ya da **iki ülke arasında yürürlükte olan uluslararası anlaşmalarda belirtilmiş her türlü diğer görevi de ifa edebilir.** Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi'nin 57. maddesinde belirtilen iki ülke arasında yürürlükte olan uluslararası anlaşmalar arasında hiç şüphesiz Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu da yer almaktadır. Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu'nun 5. maddesi ve bu maddeye ilişkin raporda, konsolosların, kendi vatandaşı ile başka bir devletin

vatandaşı arasındaki evlilik merasimini gerçekleştirmesi kabul edilmiştir. O halde her ne kadar Azerbaycan ile Türkiye arasındaki iki taraflı konsolosluk antlaşması uyarınca Azerbaycan konsolosunun Azeri vatandaşı ile diğer bir devlet vatandaşı arasındaki evlilik merasimini icra etme yetkisi yoksa da, iki taraflı konsolosluk antlaşmasınının 57. maddesinde saklı tutulan milletlerarası antlaşmalardan biri olan Azerbaycan ve Türkiye'nin taraf olduğu Viyana Konvansiyonu'nun 5. maddesi ve bu maddeye ilişkin rapor uyarınca Azerbaycan konsolosu, Azeri vatandaşı ile diğer bir devlet vatandaşı arasındaki evlilik merasimini icra edebilir.

Konsolosların, kendi vatandaşları ile başka devletlerin vatandaşları arasındaki evlilik akitlerini yapma yetkisi, Viyana Konvansiyonu'nun yanı sıra Türkiye'nin 1967 yılında taraf olduğu Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılması Hakkındaki Sözleşme'de de kabul edilmiştir. Sözleşme'nin<sup>35</sup> 5. maddesine göre, akid devletlerden birinin kanunu evlenmenin dinî merasimle icrasına mecburi kıldığı takdirde, diğer akid devletlerin elçilik veya konsolosluk memurları kendi kanunları müsaade ettiği takdirde bu memlekette evlenme akdini icra edebilirler. Şu şartla ki, eşlerden **en az biri elçilik veya konsolosluk memurunu tayin eden devletin uyruklığında bulunmalı** ve eşlerden hiçbiri evlenme akdinin yapıldığı devlet vatandaşlığında olmamalıdır. Bu takdirde evlenme öncesi ilânlar münhasıran elçilik veya konsolosluk memurunu tayin eden devletin kanununa göre yapılacaktır. Ayrıca Türkiye ile İtalya arasındaki konsolosluk antlaşmasınının 18. maddesinde<sup>36</sup> de konsolosların kendi vatandaşı ile üçüncü devlet vatandaşı arasındaki evlilik sözleşmesini yapması kabul edilmiştir<sup>37</sup>.

### **C. Konsolosluklarda Yapılan Evliliklerin Şekli Geçerliliğinin Tabi Olduğu Hukuk**

Konsolosluklarda yapılan evliliğin geçerli olup olmadığı, konsolosun ait olduğu devletin hukukuna tabi bir meseledir. Çünkü her konsolos, evlenme akdini kendi hukukuna göre yapar. Diğer bir ifadeyle, konsolosluklarda gerçekleştirilen evlilikler konsolosun bağlı bulunduğu devletin hukukuna tabidir<sup>38</sup>. MÖHUK'un 13(3). maddesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan evliğin şekli geçerliliği yapıldığı yer hukukuna tabidir. Konsolosluklar Türkiye'de bulunmasına rağmen konsolosluklarda yapılan

<sup>35</sup> Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılması Hakkındaki Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, RG 8.7.1967/12642.

<sup>36</sup> RG 7.4.1931/1768.

<sup>37</sup> SAYMAN, 180.

<sup>38</sup> ŞANLI/ESEN7ATAMAN FİFANMEŞE, 126; NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21. bası, İstanbul 2015, s. 249; ÇELİKEL Aysel/ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. bası, İstanbul 2012, s. 232; DOĞAN İzzet, Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara 2010, s. 37; SAYMAN, 176-177; AKINCI Ziya/DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 22..

evlenmeler açısından *lex loci celebrationis* kuralı uygulanmamaktadır. Konsoloslukta yapılan evlenmelerin şekli geçerliliği, konsolosun bağlı bulunduğu devletin hukukuna tabidir. Türkiye’de yapılan evliliklerde geçerli tek şekil medeni nikâh olmakla beraber *lex loci celebrationis kuralı konsolosluklarda yapılan evlenmelerin şekli geçerliliği açısından uygulanmadığından* Türkiye’de bulunan konsolosluklarda dini evlenme yapılabilecektir. Ancak konsolosluk evlendirmeleri açısından evliliğin konsoloslukta yapılması yeterli değildir. Ayrıca evlendirmenin konsolos tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Konsoloslukların evlendirme memuru yetkisi gönderen devlet tarafından verilmekte ve kabul eden devlet tarafından tanınmaktadır. Dolayısıyla Türkiye’de bulunan konsoloslukta bir din adamı tarafından yapılan evlendirme, konsolos tarafından yapılan evlendirme olarak kabul edilmeyecek ve geçerli sayılmayacaktır<sup>39</sup>.

İki taraflı konsolosluk antlaşmalarında ve Viyana Konvansiyonu’nda evliliğin şekil şartlarına aykırılığın müeyyidesi düzenlenmemiştir. Milletlerarası antlaşmalarda, sadece konsolosun evlendirme memuru yetkisi düzenlenmiştir. Doktrinde de ifade edildiği üzere<sup>40</sup>, evlenmenin şekil şartlarına aykırılığının müeyyidesi, evliliğin yapıldığı yer hukukuna; konsolosluklarda yapılan evliliklerde ise, konsolosun bağlı olduğu devletin hukukuna göre belirlenir. O halde şekil şartlarına aykırı olan bir evliliğin, yok hükmünde mi sayılacağı yoksa butlanla mı malul olduğu ya da total evlilik olup olmadığı, konsolosun ait devletin hukuku uyarınca tespit edilecektir.

## SONUÇ

Evlenme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesi ile güvence altına alınan bir temel haktır. AİHS’in 12. maddesi uyarınca, evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir. Anayasa’nın 90/V. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmaların iç hukuka nazaran öncelikle uygulanır. Usulüne göre onaylanmış milletlerarası antlaşmaların, iç hukuka ve dolayısıyla iç hukukun bir parçasını teşkil eden Evlendirme Yönetmeliği’ne nazaran öncelikle uygulanır. İki taraflı konsolosluk antlaşmalarının neredeyse tamamında konsolosun evlendirme yetkisi, müstakbel eşlerin kendi vatandaşı olmasıyla sınırlandırılmıştır. Bununla beraber Türkiye ile Azerbaycan arasında yapılan iki taraflı konsolosluk antlaşmasının 57. maddesi örneğinde olduğu gibi konsolosluk antlaşmasında iki devlet arasındaki diğer uluslararası antlaşmaların saklı tutulduğu ve saklı tutulan antlaşmalar arasında Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılması Hakkındaki Sözleşme ile Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Konvansiyonu’nun yer aldığı hallerde Viyana Konvansiyonu’nun 5. maddesine ilişkin gerekçede

<sup>39</sup> SAYMAN, 179.

<sup>40</sup> TEKİNALP, 187-188; NOMER, 251; DOĞAN (Vahit), 291.



belirtildiği üzere, konsolosun, kendi vatandaşı ile üçüncü bir devlet vatandaşı arasındaki evlilik akdini yapmasına izin verildiğini de dikkate almak gerekir.

Gerek iki taraflı konsolosluk antlaşmalarında gerekse Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılması Hakkındaki Sözleşme ile Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Konvansiyonu'nda evliliğin şekil şartlarına aykırılığın müeyyidesi düzenlenmemiş olmakla beraber konsoloslukta yapılan evlenmenin şekil şartlarına aykırılığının müeyyidesinin konsolosun bağlı olduğu devletin hukukuna göre belirleneceğinde tereddüt yoktur.

### **YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- AKINCI Ziya/DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- AYBAY Rona, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Türkiye İş Bankası Kültür yayınları 2009.
- ÇELİKEL Aysel/ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 12. bası, İstanbul 2012.
- DOĞAN İzzet, Öğreti ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara 2010.
- DOĞAN Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2015.
- EKŞİ Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, İstanbul 2012.
- EKŞİ Nuray, Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat, 9. bası, İstanbul 2015.
- HOWERY W.H., Marriage by Proxy and Other Informal Marriages, 13(1944-1945) U. Kan. City L. Rev.
- NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21. bası, İstanbul 2015.
- ÖKÇÜN Gündüz, Konsolosluk Kanunu Hazırlık Çalışmaları, Ankara 1973
- PARRY Clive, A Conflicts Myth: The American "Consular" Marriage, 67(1954)7 HLR.
- SAYMAN Yücel, Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982.
- ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. bası, İstanbul 2014.
- TEKİNALP Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, 11. bası (G. Tekinalp/A. Uyanık Çavuşoğlu), İstanbul 2011.
- ULUOCAK Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989.
- United Nations Conference on Consular Relations Vienna 4 March-22 April 1963, Official Records, Volume II: Annexes Vienna Convention on Consular Relations Final Act Optional Protocols Resolutions.



# YANGIN SİGORTALARINDA YAPI MALİKİNE RÜCU

## (Recourse to The Owners of The Constructions Within The Fire Insurance)

Yrd. Doç. Dr. İrem ARAL ELDELEKLİOĞLU \*

### ÖZET

Uygulamada yangın sigortası sözleşmeleri kapsamında sigortalılarına tazminat ödemesi yapan sigortacıların, yangının çıkış nedenine bağlı olarak yapı maliklerine sıklıkla rücu davası ikame ettiği görülmektedir. Riziko ve teminatın kapsamının, sigortacının kanuni halefiyetinin şartlarının gerçekleştiğinin, yangının meydana gelme şekli ve sebebinin doğru tespit edilememesi gibi nedenlerle özellikle yangın sigortalarında yapı malikine yöneltilen rücu talep ve davaları çoğunlukla doğru ve yerinde olmamaktadır. Bu bağlamda özellikle halefiyetinin şartlarının gerçekleşmiş olması ve yapı malikinin zarar sorumlusu olarak nitelendirilmesinin temel prensipleri her somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Çalışmada yangın sigortaları kapsamında yapı maliklerine karşı ikame edilen rücu davalarında sıklıkla yaşanan sorunların giderilmesi açısından özellikle Yargıtay'ın çok yeni tarihli kararlarına çok sayıda yer vermek suretiyle değerlendirilme yapılmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yangın sigortası, riziko, teminat, halefiyet, 6098 sayılı Borçlar Kanunu, bina malikinin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, rücu davaları

### *Abstract*

In practice, insurers whom paid the compensation to their insured ones within the scope of fire insurance contracts, often file recourse suits against the owners of the constructions due to the reasons causing fires. Frequently these recourse demands and cases against the owners of the constructions are not built right within the reasons of not being able to identify, the scope of the risk and the coverage properly; the terms of legal subrogation right of the insurer; the reason of the fire. Thus, especially the existence of the terms of legal subrogation right of the insurer and the basic principals of the owners of the constructions being characterized as the person liable for the damages should be evaluated regarding the properties of every single actual case. This study especially includes many and

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

very recent rulings of Supreme Court of Justice due to solve the problems arising frequently from the recourse suits against the owners of the constructions related to fire insurance.

**Keywords:** Turkish Code of Commerce no. 6102, fire insurance, risk, coverage, contract, subrogation, Turkish Code of Obligations no. 6098, liability of the owner of the construction, absolute liability, recourse cases.

## I. Halefiyet Kavramı

Sigorta ettiren, gerçekleşme ihtimaline karşı sigorta sözleşmesi akdettiği rizikonun üçüncü bir şahsın fiili sonucu meydana gelmesi durumunda meydana gelen zararını zarar sorumlusundan isteyebileceği gibi sigorta sözleşmesine dayanarak sigortacıdan da talep edebilir. Eğer sigorta ettiren sigorta tazminatını almayı yeğlerse sigortalının zarar sorumlusuna karşı olan talep ve dava hakkı sigortacıya intikal eder. Yani sigortacı sigortaliya halef olur<sup>1</sup>.

Sigortacı yangın sigortası poliçesi kapsamında sigortalısının zararını tazmin ettikten sonra kanuni halefiyet hakkına dayanarak, yangına ve hasara neden olan zarar sorumlusuna karşı rücu etme hakkına sahiptir. Sigortacı bu rücu hakkını talep ve gerektiğinde dava yoluyla kullanabilir.

Halefiyet etimolojik olarak bir kimsenin yerine başkasının geçmesi halidir<sup>2</sup>.

Halefiyet, zarar gören sıfatı ile sigorta ettiren rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle meydana gelen zararlar için üçüncü bir şahsa karşı tazminat alacağına sahip olması durumunda bu hakkın, ödenen sigorta tazminatı miktarınca kanun icabı sigortacıya geçmesi halidir<sup>3</sup>.

Halefiyet, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun<sup>4</sup> zarar sigortaları kapsamında 1472. maddesinde, sorumluluk sigortaları kapsamında 1481. maddesinde düzenlenmektedir.

**“Halefiyet”** başlıklı 1472. maddede;

*“Sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı*

<sup>1</sup> Kanuni halefiyet hakkında detaylı bilgi için bkz. ARSEVEN, s. 17; ATABEK, Sigorta Hukuku, s.177 vd; ATABEK, Halefiyet ve Rücu, s.220 vd; BAŞBUĞOĞLU, s. 1816; BOZER, 1981, s.106 vd; BOZER, 1965, s.212 vd; DOĞANAY, Şerh, s.3116 vd; DOĞANAY, Halefiyetin Şümülü, s.333 vd; KENDER, HSH, s. 351 vd; KENDER, Halefiyet, s.173 vd; KILIÇOĞLU, Kanuni Halefiyet, s.84 vd; KILIÇOĞLU, Halefiyet ve Rücu, s.395 vd; OMAĞ, Halefiyet.

<sup>2</sup> Türk Hukuk Lügatı, s.115.

<sup>3</sup> OMAĞ, Halefiyet, s.37.

<sup>4</sup> RG:14.02.2011, 27846.

uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.

*Sigortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur.*” düzenlemesi yer almaktadır.

TTK.m.1481 hükmünde,

*“Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur.*

*Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı gereğince, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.*

*Sigortalı veya zarar gören, birinci fıkra gereğince sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur”* düzenlemesi yer almaktadır.

Sigortacının halefiyet hakkı Türk Ticaret Kanunu’ndan kaynaklansa da, Yangın Sigortası Poliçe Genel Şartlarının **“Hasar ve Tazminatın Sonuçları”** başlıklı **B.8** hükmünün **8/2 fıkrasında** *“Sigortacı, ödediği tazminat tutarınca hukuken sigorta ettiren/sigortalı yerine geçer.”* şeklinde yer alan düzenleme uyarınca kaynağını sigorta sözleşmesinden de almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen halefiyet kanuni halefiyet olup akit dışı bir temele dayanır<sup>5</sup>. Aynı zamanda bir şahsi halefiyet olup, şahsi ikame veya halefiyet mevcut bir hukuki münasebette alacaklının şahsı değişmektedir<sup>6</sup>. Bunun yanı sıra cüz’ i halefiyettir zira bir şahsın sahip olduğu malvarlığının aktifi ve pasifi ile bir bütün olarak başkasına intikali söz konusu değildir<sup>7</sup>.

Bu husus, Y.11.HD, 12.10.2004 T, 2004/507 E, 2004/9701 K sayılı kararında, *“Sigortacı, sigorta ettiren yerine geçtiği için şahsi ve ödediği bedelle sınırlı olduğundan cüz’ i haleftir”* şeklinde hüküm tesis edilmesi suretiyle isabetli olarak vurgulanmıştır<sup>8</sup>.

## II. Halefiyetin Şartları

Rizikonun sebep olduğu zararı, aralarındaki sigorta sözleşmesi gereği sigortacıya ödeyen sigortacının, sigortalının zarar sorumlusuna karşı sahip olduğu talep ve dava

<sup>5</sup> OMAÇ, Halefiyet, s.67.

<sup>6</sup> KILIÇOĞLU, Halefiyet ve Rücuu, s.67-68.

<sup>7</sup> OMAÇ, Halefiyet, s.68-69.

<sup>8</sup> OMAÇ, Halefiyet, s.68, dn.110a.

hakkına sahip olabilmesi yani halefiyetin gerçekleşmesi için bazı şartların varlığı gerekir.

TTK.m.1472 hükmü uyarınca sigortacının halefiyetinden söz edebilmek için sigortacının sigortalısı ile sigorta sözleşmesi yapması, rizikonun gerçekleşmesi üzerine sigortalısına ödemede bulunması ve sigortalısının zarar sorumlusuna karşı dava hakkına sahip olması gerekmektedir.

Sigortacının halefiyetinin şartlarının kapsamı ve bunların hepsinin birlikte mevcut olması gerekliliği hususu Y.11.HD, 17.09.2001 T, E.4171, K.6862 sayılı kararında “*Sigorta şirketinin halefiyet hakkına dayanarak rücu davası açabilmesi için öncelikle sigorta ettiren ile arasında bir sigorta sözleşmesinin bulunması, sigortacının bu sözleşmeye dayanarak sigortalısına ödeme yapmış olması ve sigorta ettirenin kendisine zarar verenlere karşı bir dava hakkının var olması koşullarının birlikte bulunması gerekmektedir*” şeklinde hüküm tesis edilmek suretiyle vurgulanmıştır<sup>9</sup>.

Nitekim YHGK, 05.04.2000 T, E.11-745/K.734 sayılı kararında “*TTK.m.1472 hükmünden kaynaklanan rücu davasında sigortacının kanuni halefiyet nedeniyle 3. şahıs aleyhine rücu davası açabilmesi için sadece sigortalısına sigorta bedelini ödemesi yeterli olmayıp ayrıca sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı 3. şahsa dava hakkı mevcut olması gerekir*” şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle şartların hepsinin birlikte mevcut olması gerekliliğini bir kez daha tekrarlamıştır.<sup>10</sup>

Halefiyetin şartlarının gerçekleşmesiyle sigortacının halefiyeti, kanundaki özel düzenlemenin bir sonucu olarak kendiliğinden oluşur. Sigortalının veya sigortacının bu sonuca yönelmiş bir işlem yapmalarına veya irade açıklamalarına gerek yoktur<sup>11</sup>.

## 1. Hukuken Geçerli Bir Sigorta Sözleşmesinin Varlığı

Sigortacı ile sigorta ettiren arasında, kanunen içermesi gereken bütün esaslı unsurları (sigorta ettiren, sigortacı, menfaat, riziko, sigorta bedeli, prim, süre) içeren bir sigorta sözleşmesi akdedilmiş ve bu sözleşme riziko gerçekleştiğinde mevcut olmalıdır. Sigortacıya halefiyet hakkı kazandıracak ödemenin mutlaka geçerli ve yürürlükte olan bir sigorta sözleşmesine dayanması gerekmektedir. Geçerli olmayan bir sigorta sözleşmesi kapsamında yapılan bir tazminat ödemesi için TTK.m.1472 hükmü anlamında halefiyet söz konusu olamaz.

Nitekim Y.11.HD, 20.05.2002 T, E.1329/K.4876 sayılı kararında “*Geçerli bir sigorta sözleşmesi yok ise gerçekleşen riziko nedeniyle ödeme yapan sigorta şirketinin rücu hakkı doğmaz*” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> ÇELİK/LALE, s.416, K.683. Aynı yönde Y.11.HD, 11.05.2000 T, E.2980, K.4071 sayılı kararı için bkz. ÇELİK/LALE, s.415, K.680.

<sup>10</sup> ÇELİK/LALE, s.413-414, K.678.

<sup>11</sup> OMAĞ, Halefiyet, s.70.

<sup>12</sup> ÇELİK/LALE, s.421-422, K.695.

Sigortacı geçerli bir sigorta sözleşmesi olmaksızın sigorta tazminatını ödemiş ise ya hataen ödeme yapmıştır ya da borçtan sorumlu olmayan bir üçüncü kişi sıfatı ile zarar sorumlusunun borcunu ifa etmiştir. Hataen yapılmış bir ödeme söz konusu ise sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca ödemenin iadesi söz konusu olur. Ancak sigortacı borçtan sorumlu olmayan bir üçüncü kişi sıfatı ile hareket etmiş ise bu şekilde ödeme yapmaktaki amacını açıklaması gerekmektedir.<sup>13</sup>.

## 2. Sigorta Tazminatının Ödenmiş Olması

Sigortacının, Türk Ticaret Kanunu'nun 1427 ila 1429 hükümleri arasında düzenlenmiş olan tazminat ödeme yükümlülüğü, sigorta ettirenin prim ödeme borcunun karşılığı olması bakımından sigortacının asli ve sinellagmatik nitelikte yükümlülüğüdür.

Sigortacının bu yükümlülüğünün ifası ancak rizikonun gerçekleşmesiyle söz konusu olur.

Sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün doğumu şartları;

- Rizikonun sigorta sözleşmesinin süresi içinde meydana gelmesi,
- Gerçekleşen rizikonun sigorta teminatının kapsamına giren bir riziko olması,
- Riziko ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının varlığıdır.

Sigortacının halefiyetin ikinci şartı olan sigorta tazminatının ödenmesi şartının gerçekleşebilmesi için öncelikle sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir.

Sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün en önemli şartı ise gerçekleşen rizikonun sigorta teminatının kapsamında olmasıdır.

### A. Yangın Sigortasında Riziko

Sigorta sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan riziko, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirli olmayan, gerçekleşecekse ne zaman gerçekleşeceği belirli olmayan ve genellikle zarar doğuran olaydır. Riziko maddi bir kayıp veya hasara ilişkin belirsizlik durumudur<sup>14</sup>.

Riziko ortaya çıkması muhtemel tehlike veya zarar verici olayların gerçekleşmesi ihtimalidir<sup>15</sup>.

Riziko sigorta olayı sigorta sözleşmesinin konusunu teşkil eder ve münferit veya

<sup>13</sup> KENDER, HSH, s.354, OMAĞ; Halefiyet, s.73.

<sup>14</sup> KAYIHAN/BAĞCI, s175.

<sup>15</sup> AKHİSAR/ACINAN, s.1.

kategorik olarak tayin edilmiş olması şarttır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesinde tehlike ve riziko kelimeleri aynı anlamda kullanılmakla birlikte tehlike, rizikonun gerçekleşme ihtimalidir<sup>16</sup>.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "**Geçerli olmayan sigorta**" başlıklı 1404. maddesi uyarınca riziko sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden kaynaklanmamalıdır. Hükümde belirtilen nitelikte bir riziko neticesinde doğabilecek bir zararın teminat altına alınması amacıyla sigorta yapılamaz.

Bunun yanı sıra gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesine imkan kalmamış bir riziko için sigorta teminatı sağlanamaz. (TTK.m.1458)

Türk sigortacılık uygulamasında, yangın, ateş, ocak veya herhangi bir ihtirak mahalli haricinde husule gelen veya ihtirak mahalli haricinde sirayet eden, aynı zamanda bir alev içeren zarar veren olay olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>.

Yangın sigortalarında güvence altına alınan riziko, sigortalıya ait taşınır veya taşınmaz mallar ile bunların içinde bulunan eşyanın yanma tehlikesidir<sup>18</sup>.

Yangın, belirli olmayan bir kaynaktan oluşan veya belirli bir kaynağı dışarıdan yardım görmeden taşarak yayılan ateşin meydana getirdiği olaydır<sup>19</sup>.

Faydalı ateş, dost ateş olarak adlandırılan ve soba, ocak ve benzeri ateş yakmaya mahsus yerlerde oluşan ateş yangın sigortası tarafından risk olarak kabul edilmemektedir<sup>20</sup>. Ancak faydalı/dost ateş kaynağını terk ederek yayılmaya başlar ve çevresine zarar verirse artık zararlı ateş/dost olmayan ateş olarak adlandırılır ve yangın sigortası kapsamında risk olarak değerlendirilir<sup>21</sup>.

Yangın Sigortası Poliçe Genel Şartları'nın (YSPGŞ) "**Sigortanın Kapsamı**" başlıklı A.I hükmü uyarınca yangın sigortasının rizikosu "*yangın, yıldırım, infilak veya yangın ve infilak sonucu meydana gelen duman, buhar ve hararet*" tir.

Yıldırım, bir doğa olayının oluşturduğu rizikodur.

Y.11.HD, 21.10.2004 T, 2004/1080-10121 sayılı kararında,

"*Yıldırım olayının sigortalı malda doğrudan doğruya neden olacağı hasarlar teminat kapsamındadır*" şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> KANER, s.5-7.

<sup>17</sup> ERERDİ, s.517.

<sup>18</sup> AKATLI, s. ATABEK, Yangın Rizikosu, s.146-147, ÇEKER, s.183.

<sup>19</sup> ULAŞ, s.304.

<sup>20</sup> ULAŞ, s.304.

<sup>21</sup> ATABEK, Yangın Rizikosu, s.123-152, BAŞBUĞOĞLU, s.1874 vd., ÇEKER, s.182, ERERDİ, s.517.

<sup>22</sup> ULAŞ, s.316.



Y.11.HD, 28.06.2005 T, 2004/11190- K.2005/6853 sayılı kararında,

*“Davalı şirkete sigortalı olan ve davacıya ait işyerindeki paratonere yıldırım düşmesi sonrası işyerinde bulunan elektronik eşyalar hasarlanmış olup, teminat kapsamındadır”* şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>23</sup>.

İnfilak; kazan, boru, makine ve benzeri kapalı kaplardaki gaz ve buharların aşırı genişlemesi sonucu kabın patlaması ile meydana gelen rizikodur.

Y.11.HD, 22.05.2006 T, 2005/4320- 2006/6855 sayılı kararında,

*“Hasarın kazanın susuz kalması sonucu ısınan metalin içe doğru çökme yapmasından kaynaklanmış olabileceği, imalat hatasının bulunmadığı, yangın çıkışın çıkmasının infilak zararlarının teminat kapsamında olduğu”* şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>24</sup>.

Y.11.HD, 31.05.1999 T, 1999/2146-4564 sayılı kararında,

*“Hasarın sadece kompresörün patlamasından değil, patlama ile birlikte oluşan yangından kaynaklandığı bu şekilde genel şartların A.1 maddesindeki koşulların gerçekleştiği”* şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>25</sup>.

Yangın Sigortası Poliçe Genel Şartları'nın A.I hükmü uyarınca yangın sigortasının rizikosu yangın, yıldırım, infilak veya yangın ve infilak sonucu meydana gelen duman, buhar ve hararet olmakla birlikte bu rizikoların hepsinin sigorta sözleşmesi ile teminat kapsamı altına alınıp alınmadığı ya da hepsi alınmıyorsa hangilerinin teminat kapsamında olduğunun ve olmadığının açıkça poliçede ifade edilmesi gerekmektedir. Zira sigortacının tazmin yükümlülüğünün mevcut olup olmadığını mevcutsa kapsamının belirlenmesi açısından sigorta edilen rizikonun kapsamının mümkün olduğu kadar açık bir şekilde tespit ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda rizikonun kapsamına ilişkin olarak TTK.m.1409 ve 5684<sup>26</sup> sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinin 4.fıkrası esas alınmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun “*Sigortanın kapsamı*” başlıklı 1409. maddesinde;

*“Sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur.*

*Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir.”* düzenlemesi yer almaktadır.

TTK.m.1409 hükmü ile sigortacının ancak sözleşmede öngörülen ve belirlenen

<sup>23</sup> ÇELİK/LALE, s.852.

<sup>24</sup> ÇELİK/LALE, s.858-859.

<sup>25</sup> ULAŞ, s.306.

<sup>26</sup> RG: 14.06.2007, 26552.

rizikoların gerçekleşmesinden doğan zarardan sorumlu olacağı emredici şekilde düzenlenmiştir. Anılan düzenleme ile mülga 6762 sayılı TTK.m.1281 hükmünde<sup>27</sup> yer alan ve rizikonun kapsamını çok geniş biçimde düzenleyen yapıdan uzaklaşarak, rizikonun kapsamı daraltılmaktadır. Kanaatimce TTK.m.1409 hükmü ile getirilen bu düzenleme rizikonun kapsamının dolayısıyla teminatın içeriğinin doğru biçimde tespit edilebilmesi ve sigortacının tazmin yükümlülüğünün ifa edilebilmesi açısından son derece yerinde bir düzenlemedir.

Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bir kaçının sigorta sözleşmesi kapsamı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir. (TTK.m.1409/2).

Y.17.HD, 12.12.2011 T, E. 2011/4255, K. 2011/12152 sayılı kararında;

*“TTK’ın 1281. Maddesine (TTK.m.1409/2) göre hasarın teminat dışı olduğunu ispat davalı sigorta şirketine düşmektedir.”* şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Y.11.HD, 27.06.2002 T, E.3965, K.6627 sayılı kararında;

*“Dava yangın sigorta poliçesine dayalı tazminat istemine ait olup uyumsuzluk meydana gelen rizikonun sigorta poliçesi teminatı kapsamında kalıp kalmadığı noktasındadır. Riskin gerçekleşmesi ve gerçek zararın miktarının ispatı sigortalıya, riskin teminat dışı hallerden olduğunun ispatı ise sigortacıdadır.”* şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Rizikonun kapsamına ilişkin olarak TTK.m.1409 hükmünün yanı sıra, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’ nun *“Sigorta Sözleşmeleri”* başlıklı 11. maddesinin 4. fıkrasında;

*“Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.”* düzenlemesi yer almaktadır.

SK.m.11/4 hükmü uyarınca sigortacı tarafından sigorta himayesi altına alınmış rizikolar haricinde kapsam dışı bırakılmış rizikoların poliçede açıkça belirtilmesi gerekir. Poliçede belirtilmemiş rizikoların teminat kapsamında olduğu kabul edilmektedir.

Bu husus Y.11.HD, 26.3.2013 T, E. 2010/13384, K. 2013/5909 ve Y.11.HD, 16.4.2013 T, E. 2011/5996, K. 2013/7392 sayılı kararlarında *“5684 Sigortacılık Kanunu’ nun 11. maddesinde açıkça vurgulandığı üzere, sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış risklerin açıkça belirtilmesi gerekir. Aksi halde belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılacaktır.”* şeklinde hüküm tesis edilmek suretiyle isabetli bir şekilde vurgulanmıştır.

<sup>27</sup> 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ nun *“Vüsat ve şümulü”* başlığı altında *“Umumiyet esası”* başlıklı 1281. maddesinde *“Sigortacı, harb ve isyandan başka bir sebeple mallara arız olan telef ve tagayyür gibi bütün hasarlardan mesul olur. Sigortacının, 1. fıkra gereğince mesul olduğu rizikolardan biri sigorta poliçesinin hükmünden istisna edilmişse vakı hasarın istisna edilen rizikolardan olduğunun ispatı sigortacıya aittir.”* düzenlemesi yer almaktaydı.

Kanaatimce SK.m.11/4 hükmü ile getirilen düzenleme, sigortalının hangi rizikoların teminat kapsamı dışında olduğu hususunu açıkça öğrenebilmesi açısından doğru ve dünya sigortacılık uygulamasına uygun bir düzenlemedir.

Sonuç olarak sigortacı, sözleşmenin kuruluşunda haiz olduğu bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken anılan hükümler uyarınca hangi rizikolar için teminat sunduğunu ve sunmadığını, bir başka deyişle rizikoların istisnalarını açıkça belirtmek ve sigorta ettirene bu hususta bilgi vermek zorundadır.

## B. Yangın Sigortasında Teminat

Yangın sigortası, özel ve ticari amaçla kullanılan her türden bina ve muhteviyatı kendiliğinden meydana gelen yangın, yıldırım, infilak ile bunlardan kaynaklanan buhar, hararet, duman gibi risklerin neden olduğu fiziki hasarları teminat altına alır<sup>28</sup>.

YSPGŞ.m.1 hükmü uyarınca yangın sigortası ile rizikonun sigortalı mallarda doğrudan neden olacağı maddi zararlar teminat altına alınmaktadır. Sigorta sözleşmesi veya sigorta genel şartları ile dolaylı hasarların da sigorta kapsamına alınması mümkündür<sup>29</sup>.

Bunun yanı sıra genel şartların **“Ek Sözleşme İle Teminat Kapsamına Dahil Edilebilecek Haller ve Kayıplar”** başlıklı **A.3 hükmü** uyarınca grev, lokavt, karşılaşık, halk hareketleri, terör, deprem ve yanardağ püskürmesi, kar ağırlığı, sel ve su baskını, yer kayması, fırtına, dahili su, duman, taşıt çarpması, kara taşıtlar, deniz taşıtları, hava taşıtları, kötü niyetli hareketler neticesinde meydana gelen tüm zararlar genel şartlara ve ilişik klozlara göre ek sözleşme ile sigorta teminatının kapsamı içine alınabilirler.

Rizikonun ve teminatın kapsamına ilişkin olarak genel şartlarda yer alan düzenleme son derece açık olmasına ve sigorta poliçesinde açıkça ifade edilmesine rağmen uygulamada teminatın kapsamına ilişkin olarak yargıya intikal etmiş büyük sayıda uyuşmazlık mevcuttur. Genellikle sigortacının rizikonun teminat kapsamında olmadığı gerekçesiyle tazminat ödeme yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçındığı durumlarda sigorta ettiren, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak için dava ikame etmektedir. Bu davalarda rizikonun ve teminatın kapsamı tartışılmakta olup buna bağlı olarak sigortacının tazmin yükümlülüğüne ilişkin hüküm kurulmaktadır. Özellikle yangın sigortasında riziko olarak sayılan olayların tanımlanmasında, teminatın kapsamına dahil olup olmadıklarının belirlenmesinde bu bağlamda özellikle ek klozun mevcut olup olmadığına sıklıkla hataya düşüldüğünden riziko ve teminatın kapsamının doğru belirlenmesi açısından

<sup>28</sup> AKHİSAR/ACINAN, s.53, ERERDİ, s.535.

<sup>29</sup> ÇEKER, s.184; OMAÇ, Yangın Sigortası, s.33 vd.

Yargıtay kararlarının son derece önem arz ettiği ve örnek kararların dikkate alınması kanaatiyle çalışmada bol miktarda karara yer vermekte yarar görülmektedir.

Birbirine benzer nitelik arz eden rizikoların doğru şekilde tanımlanarak teminatın kapsamının belirlenmesine yönelik olarak Y.11.HD; 08.05.1984 T, 1984/1950-2703 sayılı kararında “*Kargaşalık bir topluluk içinde herhangi bir konuda fikir uyuşmazlığından veya hoşnutsuzluklardan meydana gelen karışıklık halidir. Halk hareketi tabiri ile de birkaç münferit olay dışında topluluğun belli bir çoğunluğunun meydana getirdiği anarşik hareketler olarak tavsif edilmelidir*” şeklinde<sup>30</sup> ve Y.11.HD, 10.12.1992 T, 1992/6090-11257 sayılı kararında, “*Halkın devlet ve güvenlik güçlerine karşı gelerek olaylar çıkardıkları, olayların kontrol altına alınmasında güçlük çekildiği, halkın resmi binalarda yangın ve hasarlar meydana getirici eylemler yaptığı*”<sup>31</sup> şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle yangına rizikosunun gerçekleşmesine neden olan kargaşa ve halk hareketleri kavramlarını açıklamıştır.

Y.11.HD; 23.01.1986 T, 1985/7656- 1986/118 sayılı kararında “*Sadece grev sırasında oluşan hasarlar değil, grev sonucu oluşan ve grevle illiyet bağı bulunan tüm hasarlar poliçeye kloz eklenmek suretiyle sigorta teminat kapsamındadır*” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>32</sup>. Söz konusu kararda grev rizikosunun ek kloz ile sigorta teminatı altına alınabileceği ve böylelikle grev yangına sebebiyet vermemiş olsa bile sigortalı şeylerde doğrudan meydana gelen hasarları teminat kapsamına alındığı hususu isabetle vurgulanmıştır.

Poliçe teminatı kapsamına ek kloz ile dahil edilebilen yer kayması rizikosuna ilişkin olarak Y.11.HD, 04.07.2005 T, E.2004/10688, K.2005/7150 sayılı kararında “*Hasarın binanın yapıldığı dolgu zemindeki çökmenin doğal olay sonucu değil de zeminde yapılan dolgunun usulüne uygun yapılmaması nedeniyle binanın içindeki makinelerin ağırlığı ile temellerde düşey çökme meydana geldiği, bu şekilde meydana gelen hasarın poliçeye eklenen yer kayması klozunun kapsamı dışında kaldığı*” şeklinde hüküm tesis etmiş, böylelikle öncelikle bir doğa olayı olarak yer kayması rizikosuna ile doğal nedenlerden kaynaklanmayan, hatalı imalat neticesinde meydana gelen bir kayma olayı arasındaki farkı ortaya koyarak bir doğa olayı şeklinde tezahür etmemiş olan kayma olayının ek kloza rağmen poliçe teminatı kapsamında olmadığına altını çizmiştir.<sup>33</sup>

Poliçe teminatı kapsamına ek kloz ile dahil edilebilen kötü niyetli hareketler rizikosuna ilişkin olarak Y.11.HD, 13.04.2000 T, E.1982-K.3038 sayılı kararında “*Kötü niyetli hareketler ile kastedilen sigortalı emtiaya bilerek ve isteyerek yapılan zarar verici*

<sup>30</sup> ULAŞ, s.309-310.

<sup>31</sup> ULAŞ, s.311-312.

<sup>32</sup> ULAŞ, s.317.

<sup>33</sup> ÇELİK/LALE, s.853.

*eylemlerdir*” şeklinde<sup>34</sup> hüküm tesis etmek suretiyle kötü niyetli hareketler rizikosunun tanımı yapmış ve 05.11.2001 T, 2001/5445-8670 sayılı kararında “*Kötü niyetli hareketlerin sigortalı malda doğrudan doğruya meydana getirdiği zararların ek sözleşme ile teminat kapsamına alınabileceği*” şeklinde<sup>35</sup> hüküm tesis etmek suretiyle teminatın kapsamına dair yol gösterici nitelikte bir karar vermiştir.

Yangın sigortasında teminat kapsamı dışında kalan haller genel şartların “**Teminat Dışında Kalan Haller**” başlıklı **A.4 hükmünde** düzenlenmektedir.

YSPGŞ.m.A.4 hükmü uyarınca,

- Savaş, her türlü savaş olayları, istila, yabancı düşman hareketleri, çarpışma (Savaş ilan edilmiş olsun olmasın), iç savaş, ihtilal, isyan, ayaklanma ve bunların gerektirdiği inzibati ve askeri hareketler nedeniyle meydana gelen bütün zararlar,

- Herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu nükleer artıklardan veya bunlara atfedilen sebeplerden meydana gelen iyonlayıcı radyasyonların veya radyo-aktivite bulaşmalarının ve bunların gerektirdiği askeri ve inzibati tedbirlerin sebep olduğu bütün zararlar, (Bu bentte geçen yanma deyimi kendi kendini idame ettiren herhangi bir nükleer ayrışım olayını da kapsayacaktır.)

- Kamu otoritesi tarafından sigortalı şeyler üzerinde yapılacak tasarruflar sebebiyle meydana gelen bütün zararlar,

- Yangın çıkarmaksızın; sigortalı şeylerin kendi ayıplarından, mayalanmalarından, kavrulmalarından veya bünyelerinde meydana gelen bozulmalar ile kavrulmalar nedeniyle uğradıkları zararlar,

- Yangın çıkarmaksızın sigortalı şeylerin işlenmek için veya başka faydalı bir maksatla ateşe veya sıcaklığa tutulmasından, ocak veya bunun gibi ateş bulunan bir yere düşmesinden veya atılmasından veya elbise, çamaşır ve diğer eşya yanıklığı gibi alev almaksızın kavrulma veya yanmasından veya ısıtma, aydınlatma, ütüleme aletleri ile lamba, mum, sigara ve bunların benzerlerine temasından doğan zararlar,

- Yangın çıkarmaksızın; elektrikle çalışan her türlü motor, elektrik veya elektronik alet, cihaz, tesisat ve kordonlarının elektrik cereyanına bağlı buldukları sırada bu cereyan yüzünden kısa devre, topraklama, voltaj iniş çıkışları ve bu yüzden ısınma ve endüksiyon cereyanı gibi nedenlerle uğrayacakları zararlar,

- Alçak basınç sebebiyle kapların içeri doğru çökmesi, yırtılması ve sair şekilde deformasyonu, yıpranması ile santrifüj kuvvetler ve mekanik olaylar nedeniyle sigortalı cihaz ve motorlarda meydana gelen bütün zararlar mutlak surette teminat kapsamı dışında kalmaktadır.

<sup>34</sup> ÇELİK/LALE, s.835.

<sup>35</sup> ULAŞ, s.314-315.

Teminatın kapsamının ve dolayısıyla sigortacının tazmin yükümlülüğünün doğru şekilde belirlenebilmesi için mutlak surette teminat dışında kalan hallere ilişkin olarak Yargıtay kararları son derece önemli ve yol gösterici niteliktedir. Uygulamada özellikle yangın çıkarmaksızın sigortalı malın kendi ayıbından kaynaklanan zararlara ilişkin çok sayıda uyuşmazlık mevcut olduğundan Yargıtay uygulaması önem arz etmektedir.

Y.11.HD, 22.05.2006 T, E.2005/5890, K.2006/5943 sayılı kararında “*Poliçe genel şartlarının A.4.4.4 hükmü uyarınca yangın çıkartmaksızın sigortalı şeylerin kendi ayıbından kaynaklanan zararların*” teminat dışında olduğu vurgulamış<sup>36</sup> ve 25.10.2005 T, E.2004/11430, K.2005/10281 sayılı kararında “*Davalı sigortacı tarafından sigortalı tesisin kar ağırlığından değil bizahati yapının kendi ayıbından çıktığı savunulduğuna göre mahkemece sigortalı işyerinin kendi ayıbı nedeniyle çöküp çökmediğinin tespiti gerekir*” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>37</sup>. Yargıtay’ın rizikonun meydana gelme sebebinin araştırılarak teminat kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekliliğine ilişkin bu kararının son derece yerinde olduğu kanaatindeyim.

Y.11.HD, 23.09.1993 T, 1993/249-5778 sayılı kararında “*Jeneratör, motor, transformatör, müttatör, elektrik fırın ve ocak, ısıtıcı yorgan ve yastık, ütü, radyo, benzeri her türlü elektrik makine ev aletin, kordonun elektrik cereyanına bağlı buldukları sırada cereyan yüzünden kısa devre, topraklama, voltaj yüksekliğinden, ısınma ve endüksiyon cereyanı gibi sebeplerle doğacak hasarların teminat harici olduğu*” şeklinde<sup>38</sup> hüküm tesis etmek suretiyle sayılan alet ve araçların yangın çıkarmaksızın neden olduğu hasarların teminat dışında olduğu hususunun altını isabetli olarak çizmiştir.

### C. Tazminatın Ödenmesi

Meydana gelen rizikonun poliçe teminatı kapsamında olduğunun tespiti üzerine sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü gündeme gelir. Bu aşamada taraflar ödenecek sigorta bedeli hakkında bir anlaşmaya vardıkları takdirde sigorta şirketi kendi sigortalısının elinden ona ödediği hasar bedeli karşılığı olarak ve genellikle adına “*tazminat makbuzu ve ibraname*” denilen imzalı bir belge alır. Uygulamada sigortacılar hasar sonucu ödedikleri bedel için sigortalıdan bir ibraname alarak onun bir daha bu nedenle kendilerinden herhangi bir hak talebinde bulunmasını engellerler. İbra hak doğuran veya haksız fiilin ortaya çıkardığı bütün hukuki neticeleri ortadan kaldıran bir hukuki tasarruf şeklidir<sup>39</sup>.

Nitekim YHGK, 26.10.2005 T, E.9-546/K.611 sayılı kararında “*İbra sözleşmesi*

<sup>36</sup> ÇELİK/LALE, s.854-855.

<sup>37</sup> ÇELİK/LALE, s.854-855.

<sup>38</sup> ULAŞ, s.306-307.

<sup>39</sup> DOĞANAY, Şerh, s.3115.

gerek öğretide gerekse Yargıtay uygulamasında borcu sona erdiren hallerden birisi olarak kabul edilmektedir. İbra, alacak ve borcu doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kaldırmaktadır” şeklinde<sup>40</sup> ve 16.06.2004 T, E.11-359/K.366 sayılı kararında “İbra borcun sona ermesini sağlayan özel bir sona erme sebebi olup borç ilişkisini değil sadece münferit borcu sona erdirir” şeklinde<sup>41</sup> hüküm tesis etmek suretiyle bu ibra işleminin hukuki niteliği hakkında bilgi vermiştir.

İbranamenin verilmesi sigortacının sigorta bedeli borcunu tüm fer’ ileriyle birlikte ortadan kaldırır. Ancak sigorta bedeli ile hasarın tamamen karşılanmadığı durumda sigortalı bu ibranameye rağmen hasar sorumlusundan aradaki farkı ve zararın meydana gelmesiyle sigorta bedelinin ödenmesi arasındaki zaman için temerrüt faizi isteyebilecektir<sup>42</sup>.

Sigortacının tazmin yükümlülüğünün gündeme gelebilmesi için rizikonun ve hasarın teminat kapsamı dahilinde olması gerekmektedir birlikte uygulamada bazen sigortacının teminat dışında kalan bir hasara ilişkin tazminat ödemesi yaptığı görülmektedir. Bu şekilde yapılan ödemeler “*ex gratia ödemeleri*” olarak adlandırılmakta olup, gerek sözleşmenin yazılış tarzı gerekse hasarın oluş şekli itibarıyla hasarın sigorta teminatı dışında kalmasından dolayı sigortalıların poliçe özel ve genel şartlarına ters düşen tazminat talepleriyle, ekspertiz sonuçlarına vaki itirazlarını değerlendirerek yapılan ödemeler olarak tanımlanmaktadır<sup>43</sup>.

Sigorta sözleşmesi mevcut olmakla birlikte hasar sigorta teminatı dışında kaldığından *ex gratia* ödeme sigorta sözleşmesinden doğan bir edanın ifası zımında yapılmış sayılmaz. Bu sebeple *ex gratia* ödemelerde sigortacı kural olarak geçerli bir sigorta sözleşmesinin mevcut olmadığı hallerdeki imkanlardan yararlanmak suretiyle zarar sorumlusuna rücu edebilecektir. Hiçbir şekilde TTK.m.1472 hükmüne dayanması mümkün değildir<sup>44</sup>.

Y.11.HD, 23.11.2000 T, E.7656, K.9238 sayılı kararında “*Davacı sigortacının sigorta teminatı kapsamında dışında kalan sigortalısının zararını gidermesi bir hatır ödemesi (ex gratia) niteliğinde olmakla bu ödeme açısından halefiyete dayalı rücu davası açma hakkı bulunmamaktadır*” şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle isabetli bir biçimde *ex gratia* ödemeler neticesinde sigortacının kanuni halefiyet hakkının mevcut olmadığı hususunu vurgulamıştır<sup>45</sup>.

Bu durumda sigortacı ödediği bu miktarı geri alabilmek için ya sigorta ettirenin

<sup>40</sup> ÇELİK/LALE, s.871-872, K.1402.

<sup>41</sup> ÇELİK/LALE, s.866-868, K.1395.

<sup>42</sup> SOMER, s.142-143.

<sup>43</sup> IVAMY, s.370-371, OMAĞ, Halefiyet, s.85, SELÇUK, s.3.

<sup>44</sup> ATABEK, Halefiyet ve Rücuu, s.243; BOZER, 1981, s.113; OMAĞ, Halefiyet, s.86.

<sup>45</sup> ÇELİK/LALE, s.418, K.686.

sahip olduğu alacağın temlikini sağlayarak 6098 sayılı Borçlar Kanunu' nun 183. maddesi ve devamı uyarınca zarar sorumlusuna rücu edecektir ya da Borçlar Kanunu' nun 127. maddesi hükmünün<sup>46</sup> şartlarını yerine getirerek bu madde uyarınca halefiyetten yararlanacaktır<sup>47</sup>.

Sigortacının teminat kapsamı dışında kalan hasar için yapmış olduğu ödemeyi ne şekilde geri alabileceğine ilişkin olarak Y.11.HD, 05.12.2005 T, E.14337, K.11914 sayılı kararında “*Sigortacı ex gratia ödeme halinde TTK.m.1472 uyarınca halefiyet hakkını kazanamayacağından dava dışı sigorta ettiren kaza ile ilgili olarak uğradığını iddia ettiği zarar nedeniyle davalıdan talep edebileceği alacağını BK.m.183 ve devamı maddeleri uyarınca davalı şirkete temlik etmişse davacının sigorta ilişkisi dışında alacağın temliki hükümlerine göre talep hakkı bulunmaktadır*” şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle belirlemiştir<sup>48</sup>.

Yukarıda gerekçeleriyle açıkladığımız nedenlerle sigorta şirketinin yaptığı ödeme ex gratia ödeme neticesinde TTK.m.1472 hükmüne dayanarak rücu talebinde bulunması mümkün olmadığından sigorta şirketi yaptığı ödemeyi geri alabilmesi için kendisine bu miktarın sigortalısı tarafından alacağın temliki beyanı ile devredilmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus sigorta şirketinin zarar sorumlusuna yönelttiği rücu talebinin TTK.m.1472 uyarınca halefiyet kavramına değil, BK.m.183 ve devamında düzenlenen alacağın temliki müessesesine dayandırdığıdır.

Sigortacı, sigortalısı tarafından verilen ibraname ve tazminat makbuzu sigortalısının zarar sorumlusundan olan alacağını devralmak suretiyle sigortalısının halefi sıfatıyla zarar sorumlusuna rücu edebilecektir.

Nitekim Y.11.HD, 14.06.2005 T, E.9489, K.6188 sayılı kararında “*Sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin lütuf ödemesi olduğunun anlaşılması halinde varsa ibraname getirilip devir ve temlik beyanının varlığı da araştırılarak sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekir*” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>49</sup>.

Burada sigortalı tarafından verilen ibraname ve tazminat makbuzu bir alacağın temliki işlemi niteliğinde olup, alacağın temliki dar anlamda bir borç ilişkisinde

<sup>46</sup> Alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişi, aşağıdaki hâllerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur:

1. Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynı hakkı bulunduğu takdirde.
2. Alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde.

Diğer halefiyet hâllerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

<sup>47</sup> ATABEK, Halefiyet ve Rücuu, s.244; KENDER, HSH, s.354.

<sup>48</sup> ÇELİK/LALE, s.439-440, K.735. Aynı yönde Y.11.HD, 01.05.2006 T, E.4844, K.4986 sayılı kararı için ÇELİK/LALE, s.445, K.744.

<sup>49</sup> ÇELİK/LALE, s.436-437, K.727.



alacağın alacaklı tarafından bir başka şahsa devredilmesidir. Borçlar Kanunu' nun 183 ila 194 hükümleri arasında düzenlenmekte olan alacağın temlikli bir sözleşmedir, tasarruf işlemidir ve mücerrettir. Alacağın temlikli işlemi yazılı şekilde yapılacak sözleşme ile yapılır. Temlik edilen alacak hakkı, temlik işlemi yapılırken mevcut olmalıdır. Buna karşılık doktrinde doğmamış alacak haklarının temlik edilebileceği kabul edilmektedir<sup>50</sup>. İleride doğacak alacakların devrinde borçlunun kimliği, hukuk sebep ve miktarın belirli olmasının yeterli olduğu ileri sürülmektedir.

### 3. Sigortalının Zarar Sorumlusuna Karşı Dava Hakkının Bulunması

Sigortacının halefiyetinin üçüncü şartı, sigortalısının üçüncü şahsa karşı sorumluluk nedeniyle bir dava hakkının var olmasıdır<sup>51</sup>. Sigortacı ancak sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hakka, tazmin ettiği bedel nispetinde sahip olabilecektir. Bu nedenle sigortalıya ait dava ve talep hakkından başka herhangi bir hak sigortacıya intikal etmez<sup>52</sup>.

Bu dava hakkı ayrıca sigortacının tazminat ödemesine sebep olan ve sigorta sözleşmesinin kapsamına alınmış olan rizikonun gerçekleşmesiyle doğmuş olmalıdır<sup>53</sup>.

Sigorta ettirenin üçüncü şahsa karşı tazminat talebinin hangi hukuki sebeple doğduğunun bir önemi yoktur<sup>54</sup>. Bu haksız fiile<sup>55</sup>, kusursuz sorumluluk haline veya sözleşmeye dayanabilir<sup>56</sup>.

Çalışmanın konusunu 6098 sayılı Borçlar Kanunu' un 69. maddesi uyarınca yapı malikinin sorumluluğu ve bu sorumluluk uyarınca kendisinin zarar sorumlusu olarak nitelendirilmesi teşkil ettiğinden bu bağlamda sigorta ettirenin üçüncü şahsa karşı tazminat talebinin hukuki sebebi bir kusursuz sorumluluk haline dayanmaktadır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu' nun "**Yapı Malikinin Sorumluluğu**" başlığı altında "**Giderim Yükümlülüğü**" başlıklı 69. maddesinde,

<sup>50</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s.366; KILIÇOĞLU, Kanuni Halefiyet, s.656; NOMER, Halefiyet, s.110; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, S.248-249.

<sup>51</sup> BOZER,1981, s.113; KENDER, HSH, s.352; OMAÇ, Halefiyet, s.88.

<sup>52</sup> KENDER, Halefiyet, s.181.

<sup>53</sup> DOĞANAY, Halefiyet, s.244; FRANKO, Rücu, s.55.

<sup>54</sup> KENDER, HSH, s.353.

<sup>55</sup> 6098 sayılı Borçlar Kanunu' nun 49. maddesi hükmü uyarınca haksız fiil sorumluluğunun şartları; hukuka aykırı bir fiil, bu fiille bir kişiye verilen zarar, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı, fiilin işlenmesinde failin kusurlu olmasıdır. Bu bağlamda mağdur, hukuka aykırı bir fiilin varlığını, bu fiil neticesinde zarara uğradığını, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı ve failin kusurunu ispatlamakla yükümlüdür.

<sup>56</sup> KILIÇOĞLU, Halefiyet ve Rücu, s.414.

*“Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*

*İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.*

*Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.”* düzenlemesi yer almaktadır.

### A. Hukuki Niteliği

Yapı malikinin sorumluluğu, sınırlı sayıda<sup>57</sup> olan kusursuz sorumluluk hallerinden biridir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda genel olarak kusura dayanan sorumluluk esastır<sup>58</sup>. Bu bağlamda kusursuz sorumluluk hali olarak yapı malikinin sorumluluğu değerlendirilmeden önce kusur sorumluluğu hakkında kısaca bilgi vermekte yarar görülmektedir.

Kusur kavramı 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda<sup>59</sup> tanımlanmamıştır ancak doktrinde çeşitli yazarlarca tanımlar öngörülmüştür. Şöyle ki,

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamaktır<sup>60</sup>.

Kusur bir kimsenin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen ve uygun bulunmayan davranış biçimidir<sup>61</sup>.

Kusur, zarar vermeme ödevi yönünde ahlak ve tabii hukukun ve hukuk düzeninin emrine uyuşmasında failin iradesinin gereken nitelikte olmaması demektir<sup>62</sup>.

Kusur, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse hakkında yürütülen değer yargısıdır<sup>63</sup>.

Kusur genellikle hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimidir<sup>64</sup>.

YHGK, 16.09.2015 T, E. 2014/11-2057, K. 2015/1767 sayılı kararında “Ku-

<sup>57</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s.141.

<sup>58</sup> EREN, s.494-495, KILIÇOĞLU, s.325, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.6, TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s.1, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.497.

<sup>59</sup> RG: 04.02.2011, 27836

<sup>60</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.54.

<sup>61</sup> KILIÇOĞLU, s.319.

<sup>62</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s.138.

<sup>63</sup> NOMER, s.152.

<sup>64</sup> ANTALYA, C.II, s.21, EREN, s.569, HATEMİ, § 7, N.11 vd, TANDOĞAN, Mesuliyet, s.45, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.492 vd.,

sur sorumluluğunda bir zararı başkasına tazmin ettirmek, ancak zarar onun kusurlu bir fiilinden doğmuş ise mümkündür (TANDOĞAN Haluk, *Türk Meş'uliyet Hukuku*, 1967, s:89). Bu sorumlulukta kusur, sorumluluğun ögesidir (EREN Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, B.6, İstanbul 1998, s:554*).” şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle kusur sorumluluğunun özünü vurgulamıştır<sup>65</sup>.

Kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır.

Kast, failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek davranması halidir<sup>66</sup>. Kast, kusurun en ağır derecesidir. Zira failin hukuka aykırı sonucun bilincinde olduğunu ve bu sonucu istediğini ifade eder<sup>67</sup>.

Kast kendi içinde doğrudan kast ve ihtimali kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kastta hukuka aykırı eylemin sonucu istenir, ihtimali kastta hukuka aykırı eylemin sonucu göze alınır<sup>68</sup>. Fail hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istemekle birlikte bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmişse ihtimali kasttan söz edilmektedir<sup>69</sup>.

Kast bakımında fail ihlal ettiği kuralın varlığını bilmesede dahi onun isteyerek meydana getirdiği sonucuna ilişkin fiili hukuka aykırı ise kastın var olduğu kabul edilir. Kasıttan dolayı sorumlu olmak için failin doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi şartı aranmaz, sadece hukuka aykırılık bilinci ve isteğine sahip olmak yeterlidir<sup>70</sup>.

İhmal, failin hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte bu hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmaması; hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi halidir<sup>71</sup>. İhmalde fail sonucu istememekte göze de almamakla birlikte başkalarına zarar vermemek için kendi iktidar alanında ve faaliyetlerinde gerekli özeni gösterme (MK.m.2/1) genel davranış yükümüne uymayıp dolayısıyla kendisinin sorumlu tutulacağı bir illiyet bağı sürecinden doğan zararı önlemek için gereken önlemleri almamaktadır<sup>72</sup>.

İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal, hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken böyle bir fiil işleyen kişinin şartlarına sa-

<sup>65</sup> <http://www.kazanci.com>.

<sup>66</sup> ANTALYA, C.II, s.27-28, EREN, s.574, KILIÇOĞLU, s.321, NOMER, s.153.

<sup>67</sup> EREN, s.574, HATEMİ, § 7, N.12 vd, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.56.

<sup>68</sup> ANTALYA, C.II, s.29, EREN, s. 575, HATEMİ/GÖKYAYLA, s.139.

<sup>69</sup> EREN, s.575, HATEMİ, § 7, N.13 vd, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.56.

<sup>70</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.57.

<sup>71</sup> ANTALYA, C.II, s.30, EREN, s.576, HATEMİ, § 7, N.14 vd, KILIÇOĞLU, s.321, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.57, TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.494.

<sup>72</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s.139.

hip herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemektir<sup>73</sup>. Bir başka deyişle ağır ihmal, en genel ve temel herkesin bilmesi gereken özen ve önlem kurallarına uymamak demektir<sup>74</sup>. Hafif ihmal ise hukuka aykırı fiil işlenirken böyle bir fiili işleyen herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemektir<sup>75</sup>. Ağır kusur, her iki türü ile kast ve ağır ihmali kapsamına alır<sup>76</sup>.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda genel olarak kusur sorumluluğu esas olmakla birlikte gerek Borçlar Kanunu gerekse Medeni Kanunda kusur aranmayan sorumluluk halleri bir başka deyişle kusursuz sorumluluk halleri de düzenlenmektedir.

Özellikle teknik ilerlemeler ve ona bağlı olan tehlikelerin artması karşısında, kusura dayanan subjektif sorumluluğunun artık yalnız başına zarar görenlere etkili bir koruma sağlamaya elverişsiz ve dolayısıyla adaleti gerçekleştirmek bakımından yetersiz kalması neticesinde kusursuz sorumluluk halleri ağırlıklı olarak önem arz etmektedir<sup>77</sup>. Zira teknik ve karışık düzen ile düzeneklerde, insan fiilinin önemi oldukça azalmaktadır<sup>78</sup>.

YHGK, 16.09.2015 T, E. 2014/11-2057, K. 2015/1767 sayılı kararında “Sorumluluk, için mutlaka kusurun aranması bazı hâllerde modern tekniğin ve makineleşmenin icaplarına yabancı düşmektedir. Bu sebeple hukukun, esas prensibi olan kusur sorumluluğu yer yer zayıflamış hatta bazı hâllerde tamamen ortadan kalkarak yerini kusursuz sorumluluğa terk etmiştir. Teknik ilerlemeler ve ona bağlı olan tehlikelerin artması karşısında, kusura dayanan subjektif sorumluluk artık, yalnız başına, zarar görenlere etkili bir koruma sağlamaya elverişsiz ve dolayısıyla adaleti gerçekleştirmek bakımından yetersiz kalmıştır. Kusur yoksa sorumluluk da ortaya çıkmaz görüşü artık geçerliliğini kaybetmiştir. Objektif ihtimam vazifesinin ihlali mülâhazası gereğince; bir şeye veya şahsa karşı kendisine, kanunî bir ihtimam vazifesi yükletilen kimse, bu vazifeyi kusuru olmaksızın yerine getirmese dahi, bu yüzden doğan zarardan mesul olmalıdır” şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle<sup>79</sup> kusursuz sorumluluk esasının gerekliliğinin altını çizmiştir.

Doktrinde kusursuz sorumluluğun dayanağını teşkil eden esaslar, hakkaniyet ilkesi, tehlike ilkesi, dikkat ve özen ilkesi olarak kabul edilmekte ve her bir kusursuz sorumluluk hali farklı görüşler uyarınca değerlendirilmektedir. Doktrinde öncelik-

<sup>73</sup> ANTALYA, C.II, s.37, EREN, s.580, KILIÇOĞLU, s.321, NOMER, s.153, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.58, TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.495-496.

<sup>74</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s.139.

<sup>75</sup> ANTALYA, C.II, s.36, EREN, s.580, KILIÇOĞLU, s.322, NOMER, s.153, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.58, TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.496.

<sup>76</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s.139.

<sup>77</sup> ANTALYA, C.II, s.10, EREN, s.495-496, TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s. 1.

<sup>78</sup> SÜZEL BAŞ, s.35-36

<sup>79</sup> <http://www.kazanci.com>

le olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu şeklinde ikili bir ayırım yapan yazarlar mevcuttur<sup>80</sup>. Bunun yanı sıra hakkaniyet, gözetim ve özen gösterme yükümlünden doğan sorumluluk ve tehlike sorumluluğu şeklinde üçlü bir ayırım ayırımı yapan yazarlar da mevcuttur<sup>81</sup>.

Hakkaniyet ilkesi uyarınca kanun koyucu bazı kişilerin doğan zarardan kusuru bulunmadığı halde hakkaniyet düşüncesi ile sorumlu tutulmaları gerektiğini kabul etmektedir. Hakkaniyet gerektiriyorsa zarar veren kusurlu olmasa bile sebep olduğu zararı tazmin etmelidir. Zarara, kusuru olmaksızın sebebiyet veren kişi hakkaniyet gerektiriyorsa zararı tazmin etmelidir<sup>82</sup>. Burada sorumluluk kusura veya tehlikeye ya da özen ihlaline değil, hakkaniyet fikrine dayanmaktadır<sup>83</sup>. Bu ilkenin temelinde zarar veren ile zarar görenin ekonomik durumlarının karşılaştırılması neticesinde zarar verenin hakkaniyet gereği zararı tazmin etmesi düşüncesi yatmaktadır.<sup>84</sup> Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi hakkaniyet ilkesinin örneğini teşkil eder<sup>85</sup>. Ancak doktrinde, kusursuz sorumluluk hallerinin hepsinin dayanağında hakkaniyet düşüncesinin var olduğu fikri de ileri sürülmektedir<sup>86</sup>.

Dikkat ve özen ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluğun kabul edilme sebebi sorumlu tutulan kişinin kendisine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesidir<sup>87</sup>. Borçlar Kanunu'nun 66 ve 67. maddeleri ile Medeni Kanun' un 369. maddesi bu ilkenin örneğini teşkil eder<sup>88</sup>.

Özen ilkesinin olağan kusursuz sorumluluk olarak değerlendirebileceği ve sorumluluğun sorumlu kişinin objektif özen ve gözetim ödevini yerine getirmemesine ya da maliki bulunduğu şeydeki noksanlığa dayandığı görüşü ileri sürülmektedir<sup>89</sup>. Bir diğer görüş ise objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin hakimiyet ilkesinin bir diğer görünümü olduğunu ileri sürmektedir zira hakimiyet esası sorumlu olan kişiye hakimiyeti altında olan kişi ve şeylerin zarar vermesini önlemek için bir objektif özen ödevi yüklemiştir.<sup>90</sup> Hakimiyet ilkesi uyarınca bir kişinin hakimiyet alanı içinde bulunan bir şey veya bir insan başkasına zarar vermişse sorumluluk hakimiyet sahibine

<sup>80</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.498.

<sup>81</sup> EREN, s. ,TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s.22.

<sup>82</sup> ANTALYA, s.10 ve 239-245.

<sup>83</sup> EREN, s.497.

<sup>84</sup> BAŞOĞLU, s.33.

<sup>85</sup> KILIÇOĞLU, s.326., NOMER, s.156, OĞUZMAN/ÖZ, s.9.

<sup>86</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.4.

<sup>87</sup> KILIÇOĞLU, s.326.

<sup>88</sup> KILIÇOĞLU, s.326, NOMER, s.155, OĞUZMAN/ÖZ, s.9

<sup>89</sup> EREN, s.499, TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s.23

<sup>90</sup> ANTALYA, s.10-11 ve 247-251.

ait olmalıdır<sup>91</sup>. Özen sorumluluğunun zarar verenin kusuruna dayanmadığı için sübjektif değil, objektif nitelikte olduğu ileri sürülmektedir<sup>92</sup>.

Tehlike ilkesi, başkalarının can ve mal güvenliğini tehdit eden ve zarar yaratabilen tehlikeli faaliyetler veya nesnelere nedeniyle kabul edilen ilkedir<sup>93</sup>. Tehlike esasını uyarınca başkaları için tehlikeli bir durum yaratan kişi bu tehlikeden doğan zararı gidermelidir<sup>94</sup>. Tehlike sorumluluğu en ağır kusursuz sorumluluk hali olarak özel bir kanun ya da kanun hükmü ile çevre için önemli ölçüde tehlike arz eden bazı işletmelerin faaliyetinden doğan zararlı sonuçların giderilmesi düşüncesinden doğmuştur<sup>95</sup>. Bu bağlamda tehlike ilkesine dayanan sorumlulukta, sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi halinde kişinin sorumluluktan kurtulmak için herhangi bir imkanı yoktur<sup>96</sup>. Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. Maddesi ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. Maddesi dayanağını tehlike ilkesinden almaktadır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluk halleri, hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu ve denkleştirme olmak üzere üç esasa dayandırılmaktadır. Kanununun 65. maddesi hakkaniyet sorumluluğu, "Adam çalıştıranın sorumluluğu" başlıklı 66. madde, "Hayvan bulunduranın sorumluluğu" başlıklı 67. madde ve "Yapı Malikinin Sorumluluğu" başlıklı 69. maddeleri özen sorumluluğu, "Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" başlıklı 71. madde tehlike sorumluluğu ilkesi olarak düzenlenmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere yapı malikinin sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk halidir. Çok yaygın şekilde günlük hayatın ayrılmaz ve zorunlu parçaları olan yapılar nedeniyle zarar tehlikesinin önlenmesi amacıyla kanun koyucu kusursuz sorumluluk ilkesini kabul etmiştir<sup>97</sup>. Kusursuz sorumluluk olarak düzenlenen bu hükmün amacı, bir yapının, aktif veya pasif olarak başkalarına zarar vermesi halinde bu zararın tazmin edilmesidir<sup>98</sup>.

Yapı malikinin sorumluluğunun hukuki niteliği Y.3. HD, T. 3.11.2015, E. 2014/21155, K. 2015/17124 sayılı kararında "Somut olaydaki uyuşmazlık elektrik enerjisi dağıtım hattından kaynaklandığı iddia olunan yangının nedeniyle, davacının uğradığı maddi zararın tazminine ilişkin olup, davanın bu niteliği itibarıyla 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde düzenlenen kusursuz sorumluluktan kaynaklanmaktadır" şeklinde hüküm tesis edilmek<sup>99</sup> suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

<sup>91</sup> EREN, s.497-498.

<sup>92</sup> BAŞOĞLU, s.38.

<sup>93</sup> KILIÇOĞLU, s.327., NOMER, s.155-156, OĞUZMAN/ÖZ, s.3.

<sup>94</sup> EREN, s.497

<sup>95</sup> EREN, s.501- TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s.26

<sup>96</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.7.

<sup>97</sup> KILIÇOĞLU, s.359.

<sup>98</sup> SÜZEL BAŞ, s.12.

<sup>99</sup> <http://www.kazanci.com>

BK.m.69 ile düzenlenen yapı malikinin sorumluluğunun dayanağının, özen ilkesine dayanan bir sorumluluk mu yoksa tehlike ilkesine dayanan bir sorumluluk mu olduğu bağlamında doktrinde tartışma söz konusu olup, yapı malikinin kusursuz sorumluluk halinin dayanağı hakkında farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre bu sorumluluk tehlike esasına dayanmaktadır<sup>100</sup>.

Bir görüş yapı malikinin sorumluluğunu özen (olağan sebep) sorumluluğu olarak nitelendirmektedir<sup>101</sup>. Bu sorumluluk kural olarak yapıya malik olmaya dayanan bir sorumluluktur<sup>102</sup>. Bir yapının yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikler yüzünden üçüncü bir kişinin uğradığı zarardan o yapıdan en üst düzeyde yararlanan kimsenin sorumlu olması esasına dayanmaktadır. Bir yapı eserinden yararlanan kişi bundaki bozukluk ve noksanlıkların sebep olduğu zararları yüklenmek, gidermek zorundadır<sup>103</sup>.

Mağdur sorumlunun kusurunu kanıtlamak durumunda değildir, sorumlu da kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>104</sup>. Bu bağlamda BK.m.69 hükmüne ilişkin bir sorumluluk karinesi ve bu sorumluluk karinesinin çürütülmesi ile sorumluluktan kurtulmak da söz konusu değildir<sup>105</sup>. Kanun koyucu, yapı malikine kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımayarak ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu öngördüğü ileri sürülmektedir<sup>106</sup>. Yapı maliki, zararın meydana gelmesi için durumun gerektirdiği her türlü dikkat ve özeni gösterdiğini, yapının yapımı ve bakımı için en iyi yolları kullandığını, her türlü tedbiri aldığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda açıkça yapı malikinin sorumluluğu, özen sorumluluğu olarak nitelendirmiş olsa da, bu sorumluluğunun temelini özen borcuna aykırılık olmadığı görüşü de mevcuttur<sup>107</sup>.

Bir görüşe göre BK.m.69 hükmündeki özen yükümlülüğü olarak yapı malikinin sorumluluğu tehlike esası yanı sıra yapı sahibi eserin menfaatlerinden faydalandığı gibi zararını da yüklenmesi gerektiğine ilişkin yarar esasına dayanır. Bu bağlamda sorumluluğun dayandığı temel yarar ve tehlike esasına dayandığını ve sorumluluğun özen sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekir<sup>108</sup>.

<sup>100</sup> İMRE, s.168.

<sup>101</sup> ÇELİK, s.11-40, EREN, s.643, ERTEN, BK.m.58, s.80, KILIÇOĞLU, s.326., KOÇ, s.30, NOMER, s.155, TANRISEVEN, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.517.

<sup>102</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.172, TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s.161, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.517, YILMAZ, s.567-568.

<sup>103</sup> EREN, s.645, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.517

<sup>104</sup> KILIÇOĞLU, s.359.

<sup>105</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.172, YILMAZ, s.570.

<sup>106</sup> BAŞOĞLU, s.43, EREN, s.645.

<sup>107</sup> SÜZEL BAŞ, s.53.

<sup>108</sup> ANTALYA, s.310-311.

Y.17. HD, T. 3.11.2014, E. 2014/14169, K. 2014/14936 sayılı kararında

“BK.m.69 hükmünde düzenlenen sorumluluk türü, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk olduğundan meydana gelecek zarardan dolayı malikin sorumlu tutulabilmesi için kötü niyetli veya kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır. Zarar ihmalden de kaynaklanabilir ve ihmali bulunanlar da sorumlu olur” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>109</sup>.

Y.11.HD, 2.7.2012 T, E. 2012/7732, K. 2012/11574 sayılı kararında, “BK.m.69 hükmündeki sorumluluk, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu sorumluluk kusura dayanmadığı gibi, malikin kurtuluş beyyinesi getirmesi de mümkün değildir” şeklinde<sup>110</sup> ve Y.3. HD, T. 18.1.2016, E. 2015/1979, K. 2016/192 sayılı kararında “Özen sorumluluğuna dayalı kusursuz sorumluluğun düzenlendiği TBK.m.69 hükmü gereğince davalı, zararlandırıcı sonucun doğmasına yol açan enerji hattının yapım ve bakım eksikliklerinden kaynaklanan zararlardan sorumludur. Sorumlu kişi veya işletmenin, kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletme veya nesnede (şeyde) bir bozukluk veya noksanın bulunup bulunmaması, meydana gelen zararın tazmin borcu yönünden bir etkiye sahip değildir.” şeklinde<sup>111</sup> hüküm tesis etmek suretiyle doktrinde yer alan bu görüşü benimsemiştir.

YHGK, 16.09.2015 T, E. 2014/11-2057, K. 2015/1767 sayılı kararında “Bina ve yapı eserlerinden doğan sorumluluğa ilişkin olarak, kusursuz sorumluluk/ ağırlaştırılmış sebepl ağırlaştırılmış objektif sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanacağında doktrinde ve uygulamada görüş birliği bulunmaktadır.” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>112</sup>.

Kanımcı bina veya yapı eserlerinden doğan sorumluluğunun hukuki niteliği, tehlike sorumluluğu esasına dayanmamakta olup, gerek doktrinde baskın olan görüşte belirtilen gerekçeler gerekse Yargıtay uygulaması uyarınca objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk halidir.

## B. Şartları

Yapı malikinin sorumluluğun şartları sırasıyla;

### a. Üçüncü kişi bir zarara uğramış olmalıdır.

BK.m.69 hükmü uyarınca sorumluluğunun doğabilmesi için bir zarar meydana

<sup>109</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>110</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>111</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>112</sup> <http://www.kazanci.com>



gelmelidir. Uygulama ve doktrinde, salt ekonomik zararlar hariç her türlü zararın sorumluluğun kapsamında olduğu fikri kabul edilmektedir<sup>113</sup>.

Gerçekleşen zarar, kişiye veya mala ilişkin maddi bir zarar olabileceği gibi vücut bütünlüğünün ihlali veya adam öldürülmesinden doğan manevi bir zarar da olabilir<sup>114</sup>.

Zararın ispatı zarara uğrayan kişiye bir başka deyişle mağdura aittir. Bu husus Y.11.HD, 24.9.2013 T, E. 2011/14537, K. 2013/16471 sayılı kararında “Zarar gören , zarar gördüğünü ve bu zararının bina veya yapı eserinin yapılışındaki bozukluk veya bakımında eksikliğinden kaynaklandığını ispat etmesi zorunludur. İspat yükünü yerine getirdiği takdirde kural olarak bina veya imal olunan şeyin malikinin sorumluluğu söz konusu olacaktır.” şeklinde isabetli olarak vurgulanmıştır<sup>115</sup>.

### **b. Zarar bir binanın veya diğer bir yapının yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten veya her ikisinden ileri gelmiş olmalıdır.**

BK.m.69 hükmünde yer alan bina veya diğer yapı eserleri ifadesi ile yapılan herhangi bir şeyin değil, sabit, toprağa doğrudan veya dolayısıyla bağlı, insan tarafından yapılmış şeyler, inşa edilmiş yapılar kastedilmektedir<sup>116</sup>. Bina veya yapı kavramına girmeyen imal edilmiş şeyler BK.m.69 kapsamı dışında kalır<sup>117</sup>.

Anılan hüküm uyarınca sorumluluğun kapsamına giren yapı eseri kavramı, dolaylı veya dolaysız bir şekilde toprağa bağlı, sabit, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına, eşya gibi cansız şeylerin saklanmasına ya da konulmasına ayrılmış, etrafı veya üstü az veya çok kapalı, insan gücüyle sun’i olarak yapılmış veya düzenlenmiş inşa eseridir<sup>118</sup>. Yapının, insan eliyle yapılmış olması gerekmektedir<sup>119</sup>.

Arazi ile bağlantının sürekli olması, yapının temelli kalmak amacıyla yapılmış olması şart değildir. Arazi ile bağlantısı olan yapının, asansör, elektrik tesisatı, çatısındaki kiremitler gibi bütünleyici parçaları da bina veya diğer yapı kavramı içinde yer alır<sup>120</sup>.

<sup>113</sup> ERTEN, BK.m.58, s. 150, s. 210 vd; ERTEN, Yapı Zararları, s. 28; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s. 175.

<sup>114</sup> EREN, s.646.

<sup>115</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>116</sup> ANTALYA, C.II, s.323, ERTEN, BK.m.58, s. 107; ERTEN, Yapı Zararları, s. 8-9; İMRE, s.171 vd, KOÇ, s.57, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.171, SÜZEL BAŞ, s.82, TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s.161 vd, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOĞ, s.518-519 vd.

<sup>117</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.171, TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s.171-172, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOĞ, s.518-519 vd.

<sup>118</sup> ANTALYA, C.II, s.326, ÇELİK, s.11-40, EREN, s.649, KILIÇOĞLU, s.360, KURT, s.173-174, NOMER, s.178, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.174.

<sup>119</sup> EREN, s.650-651, KILIÇOĞLU, s.361.

<sup>120</sup> KILIÇOĞLU, s.360, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.175.

Bir bina veya diğer yapının bu hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi için tamamlanmış olması şarttır. Yapı malikinin sorumluluğu kural olarak yapının tamamlanması ve amacına uygun şekilde kullanılabilir duruma gelmesinden sonra söz konusu olur<sup>121</sup>.

İnşaatın devamı veya restorasyon dönemlerinde inşaat bozukluklarından meydana gelen zararlar için diğer hükümlere (BK.m.66 adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi) başvurulabilir. Fakat inşaat bitmeden bina veya diğer yapı kullanılmaya başlanırsa inşaat bozukluklarından veya bakım eksikliklerinden meydana gelen zararlar açısından BK.m.69 uygulanır.

BK.m.69 hükmü uyarınca kişinin zarar sorumlusu olarak işaret edilebilmesi için yapıda yapılış bozukluğu ve bakım eksikliği olmalı ve zarara bu yapılış bozukluğu ve bakım eksikliği neden olmalıdır. Y.11.HD.27.09.2004 T, E.2003/14407, K.2004/8866 sayılı “*BK.69 hükmü uyarınca bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurdan dolayı sorumludur.*” şeklindeki kararında bu hususu vurgulamıştır<sup>122</sup>.

Yapının yapılışında bozukluk veya bakım eksikliği yoksa ya da zarar bundan kaynaklanmıyorsa BK.m.69 anlamında bir sorumluluk söz konusu olmaz<sup>123</sup>.

Nitekim YHGK, 16.09.2015 T, E. 2014/11-2057, K. 2015/1767 sayılı “*Zararın yapımdaki bozukluktan veya bakımdaki eksiklikten dolayı meydana gelmiş olması gerekmektedir.*” şeklindeki kararı<sup>124</sup>,

Y.11. HD, T. 22.1.2015, E. 2014/2016, K. 2015/815 sayılı “*Somut uyumsuzlukta hasara yol açan asıl olgunun şiddetli yağmur veya bu yağmur sonucu oluşan sel veya su baskını değil, davalının işlettiği deponun çatısının yapısındaki yanlışlık ve bakımındaki hata olduğunun ve anılan çatının doğru bir şekilde inşa edilmiş ve yeterli bakımının yapılmış olsaydı, yağmurun ne kadar yoğun olursa olsun içeriye su sızdırmasının söz konusu olmayacağı*” şeklindeki kararı<sup>125</sup> ve Y.17. HD, T. 3.11.2014, E. 2014/14169, K. 2014/14936 sayılı “*6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 69. maddesi hükmü ile bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan dolayı meydana gelecek zararlardan sorumlu tutulmuştur.*” şeklindeki kararı<sup>126</sup> ile sorumluluğun bu şartının kapsamını çok açık bir şekilde hüküm altına almıştır.

<sup>121</sup> ANTALYA, C.II, s.325, KILIÇOĞLU, s.360, KURT, s.178.

<sup>122</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>123</sup> EREN, s.652-653, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.178, TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s. 177, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.519.

<sup>124</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>125</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>126</sup> <http://www.kazanci.com>

Bu bağlamda rizikonun meydana gelme şekli ve sebebinin mutlaka doğru biçimde tespit edilerek zarara bu yapılaş bozukluğu ve/veya bakım eksikliğinin neden olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

Bir yapı eserinin kullanılmasına elverişli tutulması ve tehlikeleri önleyecek şekilde korunması gerekir<sup>127</sup>. Yapı eserinde, maliki tarafından engellenmesi beklenen varlık ve işlevi başkasının korunan değerlerini (bedensel bütünlüğünü veya eşyasını) tehlikeye düşürmesi veya düşürme ihtimali söz konusu ise yapıdaki bozukluk veya eksiklik söz konusudur<sup>128</sup>.

Yapı, izne tabi olduğu halde bu izin alınmadan ya da izin alınmasına rağmen, iznin amaç ve kapsamına aykırı yapılmışsa, izin verildikten sonra yapı değiştirilmişse, ayıplı ya da bozuk yapılmışsa yapıım bozukluğu söz konusudur<sup>129</sup>. Yapıdaki bozukluklar, plan ve projelerdeki eksikliklerden, direnç hesaplarındaki hatalardan, planın araziye yanlış uygulanmasından, kullanılan malzemenin kötülüğünden, yetersizliğinden veya inşaatın bazı kısımlarının eksik bırakılmasından ileri gelebilir<sup>130</sup>. Bir binanın yapıımındaki bozukluk çoğu kez inşaatçının, yüklenicinin, mimar, mühendis ve denetim makamlarının kusuru, savsaması, suç oluşturan eylemleri ve yasalara aykırı davranışları sonucu olup, bina teknik koşullara uygun yapılmamasından, eksik ve bozuk malzeme kullanılmasından, imar yasalarına aykırı olarak fazla kat çıkılmasından ve bütün bu olumsuz koşullara karşın kullanma ve oturma izni verilmesinden kaynaklanabilir<sup>131</sup>. Teknik kurallara uyulmamış olması, yapıdaki bozukluk hakkında kuvvetli bir belirti olarak kabul edilir<sup>132</sup>. Teknik kurallara aykırılıktan başka bina veya yapı eserinin kötü yapıımı, kötü araçlarla donatılması veya eksik olarak donatılması da yapıdaki bozukluk sayılır. Bina veya yapı eserinin tahsis amacına uygun yeterli seviyede güvenliğin sağlanması da bu kapsamdadır<sup>133</sup>. BK.m.69 hükmünün öngördüğü sorumluluk gereği, sorumlu kişiler, yapıdaki bozukluğa veya bakımdaki eksikliğe sebep olan önceki malikler, kiracılar, mimar, mühendisler ve diğer bakım yükümlüleri gibi geniş bir çevrenin davranışlarından dolayı sorumludurlar<sup>134</sup>.

Bakım eksikliği, yapı eserinin bozulmuş, tamire muhtaç hale gelmiş olması, malikin çevredeki kişilerin mal ve kişi varlıklarını koruyucu tedbirleri almaması, ona-

<sup>127</sup> ERTEN, BK.m.58, s. 140; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s. 175; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOĞ, s. 519.

<sup>128</sup> ANTALYA, C.II, s.330.

<sup>129</sup> ANTALYA, C.II, s.332, KILIÇOĞLU, s.365, TANDOĞAN, Mesuliyet, s.192.

<sup>130</sup> EREN, s.652, KURT, s.175.

<sup>131</sup> ÇELİK, s.11-40.

<sup>132</sup> EREN, s. 617; ERTEN, BK.m.58, s. 130, s. 140; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s. 176.

<sup>133</sup> SÜZEL BAŞ, s.95

<sup>134</sup> KOÇ, s. 29; İMRE, s. 170.

rınımlarını zamanında yapmamasıdır<sup>135</sup>. Bakımdaki eksiklik, yapı eserlerinde, hal ve şartların gerektirdiği tamirlerin yapılmamış olmasını veya bunların normal durumda muhafazası ya da iktisadi amaçlarına gereği gibi hizmet etmeleri için gereken tedbirlerin alınmamış olmasıdır<sup>136</sup>. Bir başka deyişle yapı eserine özgülleme amacına uygun olarak bakılmamış, özen gösterilmemiş olması bakım eksikliğini ifade eder<sup>137</sup>. Bakım eksikliği özellikle eskiyen bina ve diğer yapı eserleri açısından önem arz etmekte olup böyle bir zarar tehlikesi bina veya diğer yapı eseri eskidikçe ortaya çıkar. Bina ve yapı eserleri, başlangıçta sağlam, güvenli, teknik koşullara ve planlara uygun yapılmış olsalar ve her türlü donanıma sahip bulunsalar bile, zamanla yıpranacak, aşınacak, gerek kullanım sonucu, gerekse doğal etkilerle sağlamlıklarını yitirecek olduğundan düzenli olarak bakımlarının yapılması; eskiyen, aşınan, yıpranan, çürüyen bölümlerinin onarılması veya yenilenmesi gerekmektedir<sup>138</sup>. Bina ve diğer yapı eserlerinde betonların, ahşapların, demirlerin, diğer metal akşamların zaman içinde güçlerini kaybetmeleri özellikle dış etkilerle eski dayanıklılıklarını yitirmeleri nedeniyle bu yapı eserlerinin devamlı olarak denetim altında tutulması, eskiyen parçalarının değiştirilmesi, yenileriyle güçlendirilmesi gerekmektedir<sup>139</sup>. Gereken periyodik yağlamanın yapılmaması, oksitlenmeye karşı önlemlerin alınmaması ve bu yüzden bir zarar doğması halleri bu duruma örnek verilebilir.<sup>140</sup>

Y.11.HD, 19.12.1996 T, 1996/8264- 8928 sayılı kararında “*Binanın eski olması, onun kötü yapılmış olmasını veya muhafazasındaki kusura ilişkin bir karine sayılmaz*” şeklinde<sup>141</sup> hüküm tesis etmek suretiyle riziko ve hasarın meydana gelme sebebine ilişkin gerekli tespitler yapılmaksızın sadece binanın eski olmasının imal veya bakımının kötü yapıldığını ortaya koyan bir olgu olmadığına isabetli olarak hükmetmiştir.

Zarara binanın veya diğer bir yapının yapılışındaki bozukluğun veya bakım eksikliğinin yol açtığını ispat mağdura düşer<sup>142</sup>. Mağdurun binanın veya diğer yapının yapılışındaki bozukluğu veya bakım eksikliğini ispat etmesi her zaman çok kolay değildir. Olayın meydana gelme şekline göre zarar verici olgunun, bina veya diğer yapının yapılış bozukluğuna veya bakım eksikliğine bağlanması hayatın normal akışına uygun ise hakim zararın yapılış bozukluğundan veya bakım eksikliğinden

<sup>135</sup> ANTALYA, C.II, s.333, EREN, s.652-653.

<sup>136</sup> KURT, s.175.

<sup>137</sup> TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s.175.

<sup>138</sup> ÇELİK, s.11-40.

<sup>139</sup> KILIÇOĞLU, s.365-366.

<sup>140</sup> KURT, s.175.

<sup>141</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>142</sup> EREN, s.214, İMRE, s.182, KOÇ, 73 vd, OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.178, TANDOĞAN, Sözleşme Dışı, s. 177.

kaynaklandığını kabul eder<sup>143</sup>. Aksini ispat davalıya düşer. Davalı bina veya diğer yapıda yapılış bozukluğu veya bakım eksikliği olmadığını; olsa bile zarar ile arasında illiyet bağı olmadığını ispatlamak durumundadır.

YHGK, 16.09.2015 T, E. 2014/11-2057, K. 2015/1767 sayılı kararında<sup>144</sup> *“Bir bina veya yapı eserini malikinin sorumlu tutulabilmesi için, zararın, yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğduğu hususunun zarar gören tarafından ispatlanmalıdır. Bir başka deyişle zarar görenin, bir de illiyet bağının varlığını ispat etmesi gerekir. Bazen illiyet bağının ispatı çok zor olabilir. Bu tür durumlarda, zarar verici olgunun, bina veya yapı eserinin yapılışındaki bozukluğa veya bakım eksikliğine bağlanması, hayatın olağan akışına uygun ise, hakim illiyet bağının varlığına karar verebilir. Burada sözü edilen illiyet bağı uygun illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağı, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre, sebebin, meydana gelen sonucu yaratmaya elverişli olmasıdır. Uygun illiyet bağı, sorumluluğu, zarar veren bakımından öngörülebilir risklerle sınırlandırmaktadır. Yapının yapımı ile ilgili mevzuata ve teknik kurallara uyulmadığı, alışılmış tedbirlerin alınmadığı ve resmi makamlarca yapılan denetimler sonucunda, bina ve yapı eserinin teknik niteliklerinin uygun görülmediği ispatlanırsa, bunlar eksikliğin ve illiyet bağının varlığına birer belirti sayılır. Keza, daha önce aynı zararların ortaya çıkması, zarar verici olaydan sonra yeni güvenlik tedbirlerinin alınmamış olması da birer belirti oluşturabilir”* şeklinde hüküm tesis ederek illiyet bağının gerekliliğini, ispat yükünün kapsamını ve zarar görene ait olduğu hususunu vurgulamıştır<sup>145</sup>.

**c. Sorumluluğa yol açan bina veya yapı, sorumlu tutulmak istenen kişinin mülkiyetinde veya bu kişinin intifa yahut oturma hakkı ile ya da üst hakkı ile yüklü olmalıdır.**

BK.m.69 hükmü ile bu hükümde düzenlenen sorumluluğun ait olacağı kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Zarar sorumlusu, yapının üzerinde mülkiyet hakkı veya intifa hakkı veya oturma hakkı veya üst hakkı olan kişi olabilir<sup>146</sup>.

BK.m.69 hükmü ile yapılarda sadece mülkiyet değil, mülkiyet dışındaki bazı hakimiyet ilişkileri de sorumluluk için yeterli görülmüştür<sup>147</sup>.

Yapı malikinin sorumlu olduğuna dair Y. 3. HD, T. 24.9.2014, E. 2014/14752, K. 2014/12362 sayılı kararında *“Enerji nakil hattının sahibi bulunan davalı, tehlike*

<sup>143</sup> OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.179.

<sup>144</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>145</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>146</sup> Hükümde sorumluluk sadece malike yüklenmediğinden, kenar başlığının diğer hak sahiplerini de kapsayacak şekilde düzenlenmesinin daha uygun olacağı fikri ileri sürülmektedir. SÜZEL BAŞ, s.15-16, YILMAZ, s.567.

<sup>147</sup> KILIÇOĞLU, s.361.

arz eden bu yapı eserinin fena yapılmasından, bakımı ve işletilmesindeki eksikliklerden sorumludur. Davalı bina malikinin, olayın meydana gelmesinde kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır.”<sup>148</sup> ve Y. 3. HD, T. 9.6.2014, E. 2014/1917, K. 2014/9168 sayılı kararında “Davalı idarenin malik ve işletmeci olduğu taşınmazda, günün teknolojisine uygun olarak merkezi jeneratör yedekleme sistemi ve yangın çıkması halinde devreye giren otomatik yangın kesici tertibatının bulunmaması sebebiyle genelde yanıcı maddelerin satıldığı dükkanların elektriklerin sık sık kesilmesi sırasında iç mekanda benzinle çalışan küçük jeneratör kullanılması ile 66-67 numaralı dükkanda kiracı olanın işçisinin benzinle çalışan jeneratörü çalıştırmak istediği anda sızan benzinin alev alarak yanması sonucu oluşan zarardan kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır. Bina maliki ve yöneticisi olan davalı idarenin zararın tamamından sorumlu olması gerekir” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>149</sup>.

BK.m.69/2 hükmü uyarınca yapı üzerinde intifa veya oturma hakkı varsa, intifa veya oturma hakkı sahibi, yapının bakımındaki eksikliklerden doğan zarardan, zarar görene karşı malikle birlikte müteselsilen sorumludur<sup>150</sup>. BK.m.69/2 hükmü ile sınırlı aynı hak sahibi olarak yapıyı kullanan kişilerin de sorumlulukları esası getirilmiştir<sup>151</sup>. Zira intifa ve oturma hakkı sahipleri de geniş yetkilere dayanarak yapıyı fiilen ellerinde bulundurmaktadır<sup>152</sup>.

Buna karşılık bina veya diğer yapı üzerinde yapılaş bozukluklarından intifa veya oturma hakkı sahibi değil, sadece malik sorumlu olacaktır. Ancak yapıda yapım bozukluğu olmakla birlikte bu bozukluk intifa veya oturma hakkı sahipleri tarafından gerekli bakım ihmal edilmese idi zarara sebep olmayacak idi ise yine bu kişiler malik ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır.

#### **d. İlliyet Bağını Kesen Sebepler Bulunmamalıdır.**

BK.m.69 hükmü uyarınca kusursuz olarak sorumlu tutulan kişinin kurtuluş kanıtı getirme imkanı olmamakla birlikte kişi illiyet bağını kesen sebeplerin varlığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. İlliyet bağı, yaşam deneyimlerine göre bir fiilin olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan mantıki nedensellik bağıdır<sup>153</sup>. İlliyet bağı sebep sonuç ilişkisi olup, zarar denilen sonuç buna

<sup>148</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>149</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>150</sup> İntifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğunun sadece yapının bakımındaki eksikliklerden doğan zararlar için sınırlandırılmasının isabetli olmadığı zira intifa hakkı sahibinin bizzat taşınmaz üzerinde bir inşaat yapmış olabileceği görüşü ileri sürülmektedir. YILMAZ, s.574

<sup>151</sup> AKKURT 50, KURT 179, YILMAZ ,s.569

<sup>152</sup> AKKURT, s94-95.

<sup>153</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.45

sebeplere fiilden kaynaklanmalıdır<sup>154</sup>. Zarar verici olgunun, bina veya yapı eserinin yapılışındaki bozukluğa veya bakım eksikliğine bağlanması, hayatın olağan akışına uygun ise, illiyet bağının varlığından söz edilebilir<sup>155</sup>.

İlliyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep ile zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru olabilir. Ancak bu durumların varlığı yapım bozukluğuna ve eksikliğine neden olmuşsa sorumluluktan kurtulma söz konusu olmaz<sup>156</sup>.

YHGK, 16.09.2015 T, E. 2014/11-2057, K. 2015/1767 sayılı kararında “İlliyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle kesilebilir. Her üç neden açısından da, illiyet bağının kesildiği iddiası, sorumlu kişiler tarafından açıkça ispatlanmadıkça kabul edilmemelidir. İlliyet bağını kesen hallerden birinin varlığı veya zarara yapım bozukluğu veya bakım eksikliği dışında ve bunların bir katkısı olmaksızın mücbir sebepten, üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklanan başka bir kazanın sebep olduğu kanıtlanmadığı takdirde ispat yükü yerine getirilmiş sayılır.” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>157</sup>.

Y.11.HD, 24.9.2013 T, E. 2011/14537, K. 2013/16471 sayılı kararında “Yapı maliki, mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle illiyet bağının kesildiğini kanıtlar ise sorumluluktan kurtulabilecektir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>158</sup>.

Y.3.HD, 21.1.2013 T, E. 2012/22441, K. 2013/657 sayılı kararında “BK.m.69’ da ki sorumluluk kusura dayanmayan kusursuz sorumluluk hallerinden olup, bina sahibi ancak davacının kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebebin varlığının ispatı halinde sorumluluktan kurtulabilir. O halde mahkemece, davalı savunması üzerinde durularak yangın çıktığı ileri sürülen direğin niteliği araştırılarak diğer davalı ile bağlantısı (abonelik tesisi, sayaç bulunup bulunmadığı) saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>159</sup>.

Y.11.HD, 23.03.2010 T, 2008/12008 E, 2010/3175 sayılı kararında “Yapı maliki kusurunun bulunmadığı savunmasının ötesinde uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamalıdır. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağının kesilebilmesi için zarar görenin ağır kusurunun olması veya 3. kişinin illiyet bağını kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülemeyen bir halin bulunması gerekmektedir. Ancak imal olunan şeyin malikinin ek kusuru varsa illiyet bağının kesilmesi malikin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>160</sup>.

<sup>154</sup> KILIÇOĞLU, s.313

<sup>155</sup> ERTEN, BK.m.58, s.205, TANRISEVEN.

<sup>156</sup> ANTALYA, C.II, s.334, EREN, s.653-654.

<sup>157</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>158</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>159</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>160</sup> <http://www.kazanci.com>

### III. Halefîyetin Sonuçları

#### 1. Sigortacı Açısından

TTK.m.1472 hükmü gereği sigortacı yönünden halefîyetin en önemli sonucu sigortalının zararın doğumuna sebep olan üçüncü şahsa karşı sahip olduğu dava hakkına doğrudan kanun gereği sahip olmasıdır<sup>161</sup>.

#### 2. Sigortalı Açısından

Öncelikle sigortalının uğradığı zararın sigortacı tarafından tamamı karşılanmıyorsa artık sigortalının bir dava hakkından bahsetmek mümkün değildir<sup>162</sup>. Nitekim Y.11.HD, 12.04.1979 tarih ve 1979/1393-1954 sayılı “*Sigortalının sigortacı tarafından karşılanan zararı için ayrıca zarar sorumlusuna karşı dava açması bir ihlâldir*” kararında<sup>163</sup> bu hususu hüküm altına almıştır.

Sigortalının ancak sigortacısından zararın tamamını alamaması halinde zarar sorumlusu üçüncü şahsa karşı bir talep ve dava hakkı olabilir.

Sigortalının zararının bir kısmı sigortacı tarafından karşılandıktan sonra sigortalı kalan kısım için üçüncü şahsa başvurursa zarar sorumlusu hem sigortacının hem de sigortalının talepleriyle karşı karşıya kalabilir. Bu durumda eğer zarar sorumlusunun ödeme kabiliyeti sınırlı ise doktrinde ilk önce sigortalının tatmin edileceği kabul edilmektedir<sup>164</sup>.

Bunun yanı sıra sigortalıya TTK.m.1472/2 hükmü ile bir yükümlülük getirilmiştir.

TTK.m.1472/2 hükmünde “*Sigortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur.*” düzenlemesi yer almaktadır.

Anılan hükümde açıkça görüldüğü üzere sigortalının sigortacıya karşı halefîyeten doğan bazı yükümlülükleri söz konusudur. Sigortalı sigortacıya halefîyet nedeniyle intikal eden hakları ihlal edici davranışlardan kaçınmalıdır<sup>165</sup>. Bu bağlamda sigortalı sigortacının halef olacağı hakları korumak için sigorta bedeli alacağının yanı

<sup>161</sup> Sigortacının rücu davası hakkı çalışmanın “*IV. RÜCU DAVASI*” başlığı altında değerlendirilecektir.

<sup>162</sup> KILIÇOĞLU, Halefîyet ve Rücu, s.415.

<sup>163</sup> ULAŞ, s.240.

<sup>164</sup> BOZER, 1965, s.214; KILIÇOĞLU, Halefîyet ve Rücu, s.415.

<sup>165</sup> Sigortalının bu yükümlülüğünü ihlâl halleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. OMAĞ, Halefîyet, s.130 vd. Ayrıca Bkz. YTD, 16.05.1963 tarih ve 1963/5519-2180 sayılı karar için bkz. HORULUOĞLU, s.24.



sıra bu alacağın fer' ilerini teşkil eden teminatlarını da elden çıkarmamalı ve değerlerini azaltmamalıdır<sup>166</sup>.

Bunun yanı sıra sigorta ettiren halefiyet yoluyla sigortacıya intikal ettiği andan itibaren artık o hak üzerinde tasarrufta bulunamaz örneğin borçluyu ibraz edemez zira artık hak sahibi kendisi değildir. Sigorta ettirenin böyle bir tasarrufu sigortacıya karşı geçerli olmaz<sup>167</sup>.

Sigortalı bu yükümlülüğe aykırı hareket ettiği takdirde sigortacıya karşı sorumlu olur ve aldığı sigorta bedelini iade etmek zorunda kalacaktır<sup>168</sup>.

### 3. Zarar Sorumlusu Açısından

Rizikonun gerçekleşmesine sebep olan şahıs sigortalıya karşı tazminat ödeme borcu altına girmiştir. Kural olarak bu tazminatın alacaklısı sigortalıdır. Çünkü zarara uğrayan şahıs odur. Ancak sigortalı sigortacıdan zararını tahsil edince artık bu tazminatın alacaklısı sigortacı olacaktır.

Fakat zarar sorumlusu bu hali bilmeyebilir. Bundan dolayı halefiyet halinin varlığının ihbarı gerekir<sup>169</sup>. Keza zarar sorumlusu bu hali bilmediği veya bilemeyecek durumda olduğu sürece sigortalıya yaptığı ödemeyle borcundan kurtulmuş olur ve sigortacı artık bir talepte bulunamaz<sup>170</sup>. Ancak zarar sorumlusu bilerek sigortalıya bir ödeme yaparsa sigortacıya karşı ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalır<sup>171</sup>.

Zarar sorumlusu kendi alacaklısı olan sigortalıya karşı ileri sürebileceği tüm savunma vasıtalarını (bu arada takas ve mahsup def' ilerini) de sigortacıya karşı ileri sürebilecektir<sup>172</sup>.

### IV. Rücu Davası

Sigortacının TTK.m.1472 hükmü gereği sigorta teminatı kapsamındaki hasarları tazmin etmesi sebebiyle halef sıfatıyla elde ettiği talep hakkını mahkemede kullanmak amacıyla zarar sorumlusuna karşı ikame ettiği davaya rücu davası denir<sup>173</sup>. Bu anlamda rücu davası sigortacının zarar gören sigortalının halefi sıfatıyla hareket etmesinin neticesidir<sup>174</sup>.

<sup>166</sup> OMAĞ, Halefiyet, s.130 vd; ULAŞ, s.239.

<sup>167</sup> KENDER, HSH, s.361.

<sup>168</sup> BOZER, Rücu, s.480, ULAŞ, s.240.

<sup>169</sup> OMAĞ, Halefiyet, s.173.

<sup>170</sup> KILIÇOĞLU, Halefiyet ve Rücu, s.418; OMAĞ, Halefiyet, s.173.

<sup>171</sup> OMAĞ, Halefiyet, s.173.

<sup>172</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OMAĞ, Halefiyet, s.174 vd.

<sup>173</sup> KARSLI, s.93 vd., OMAĞ, Halefiyet, s.185

<sup>174</sup> EYÜPLÜ, Rücu Hakkı, s.8.

Rücu davası aslen sigortalı ve zarar sorumlusu arasındaki dava olduğundan bu davada görevli ve yetkili mahkeme hangisi ise sigortacının açacağı rücu davasında da görevli ve yetkili mahkeme odur<sup>175</sup>.

## 1. Hukuki Niteliği

Rücu davası esas itibariyle halefiyet yoluyla sigortacıya intikal ettiğinden gerek maddi gerekse usul hukuku yönünden sigortalının zarar sorumlusuna karşı açacağı davanın özelliklerini gösterecektir<sup>176</sup>.

Sigortacının rücu davası bu davada bir zararın tazmini esas alındığından bir tazminat davası niteliğinde olup bu talep ancak belli şahıslara yöneltilebileceğinden aynı zamanda da şahsi bir davadır. Ayrıca rücu davası bir eda davası niteliğindedir<sup>177</sup>.

## 2. Konusu ve Kapsamı

Rücu davasının hukuki sebebi ancak sigortalının zarar sorumlusuna karşı açabileceği davanın hukuki sebebi olabilir.

Rücu davasının konusu istenecek tazminat miktarı bakımından sınırlandırılmıştır<sup>178</sup>. Sigortacı rücu davasında ancak sigortalı zarar sorumlusundan ne isteyebileceksene onu isteyebilir. Sigortacı tarafından fiilen ödenmiş bulunan ve gerçek zarar miktarına denk gelen tazminat talep edilebilecek olup, kendi sigortalısına ödediği miktardan fazlasını talep edemez.

Sigortacının talep edebileceği meblağın kapsamı ve sınırına ilişkin olarak Y.11. HD, 25.10.2004 T, E.13126, K.9342 sayılı kararında "*Halefiyet sınırı aşılamaz*"<sup>179</sup>, Y.11.HD, 28.02.2005 T, E.15105, K.1781 sayılı kararında "*Sigortalı hangi haklara sahip ise sigortacı da halefiyete dayalı olarak aynı haklara sahiptir*"<sup>180</sup>, Y.11.HD, 07.05.2002 T, E.1057, K.4520 sayılı kararında "*Sigorta tazminatını ödeyen sigortacının zarara sebebiyet verenden sigorta ettirenin halefi sıfatıyla isteyebileceği miktar sigortalısının isteyebileceği miktarla sınırlıdır*"<sup>181</sup> ve Y.11.HD, 08.03.2004 T, E.728, K.2210 sayılı kararında "*Halefiyet hakkı sigorta bedelini aşmamak üzere sigortalıya yapılan ödeme miktarı ile sınırlıdır*" şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>182</sup>.

<sup>175</sup> ATABEK, Halefiyet ve Rücuu, s.247; BOZER, 1965, s.216; KENDER, HSH, s.2358-359; OMAĞ, Halefiyet, s.209-215.

<sup>176</sup> OMAĞ, Halefiyet, s.185.

<sup>177</sup> OMAĞ, Halefiyet, s.186-187; ULAŞ, s.245, ÜNAN, Sigorta Ettirenin Görevleri, s.93.

<sup>178</sup> OMAĞ, Halefiyet, s.190 vd., ULAŞ, s.246.

<sup>179</sup> ÇELİK/LALE, s.430, K.714.

<sup>180</sup> ÇELİK/LALE, s.434, K.723.

<sup>181</sup> ÇELİK/LALE, s.421, K.694.

<sup>182</sup> ÇELİK/LALE, s.426, K.705.

Halefiyette borç sona ermez sadece alacaklı değişir. Bu nedenle alacağın fer'i niteliğinde olan bütün haklar ve imtiyazlar aynen devam eder<sup>183</sup>.

### 3. Tarafları

#### A. Davacı

Rücu davası açma hak ve yetkisi tazminat ödemesinde bulunan sigortacıya aittir.

Sigortacı bu davasını kural olarak zarar sorumlusuna karşı açar, sigortacı zarar görenin dava edebileceği her şahsı dava edebilir<sup>184</sup>.

Sigortacı halefiyete dayanarak açtığı rücu davasında sigortalısının zarar sorumlusuna karşı açacağı tazminat davasında sigortalısı neyi ispat etmesi gerekiyorsa sigortacı da rücu davasında bunu ispat etmek durumundadır. Davacı sigortacı açtığı rücu davasında davalının zarar sorumlusu olduğunu ve meydana gelen zararı ispat etmek zorundadır.

Yangın sigortası tazminatının ödenmesine neden olan yangının çıkış sebebi yapının yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik ise davalı yapı malikinin kusurlu olduğunun ispatlanması zorunluluğu bulunmamakta olup, bu husus Y.11. HD, 23.03.2010 T, 2008/12008 E, 2010/3175 sayılı kararında “*Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre BK.m.69 hükmündeki sorumluluk objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk hali olduğundan zarar gören, yapı malikinin yani davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir.*” şeklinde vurgulanmıştır<sup>185</sup>.

#### B. Davalı

Yangın sigortasında sigortacı, sigortalısının zararını tazmin ettikten sonra TTK.m.1472/1 hükmü uyarınca yangına ve zarara neden olan sorumlu kişiye karşı rücu etme hakkına sahiptir. Bu bağlamda zarar sorumlusunun doğru tespit edilebilmesi ve rücu talebinin doğru muhataba yöneltilebilmesi için yangının çıkış nedeninin ve meydana gelme şeklinin tespit edilmesi gerekmektedir. Yangının çıkış nedeni ve meydana gelme sebebi yapının yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik ise BK.m.69 hükmü uyarınca yapı maliki zarar sorumlusu ve dolayısıyla davalı sıfatını haizdir. Nitekim Y.11.HD, T. 21.3.2011, E. 2010/9074, K. 2011/2959 sayılı kararında “*Yangının çıkış sebebi araştırılarak, yangının davalı tarafça yapılan kullanım sebebi ile mi, yoksa binanın kendi kusurundan kaynaklanan bir sebeple mi çıktığı*

<sup>183</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. SOMER, s140.

<sup>184</sup> ÜNAN, Kara Sigortaları, s.136,

<sup>185</sup> <http://www.kazanci.com>

araştırılarak, *davalının sorumluluğunun belirlenmesi gerekir.*” şeklinde<sup>186</sup> hüküm tesis etmek suretiyle bu hususun altını çizmiştir.

Sigortalısına yangın sigortası tazminatı ödemiş olan sigortacının, yangının yapının yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten kaynaklanması durumunda açacağı rücu davasında yapı malikinin pasif husumet ehliyeti olduğuna dair Yargıtay’ın çok sayıda kararı mevcuttur. Şöyle ki,

Y.11. HD, T. 4.7.2013, E. 2012/16290, K. 2013/14299

“*Davalı iş yerinin duman bacasının aşırı ısınması sonucu onun üzerindeki elektrik kabloları aşırı ısınmış ve yangına neden olmuştur. Yangına neden olan iş yerinin malikinin yapı malikinin sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu olması gerekir.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>187</sup>.

Y.11.HD, T. 26.4.2007, E. 2006/3322, K. 2007/6395 sayılı kararında “*Davacı vekili, müvekkili nezdinde sel ve su baskını teminatını da karşılayacak şekilde yangın sigorta sözleşmesi ile sigortalı işyerini davalıya ait yağmur suyu rögarının tıkanması sonucu yağmur sularının sigortalı işyerinde hasar oluşturduğu, davalının sorumluluğunun kusura dayanmayan objektif sorumluluk olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>188</sup>.

Y.11.HD, T. 02.10.2006, E. 2005/9220, K. 2006/9631 sayılı kararında “*Davalının sorumluluğundaki trafo binasındaki yüksek akım sonucu elektrik kablolarının şase yapması ile oluşan kısa devre ile müvekkil şirkete sigortalı işyerinde yangın çıkmıştır. Davalının gerekli bakım ve onarımı zamanında yerine getirmemesinden dolayı %100 kusurlu olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmesi isabetlidir.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>189</sup>.

Kendisine rücu davası açılan zarar sorumlusu olan davalı, sigorta ettirene karşı olan bütün def’ ilerini sigortacıya karşı da ileri sürebilir. Davalının savunma mekanizmaları olarak sigorta ettiren ile arasındaki sorumsuzluk anlaşmaları, zararın oluşmasında kusurunun olmadığını veya sigorta ettirenin de müterafik kusurunun olduğu, takas-mahsup def’ i ileri sürülebilir.

Bu savunma mekanizmaları Y.11.HD, 28.04.2003 T, 2002/11767 E, 2003/4111 K sayılı kararında “*Sigorta şirketinin yasal halefiyet hakkına dayanarak sigorta ettiren yerine geçerek zarar sorumlusuna karşı dava açması durumunda, zarara neden olan davalının sigorta ettirene karşı haiz olduğu def’ ileri (karşı dava açmak veya takas ve mahsup isteminde bulunmak gibi) sigorta şirketine de ileri sürebileceği*” şeklinde hüküm tesis etmek suretiyle vurgulanmıştır<sup>190</sup>.

<sup>186</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>187</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>188</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>189</sup> <http://www.kazanci.com>

<sup>190</sup> KENDER, HSH, s.360, dn.382.

## SONUÇ

Uygulamada yangın sigortası sözleşmeleri kapsamında sigortalılarına tazminat ödemesi yapan sigortacıların, yangının çıkış nedenine bağlı olarak yapı maliklerine sıklıkla rücu davası ikame ettiği görülmektedir. Riziko ve teminatın kapsamının, sigortacının kanuni halefîyetinin şartlarının gerçekleştiğinin, yangının meydana gelme şekli ve sebebinin doğru tespit edilememesi gibi nedenlerle özellikle yangın sigortalarında yapı malikine yöneltilen rücu talep ve davaları çoğunlukla doğru ve yerinde olmamaktadır. Bu bağlamda özellikle halefîyetinin şartlarının gerçekleşmiş olması ve yapı malikinin zarar sorumlusu olarak nitelendirilmesinin temel prensipleri her somut olayın özellikleri ve Yargıtay kararları dikkate alınarak değerlendirildiğinde rücu davalarında sıklıkla yaşanan sorunların giderilmesi mümkün olabilecektir.

Sigortacı yangın sigortası poliçesi kapsamında sigortalısının zararını tazmin ettikten sonra kanuni halefîyet hakkına dayanarak, yangına ve hasara neden olan zarar sorumlusuna karşı rücu hakkını talep ve gerektiğinde dava yoluyla kullanabilir. Halefîyet, zarar gören sıfatı ile sigorta ettiren rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle meydana gelen zararlar için üçüncü bir şahsa karşı tazminat alacağına sahip olması durumunda bu hakkın, ödenen sigorta tazminatı miktarınca kanun icabı sigortacıya geçmesi halidir.

Halefîyet için sigortacı ile sigorta ettiren arasında, kanunen içermesi gereken bütün esaslı unsurları içeren bir sigorta sözleşmesi akdedilmiş olmalı, meydana gelen riziko ve hasarın mevzuat, poliçe genel ve özel şartları uyarınca sigorta teminatının kapsamında olması neticesinde sigorta tazminatı ödenmiş olmalı ve sigortalının zarar sorumlusu üçüncü kişiye karşı talep ve dava hakkı bulunmalıdır.

Somut çalışmada sigortalının, yapı maliki konumundaki üçüncü şahsa karşı olan tazminat talebinin hukuki sebebi bir kusursuz sorumluluk haline dayanmaktadır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu' nun 69. maddesinde düzenlenen yapı malikinin sorumluluğu gerek doktrinde baskın olan görüş, gerek Yargıtay uygulaması uyarınca objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk halidir.

Borçlar Kanunu' nun 69. maddesi hükmü uyarınca yapı sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bir kişinin mülkiyetinde olan veya bu kişinin intifa yahut oturma hakkı ile ya da üst hakkı ile yüklü olan bir binanın veya diğer bir yapının yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten veya her ikisinden ileri gelmiş maddi veya manevi bir zarar olmalıdır.

Bu aşamada zarar sorumlusunun doğru şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle riziko ve hasarın meydana gelme sebebinin doğru şekilde belirlenmesi şarttır. Öncelikle riziko ve hasarın yapılıştaki bozukluktan mı yoksa bakımdaki eksiklikten mi meydana geldiğinin belirlenmesi gerekmekte olup böylelikle

zarar sorumlusu sıfatının yapı eseri malikine mi yoksa yapı eseri üzerinde intifa, oturma veya üst hakkı olan bir kişiye mi ait olduğu doğru ve yerinde olarak tespit edilebilecektir. Yargıtay' ın yeni tarihli kararlarında isabetle vurgulandığı üzere bir bina veya yapı eserini malikinin BK.m.69 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilmesi için zararın yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğduğu hususunun zarar gören tarafından ispatlanması gerekmektedir.

Rizikonun ve hasarın meydana gelme sebebi ve şekline ilişkin yapılan bir tespit, rücu davalarının doğru kişilere karşı ikame edilmesine neden olacak ve pasif hususmet ehliyetinin yokluğu sebebiyle davaların red olunmasının önüne geçecektir. Zira uygulamada çoğu kez riziko ve hasarın meydana gelme nedeni doğru şekilde tespit edilmeden rücu davası ikame edildiği ve zarar sorumlusu sıfatını haiz olmayan kişiye/kişilere karşı BK.m.69 hükmüne dayanmak suretiyle rücu tazminat talebinde bulunulduğu görülmektedir.

Sonuç olarak gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nun 1472. maddesinde halefiyet kavramına ilişkin açıkça yer alan düzenleme, gerek 6098 sayılı Borçlar Kanunu' nun yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin yer alan 69. maddesi hükmü, Yargıtay kararlarında son derece isabetli olarak vurgulanan riziko ve hasarın meydana gelme şekil ve sebebinin doğru tespit edilmesi ve buna bağlı olarak zarar sorumlusunun doğru işaret edilmesi ile birlikte değerlendirildiğinde, sigortacının rücu mekanizmasının doğru ve sağlıklı bir biçimde işleyeceği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Böylelikle gerçek zarar sorumlularına karşı, doğru hukuki sebebe dayanılarak yöneltilmiş olan rücu taleplerinin zaman, nakit ve usul ekonomisi açısından fayda sağlayacağı, bu durumun da sigorta sektörü ve uygulamasına ciddi bir katma değer getireceği düşünülmektedir.

## KISALTMALAR

<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C</b>	: Cilt
<b>Dn</b>	: Dipnot
<b>E</b>	: Esas
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>http</b>	: Hyper Text Transfer Protocol
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K</b>	: Karar
<b>m</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>RG</b>	: Resmi Gazete

<b>s</b>	: Sayfa
<b>S</b>	: Sayı
<b>SD</b>	: Sigorta Dergisi
<b>SHD</b>	: Sigorta Hukuku Dergisi
<b>SK</b>	: Sigortacılık Kanunu
<b>T</b>	: Tarih
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>www</b>	: World Wide web
<b>vd</b>	: Ve devamı
<b>Y</b>	: Yargıtay
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YSPGŞ</b>	: Yangın Sigortası Poliçe Genel Şartları
<b>YTD</b>	: Yargıtay Ticaret Dairesi

#### **KAYNAKÇA**<sup>191</sup>

- AKATLI, Cengiz, Yangına Karşı Sigorta ve Yangın Reasüransı, İstanbul 1985.
- AKHİSAR, İlyas/ACINAN, Hilmi, Sigortacılıkta Hasar, 2. Baskı, İstanbul 2016.
- AKKURT, Nedim, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Haksız Fiiller ve Tazminat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011, Ankara 2012, s.41-127.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, İstanbul 2015.
- ARSEVEN, Haydar, Sigorta Hukuku, Ana Prensipler – Genel Hükümler, Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul 1991.
- ATABEK, Reşat, Sigorta Hukuku, İstanbul 1950.
- ATABEK, Reşat, Yangın Rizikosu, Sigorta Hukuku Dergisi, 1985, s.123-152. (Yangın Rizikosu)
- ATABEK, Reşat, Sigorta ve Sosyal Sigortada Halefiyet ve Rücuu, İş HD.1969, S.3, s.226 vd. (Halefiyet ve Rücuu)
- BAŞBUĞOLU, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Ankara 1988.
- BAŞOĞLU, Başak, Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:6 Sayı:2 Yıl 2015, s.29-56.
- BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1981. (1981)
- BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Sigorta Endüstrisi - Sigorta Hukukunun Genel Prensipleri, Tazminat Sigortası ve Çeşitleri, Ankara 1965. (1965)
- BOZER, Ali, Sigortacının Rücuu Hakkı, BATİDER 1964, C.II. S.3, s.478-480. (Rücuu)

<sup>191</sup> Kaynakçada yer alan bir yazarın birden fazla eserinden yararlanıldığı durumlarda yararlanılan eserini belirtmek için kısaltılmış şekline atıfta bulunulmuştur.

- ÇEKER, Mustafa, Sigorta Hukuku, İstanbul 2016.
- ÇELİK, Çelik Ahmet, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu' na Göre Bina ve Yapılardan Sorumluluk, Yargı Dünyası, 2011/Ağustos, S.188, s.11-40 .
- ÇELİK, Salih/LALE, Muktedir, Özetli – İctihatlı – Uygulamalı Sigorta Hukuku, Cilt DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, 3. Baskı, Ankara 1990. (Şerh)
- DOĞANAY, İsmail, Sigorta Tazminatında Kanuni Halefiyetin Şümulü, BATİDER, Aralık 1977, C.IX, S.2, s.334-348. (Halefiyetin Şümulü)
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baki, Ankara 2015.
- ERERDİ, H. Cemal, Yangın Sigortaları, Risk Yönetimi ve Sigortacılık, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2015.
- ERTEN, Ali, Yapı Zararlarından Doğan Sorumluluk, Ankara 2000. (Yapı Zararları)
- ERTEN, Ali, Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu, BK.58, Ankara 2000. (BK.m.58)
- EYÜPLÜ, Y. Kamil, Sigortacının Rücu Hakkı, SD. Mart 1973, Yıl.14, S.159, s.8-19.
- FRANKO, Nisim, Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Üçüncü Şahsa Rücu Hakkı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1988, C.V, s.45-75.
- HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- HORULUOĞLU, Hüseyin, Sigorta İctihatları, İstanbul 1970.
- IVAMY, Hardy E.R., Dictionary of Insurance Law, London 1981.
- İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- KANER, İnci Deniz, Sigorta Hukuku, İstanbul 2016.
- KARSLI, Abdürrahim, Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları, İstanbul 1994.
- KAYIHAN, Şaban/BAĞCI, Ömer, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.
- KENDER, Rayegan, Türkiye' de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi Sigorta sözleşmesi, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015. (HSH)
- KENDER, Rayegân, Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının Sigortalının Yerine Geçmesi Meselesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1991, C.VIII, s.171-221. (Halefiyet)
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Bası, Ankara 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, AÜHFD. Ankara 1974, C.XXXI, S.1-2, s.395-425. (Halefiyet ve Rücu)
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979. (Kanuni Halefiyet)
- KOÇ, Nevzat, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu, BK.m.58, Ankara 1990



- KURT, Ekrem, Yapı Malikinin Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2008, C.14, S.4, s.171-192.
- NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015.
- NOMER, Haluk, Halefiyet ve Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü, Prof. Dr. Türkan RADO' ya Armağan, İÜHFMD, İstanbul 1997, C.LY, S.3, s.243-260. (Halefiyet)
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (CİLT 2), İstanbul 2016.
- OMAĞ, Merih Kemal, Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 2011. (Halefiyet)
- OMAĞ, Merih Kemal, Türk Ticaret Kanunu ile Poliçe Genel Şartları Açısından Yangın Sigortası, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.4, 1989, S.1-3. (Yangın Sigortası)
- SELÇUK, Said, Ex Gratia Ödemeleri, SD, Aralık 1974, Yıl.15, S.180, s.3.
- SOMER, Mehmet, Sigorta Ettirenin Zararını Tazmin Eden Sigortacının Zarar Sorumlusundan Temerrüt Faizi Talep Etme Hakkı, SHD, İstanbul 1998, S.1, s.139-151.
- SÜZEL BAŞ, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk - TBK m.69 ( BK m.58 ) , İstanbul 2011.
- TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010. (Mesuliyet)
- TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 1981. (Sözleşme Dışı)
- TANRISEVEN, Firdevs, Yapı Malikinin Kusursuz Sorumluluğunda İlliyet Bağı ve Tarafların İspat Yükü, <http://www.mtnhukuk.com>.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 8. Bası, Ankara 2012.
- ÜNAN, Samim, Kara Sigortalarında Sigorta Ettirenin Görevleriyle İlgili Bazı Sorunlar, SHD 1998, S.1. (Sigorta Ettirenin Görevleri)
- ÜNAN, Samim, Kara Sigortaları, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s.331-397. (Kara Sigortaları).
- YILMAZ, Süleyman, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin yeni Hükümler, AÜHFMD, Cilt: 59, Sayı: 3, Ankara, 2010, s.551-578.

## **TÜRK HUKUK LUGATI**



# VİYANA SATIM ANTLAŞMASI UYARINCA TEAMÜLLERİN ÖNEMİ

(Importance of Trade Usages According to The United Nations  
Convention on Contracts For The International Sale of Goods)

Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM\*

## ÖZET

Teamüller, uluslararası ticarete büyük önem taşır. Bu önem, Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinde yer alan düzenlemeler ile milletlerarası satımlar bakımından da somutlaşır. Antlaşma düzeninde teamüller, Antlaşma hükümlerinden üstün tutulur. Bu da yine, Antlaşma kapsamında teamüllerin rolünün ne denli önemli olduğunu gösterir.

Antlaşma m. 9/1 tarafların üzerinde anlaştıkları teamülleri düzenler. Buna göre taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. Antlaşma m. 9/2 de tarafların bildikleri veya bilmeleri gereken teamüllerle de bağlı olduklarını öngörür. Böylece, tarafların varsayımsal iradelerine de Antlaşma kapsamında sonuç bağlanır. Uygulamada, Antlaşma tarafı ülkelerin mahkemeleri tarafından Antlaşma kapsamında teamüllerin büyük ölçüde dikkate alındığı ve buna göre kararlar verildiği görülür. Bu doğrultuda teamüller; sözleşmelerin kurulması, sözleşmelerin içeriği ve ifası ile sözleşmelerin yorumu ve değiştirilmesinde önemli rol oynar.

**Anahtar kelimeler:** Viyana Satım Antlaşması, CISG, milletlerarası satım, teamül, örf ve âdet, alışkanlıklar

## *Abstract*

Trade usages are of great importance in international trade. This importance is concretized with regard to international sale contracts, under Article 9 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG"). Under the CISG, trade usages have priority over the provisions of the

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi e. Öğretim Üyesi. ICC Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Komisyonu Başkanı Yardımcısı.

Bu çalışmanın hazırlanması sırasındaki yardımları nedeniyle Av. Ezgi Babur'a (LLM, University of Chicago) içtenlikle teşekkür ederim.

Bu çalışma 30 Kasım 2015 tarihinde yürürlükte olan mevzuat dikkate alınarak hazırlandı.

CISG, which also indicates the significance of trade usages within the scope of the CISG.

Article 9(1) of the CISG regulates trade usages agreed upon by the parties. Accordingly, the parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves. Article 9(2) of the CISG sets forth that the parties are also bound by trade usages that they knew or ought to have known. As a consequence, the CISG attributes a result to hypothetical will of the parties. In practice, courts of member states take trade usages into consideration to a large extent within the scope of the CISG, and render decisions accordingly. Within this framework, trade usages play an important role on conclusion, scope and performance of contracts, as well as on their interpretation and amendment.

**Keywords:** United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, international sale, trade usages, usages and customs, practices

## I. Genel Olarak

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (“Viyana Satım Antlaşması” veya “Antlaşma”), 11 Nisan 1980 tarihinde Viyanada Birleşmiş Milletler’in önderliği altında toplanan diplomatik konferansta kabul edilmiştir<sup>1</sup>. Konferansa katılan ülkeler eşitlik ve karşılıklı çıkar esasının devletler arasındaki dostane ilişkilerin gelişmesinde önemli bir etken olduğunu ve milletlerarası mal satımı hakkında değişik sosyal, ekonomik ve hukuki sistemlere uyum sağlayacak yeknesak kuralların kabulünün milletlerarası ticari ilişkilerin gelişmesine ve var olan hukuki zorlukların aşılmasına faydalı olacağını belirtmiştir<sup>2</sup>.

Viyana Satım Antlaşması’nın 9. maddesi teamüller ve taraflar arasında yerleşmiş olan alışkanlıkları düzenler:

### “Madde 9

(1) *Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.*

(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.”*

Bu maddenin ilk fıkrası uyarınca taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamül-

<sup>1</sup> Convention des Nations Unies sur les contrats de vente international de marchandises du 11 avril 1980 (“CVIM”); United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (“CISG”).

<sup>2</sup> Erdem E.: Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu, Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editor: Yeşim Atamer, Haziran 2008, İstanbul, s.106 (Anılış: **Erdem, Teslim Borcu**).

ler ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. Maddenin ikinci fıkrası ise 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 ettiklerinin varsayılacağını belirtir.

Ticari teamüller, uluslararası ticaret hukukunun en önemli kaynaklarından<sup>3</sup>. Ticari teamül kavramı, belirli bir ticaret alanında genel olarak görülen ve uygulanan davranış biçimi olup, belirli bir düzen göstermesi nedeniyle de ilgili ticaret alanı ile ilgilenenler tarafından bağlayıcı kabul edilir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinde düzenlenen teamül ve alışkanlıklar, Antlaşma'nın 8. maddesinde yer alan, Antlaşma'nın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışlarının, karşı tarafın bu iradeyi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ölçüde, onun iradesine uygun olarak yorumlanacağına ilişkin kuralın bir yansımasıdır<sup>4</sup>.

Öte yandan, ilgili maddeler Antlaşma'ya bütünüyle hâkim olan dürüstlük kuralının ve çelişkili davranış yasağının ("*venire contra factum proprium*") da bir yansımasıdır. Bu bağlamda örnek vermek gerekirse, eğer bir ticari ilişkide taraflardan biri, karşı tarafa aralarında herhangi bir ihbar süresinin belirlenmediğini iddia etmekteyse ve taraflar arasındaki uygulamalar bunun tersine işaret ediyorsa, bu yönde bir iddia ileri sürülemezdir.

### A. Teamül Tanımı ve Teamüllerin Antlaşma Hükümlerine Göre Üstünlüğü

Viyana Satım Antlaşması'nda teamülün ne olduğuna ilişkin bir tanım yer almaz. Burada, Antlaşma'da yer alan birçok terimde söz konusu olduğu gibi, teamül kavramının yorum yapanın milli hukukuna ve bu hukuktaki kavramlara bağlı olmaksızın, bağımsız olarak yorumlanması gerektiği ifade edilir<sup>5</sup>. Bu görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz. Aksi bir anlayış, Antlaşma'daki terimlerin farklı hukuk sistemlerine göre farklı yorumlanması sonucuna yol açardı.

Tarafların Viyana Satım Antlaşması m. 9 uyarınca teamüller üzerinde anlaştıklarına kanaat getirilirse, bu teamüller ve alışkanlıklar Antlaşma hükümlerinden üstün tutulur<sup>6</sup>. Bu düzenleme bir yandan Antlaşmanın öne çıkardığı sözleşme özgürlüğü ilkesine, diğer yandan da taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin Antlaşma hü-

<sup>3</sup> *Chattillon S.*: Le Contrat International, Vuibert Collection Gestion International, 2001, s.26.

<sup>4</sup> *Schlechtriem & Schwenger*: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, Editörler: Ingeborg Schwenger ve Pınar Çağlayan Aksoy, Birinci Bası, İstanbul, Mart 2015, s. 324 (Anılış: **Schlechtriem & Schwenger**).

<sup>5</sup> *Ferrari F.*: Relevant Trade Usage and Practices under UN Sales Law, The European Legal Forum (E) 5-2002, Literature Doc.327, s. 274. (Anılış: **Ferrari**)

<sup>6</sup> Ferrari, s. 274, dipnot 30'daki yazarlar.

kümlerine üstün tutulması gerektiği ilkesine uygundur<sup>7</sup>. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) 21 Mart 2000 tarihli bir kararında, Almanya'dan bir satıcı ile Avusturya'dan bir alıcı arasında, kereste alım satımına ilişkin bir sözleşme söz konusudur. Bu ilişkide satıcı, Tegernseer teamülleri ("*Tegernseer Gebräuche*") olarak adlandırılan teamüllere açık atıfta bulunan bir teklifi alıcıya iletmış ve alıcıya bu çerçevede teslimat yapmıştır. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu olayda, alıcının bu teamülleri bilmesi gerektiğine, ve en önemlisi bu teamüllerin, Antlaşma hükümlerine üstün tutulması gerektiğine karar vermiştir<sup>8</sup>.

Antlaşma'nın 9. maddesi uyarınca teamüller, Antlaşma'yı somut uyuşmazlığa uygulayan hâkimler tarafından dikkate alınacağı gibi, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesinin kararlaştırıldığı durumlarda hakemler tarafından da dikkate alınır.. Bu konuda, Milletlerarası Ticaret Odası'nın (International Chamber of Commerce – ICC) Tahkim Kuralları'nda, teamüllerin göz önüne alınması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm vardır. ICC Tahkim Kuralları'nın 21/2. maddesi uyarınca hakemler, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini ve varsa, ilgili ticari örf ve âdetleri göz önünde bulundurur<sup>9</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakemler, tahkim yargılamasında her şeyden önce taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini inceler ve tarafların iradelerini üstün tutarak, bu hükümler çerçevesinde karar vermeye çalışırlar<sup>10</sup>. Teamüller özellikle, hakemlere somut uyuşmazlığın şartlarını göz önünde bulundurup taraflar arasındaki ilişkileri değerlendirerek karar vermeleri konusunda nispeten daha geniş bir alan tanıdığından, tahkim yargılamaları bakımından teamüllerin oldukça önemli olduğu söylenebilir<sup>11</sup>. Böylece hakemler, kanunların çizdiği dar çerçeve dışında da, ilgili sektördeki deneyimlerini ve taraflar arasındaki ilişkileri dikkate alarak daha esnek bir alanda çalışma olanağı bulurlar.

## B. TTK Açısından Teamüller

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesindeki düzenlemenin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki ("TTK") karşılığı, m. 2'de yer alan ticari örf ve âdet maddesidir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre teamüller, aksine bir kanun hükmü bulunmadığı takdirde, ticari örf ve âdet olarak kabul edildikleri belirlenmedikçe, mahkemenin yargısına esas olmayıp, ancak taraf iradelerinin yorumlanmasında dikkate

<sup>7</sup> Erdem E.: La Livraison des Marchandises selon la Convention de Vienne, Fribourg 1990, s. 42.

<sup>8</sup> Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 Mart 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=FullText>.

<sup>9</sup> ICC Tahkim Kuralları'nın Türkçe metni için Bkz. [http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC\\_Tahkim\\_Kurallari\\_Kitapcik.pdf](http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf).

<sup>10</sup> Bühler M.W. / Webster T.H.: Handbook of ICC Arbitration, Londra 2005, s. 217.

<sup>11</sup> Erdem E.: The Role of Trade Usages in ICC Arbitration, in Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff, Paris 2011, s.265 (Anılış: **Erdem, Trade Usages**).

alınabilirler. Bu bağlamda, Türk hukuku bakımından teamüllerin tali hukuk kaynağı olarak değerlendirildiği görülür.

TTK'daki düzenleme uyarınca örf ve âdet seviyesine çıkmamış alışkanlıklar teamül olarak değerlendirilir ve hükme esas olamaz. Hükme esas olamaz ifadesi, hâkim tarafından dikkate alınamayıp ancak irade beyanlarının yorumlanmasında rol oynayabilecekleri şeklinde yorumlanır<sup>12</sup>.

TTK, yerel ve genel örf ve âdetler arasında da ayrıma gider. TTK m. 2/2 uyarınca, bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü ticari örf ve âdetler genel olanlara üstün tutulur. İlgililer aynı bölgede değilse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmedikçe, ifa yerindeki ticari örf ve âdet uygulanır.

Yine TTK m. 2/3 uyarınca ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar konusunda ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır. Burada TTK, bu yöndeki uygulamayı talep edene ispat külfeti yükler.

TTK düzeni bakımından teamüllerin tali bir hukuk kaynağı olduğu görülür. Uluslararası ticaret hukukunda ise durum farklıdır. Uluslararası ticaret hukuku bakımından, ticari âdet ve teamüller tali hukuk kaynağı konumunda olmayıp, çok daha önemli ve etkin bir işleve sahiptir ve *lex mercatoria*'nın genel yapı taşları olarak değerlendirilir<sup>13</sup>.

Ticari teamüllerin milletlerarası satımda önemli bir işleve sahip olduğu, Türk doktrini tarafından da kabul edilir<sup>14</sup>.

Uluslararası ticarete bu denli önemli olarak kabul edilen teamül ve alışkanlıkların Viyana Satım Antlaşması m. 9 kapsamındaki uygulaması bu çalışmanın ana konusudur.

## II. Teamüller ve Alışkanlıklar

### A. Taraflar Arasında Kararlaştırılan Teamüller ve Alışkanlıklar

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinin 1. fıkrası, taraflar arasında kararlaştırılan teamülleri düzenler. Taraflar arasında kararlaştırılan teamül ve alışkanlıkların

<sup>12</sup> *Poroy / Yasaman*: Ticari İşletme Hukuku, 6102 sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2012, s.108.

<sup>13</sup> Örf ve âdetin *lex mercatoria*'nın "sert çekirdeğini" ("*noyau dur*") oluşturduğu yönünde Bkz. *Erdem E.*: "Lex Mercatoria" ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2. Baskı, 6 Nisan 2004, Ankara, s.122 (Anılış: **Erdem, Lex Mercatoria**). Aynı yönde bkz. *Ayoğlu T.*: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Âdet -Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul 2011, s. 164 (Anılış: **Ayoğlu**).

<sup>14</sup> *Yavuz C.*: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Kasım 2014 İstanbul, s. 327 (Anılış: **Yavuz, Borçlar Hukuku**).

m. 9 kapsamında uygulanması, Antlaşma'nın taraf iradelerini temel alan anlayışını yansıtır. Zira bu maddenin 1. fıkrası uyarınca taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.

Bu düzenleme kapsamında taraflar arasında aynı nitelikte malların satımı ve tesliminin her seferinde aynı yerde yapılması konusunda bir uygulamanın bulunması halinde, teamülün varlığından söz edilir. Örneğin, taraflardan biri uzun yıllardan beri bir diğerine kuru üzüm satmaktadır ve ilk sözleşmelerinin hepsinde teslim yeri olarak İzmir Limanı öngörülmüştür. Yıllarca bu uygulamayı izledikten sonra taraflar, yalnızca fiyat üzerinde pazarlık ederek ayrıntılı sözleşmeler yapmaktan vazgeçebilir. Bu durumda satıcı, doğal olarak, alıcı ile aralarındaki teamüle dayanarak teslimi İzmir Limanı'nda yapmaya devam edebilir<sup>15</sup>.

Tarafların anlaşmasının açık olarak yapılması şart olmayıp, tarafların iradelerinin belirli olması kaydıyla, anlaşma zımnı de olabileceği gibi, sözleşmenin imzalanmasından sonra da ortaya çıkmış olabilir<sup>16</sup>.

Tarafların üzerinde anlaştıkları teamüller, yazılı olarak belirlenmiş teamüller de olabilir. Buna örnek olarak, Incoterms kurallarına göndermede bulunulması verilebilir.

Taraflarca kabul edilen teamüller, tamamen ulusal veya yerel teamüller de olabilir<sup>17</sup>. Avusturya Yüksek Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*) tarafından Viyana Satım Antlaşması uyarınca 15 Ekim 1998 tarihinde verilen bir kararda mahkeme kereste ticareti bakımından Avusturya'da uygulanan teamüllerin Antlaşma m. 9 kapsamında dikkate alınabileceğini, bu teamüllerin yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerden olup olmadığını saptanması gerektiğini ifade etmiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi, bu hususların saptanarak, yerel teamüllerin Antlaşma m. 38 ve 39'da düzenlenen ayıplı mallara ilişkin bildirim yükümlülüklerini değiştirip değiştirmediği konusunun da karara bağlanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>18</sup>.

Yine Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) yukarıda da atıf yaptığımız 21 Mart 2000 tarihli kararında<sup>19</sup> mahkeme, bir teamülün 9. madde kapsamında uygulanması için uluslararası alanda kabul edilmiş olmasının gerekli olmadığına, ilgili ticaret alanı ile meşgul olan tacirlerin çoğunluğu tarafından tanınmış olmasının yeterli olacağına hükmetmiştir.

<sup>15</sup> Erdem, Teslim Borcu, s. 122.

<sup>16</sup> Ferrari, s. 273 ve dipnot 10'da yer alan yazarlar.

<sup>17</sup> Ferrari, s. 274 ve dipnot 21'de yer alan yazarlar.

<sup>18</sup> Oberster Gerichtshof, 2 Ob 191/98 X, 15 Ekim 1998. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=386&step=FullText>.

<sup>19</sup> Bkz. Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 Mart 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=FullText>



Teamüller konusunda taraflar arasındaki anlaşma açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. Örtülü anlaşma da Viyana Satım Antlaşması m. 9/1 bağlamında yeterlidir<sup>20</sup>.

Alışkanlıklar bakımından, m. 9/1'in açık ifadesi uyarınca, alışkanlığın yalnızca taraflar arasında tekrarlanması yeterli olup, daha yaygın bir uygulamanın bulunması gerekmez. Ancak, taraflar arasındaki uygulamanın Antlaşma m. 9 kapsamında alışkanlık olarak kabul edilebilmesi için, en azından belirli bir süreklilik gerekir.

İsviçre Basel Kanton Mahkemesi'nin (*Zivilgericht Kanton Basel-Stadt*) 3 Aralık 1997'de verdiği bir karara konu olan olayda, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkilerde ödeme yeri satıcının bankası olarak belirlenmiştir<sup>21</sup>. Satıcı, bu belirlemenin taraflar arasında bir alışkanlık olarak kabul edilmesi gerektiğini ve alıcının bankaya ödeme yapma yükümlülüğünden dolayı, satıcının bankasının ifa yeri olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğunu iddia etmiştir. Ancak İsviçre mahkemesi, somut olayda taraflar arasında yalnızca iki adet sözleşme yapılmış olduğuna ve bunun bir alışkanlık olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. İsviçre mahkemesine göre bir uygulamanın alışkanlık olarak kabul edilebilmesi için, daha uzun süreli ticari ilişkiler gerekmektedir. Alman Duisburg Yerel Mahkemesinin de aynı yönde bir kararı vardır<sup>22</sup>.

Mahkemeler taraflar arasındaki bazı davranışların dürüstlük kuralı uyarınca belirli bir şekilde yorumlanıp bir alışkanlık olarak kabul edilebileceğine de hükmetmektedir. Zürih Ticaret Mahkemesi (*Handelsgericht Zürich*) 24 Ekim 2003 tarihinde verdiği bir kararda<sup>23</sup>, taraflar arasındaki önceki ticari ilişkilerde düzenli olarak, ayıplı malların geri alınarak yerine ayıpsız malların verilmiş olmasının, taraflar arasında bir teamül oluşturduğuna karar vermiştir. Burada satıcı, bu işlemleri hukuken bağlayıcılık oluşturma niyetinde yapmadığını belirttiyse de, mahkeme dürüstlük kuralının tarafların ticari ilişkilerindeki önceki uygulamalarında âni değişiklikler yapmalarını engellediğini belirtmiştir.

Antlaşma m. 9/1'e ilişkin ispat yüküyle ilgili olarak, bir alışkanlığın bulunduğunu iddia eden tarafın, ilgili alışkanlığın şartlarının gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir.

## 1. Incoterms

Taraflar arasında kararlaştırılan teamüller, yazılı hale getirilerek yeknesak kural haline getirilmiş teamüllerden olabilir. Ancak teamüllerin yazılı hale getirilmesi

<sup>20</sup> Schlechtriem & Schwenzler, s. 326 ve dipnot 41'de anılan yazarlar.

<sup>21</sup> Zivilgericht Kanton Basel-Stadt, P4 1996/00448, 3 Aralık 1997. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=372&step=FullText>.

<sup>22</sup> Yine, Alman Duisburg Yerel Mahkemesi (*Amtsgericht Duisburg*) tarafından verilen bir kararda, taraflar arasındaki iki uygulamanın bir alışkanlık oluşturmayacağına hükmedilmiştir. Bkz. Amtsgericht Duisburg, 49 C 502/00, 13 Nisan 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=715&step=FullText>.

<sup>23</sup> Handelsgericht Zürich, HG 010395/U/zs, 24 Ekim 2003. Kaynak: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031024s1.html>.

zorunlu olmayıp, çeşitli sektörlerin yerleşik uygulama alanı bulan yazılı olmayan ticari teamülleri de bulunabilir. Yazılı olmayan bir teamülün varlığının iddia edilmesi durumunda, bunun ispatında sorunlar yaşanabilir.

Yazılı ticari âdetlere örnek olarak, Incoterms kuralları verilebilir<sup>24</sup>. Incoterms, ICC'nin Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Komisyonu tarafından geliştirilmiş ve ICC tarafından kabul edilmiş kurallar olup, on yılda bir değişen gerekliliklere ayak uydurmak amacıyla gözden geçirilir.

Incoterms, milletlerarası ticaret hukukunda en sık kullanılan terimlerin taraflarca aynı şekilde yorumlanmasını sağlaması bakımından büyük önem taşır<sup>25</sup>.

Incoterms, malların uluslararası satımı alanında benimsenmiş kurallar olup, oldukça geniş uygulama alanı bulduklarından dolayı teamül olarak değerlendirilir<sup>26</sup>.

Dış satımlarda alıcı ve satıcı tarafın genellikle farklı devletlerde bulunması ve farklı hukuklara tâbi olması, tarafları satım sözleşmelerini tip sözleşme haline getirmeye ve belli tür satımlar için yerleşmiş teamül kurallarına atıf yapmaya zorlar. Incoterms kurallarının amacı da bir anlamda, terimlerin farklı ülkelerde değişik yorumlanması hakkındaki belirsizliklerin engellenmesi veya en azından önemli derecede azaltılabilmesidir.

UNIDROIT ilkeleri de<sup>27</sup>, *lex mercatoria*'nın sistematik ve yazılı hale getirilmiş bir derlemesi olarak ortaya çıkar ve bazı belirsiz kavramların kapsamını saptamanın yarattığı güvensizliği gidermek veya büyük ölçüde azaltmak amacıyla kullanılabilir<sup>28</sup>.

Incoterms ile Viyana Satım Antlaşması'nın etkileşimi değerlendirildiğinde, Incoterms'in Antlaşma'nın düzenlemelerini değiştirmesi veya bunlara ek düzenlemeler getirmesi mümkündür<sup>29</sup>. Bu değişiklik ve ek düzenlemelerin dayanağı olarak, Antlaşma'nın 6. ve 9. maddeleri<sup>30</sup> gösterilebilir<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> Incoterms hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. *Erdem E.*: Incoterms® 2010, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2011, s.219-235 (Anılış: **Erdem, Incoterms® 2010**).

<sup>25</sup> Erdem, Trade Usages, s.251.

<sup>26</sup> *Pamboukis C.*: The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods, Journal of Law & Commerce, 2005-06, s. 127. Kaynak: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html> (Anılış: **Pamboukis**).

<sup>27</sup> Teamüllerin UNIDROIT prensipleri kapsamındaki incelemesi için Bkz. *Süral C.*: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipileri, Güncel Yayınevi, İzmir 2008.

<sup>28</sup> Erdem, Lex Mercatoria, s. 126.

<sup>29</sup> Pamboukis, s. 127.

<sup>30</sup> Antlaşma'nın 6. maddesi uyarınca taraflar, Antlaşma'nın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilir.

<sup>31</sup> *Piltz B.*: INCOTERMS and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Kaynak: <http://www.20jahre.cisg-library.org/piltz1.html>.

Incoterms kuralları temel olarak, malların satıcı tarafından alıcıya tesliminde taraflara düşen görevleri, masrafları, hasarın geçişini ve belgelere ilişkin yükümleri düzenler. Mal bedelinin ödenmesi ve ödeme yöntemleri, mülkiyetin geçişi, mala ilişkin fikri hakların geçişi, taşıma sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, satım sözleşmesinin ifasına ilişkin konular ve uyumsuzlukların çözümüne ilişkin düzenlemeler Incoterms kapsamında değildir<sup>32</sup>. Incoterms kurallarının amacı, sadece satım sözleşmesinin konusunu oluşturan malların teslimine ilişkin kuralların yorumlanmasını sağlamak olup, bunun dışında satım sözleşmesine ilişkin diğer herhangi bir konuya açıklama getirmez<sup>33</sup>.

Daha açık olarak belirtmek gerekirse, Incoterms kuralları kapsamında kalan konular dört ana başlık altında toplanabilir: (i) malların teslimi, (ii) hasarın geçişi, (iii) masrafların paylaşılması, ve (iv) belgelere ilişkin yükümlülükler. Incoterms ödeme ve ödeme yolları, mülkiyetin geçişi, varyantlar, uyumsuzlukların çözümü ve sözleşmenin ifasına ilişkin diğer konularda herhangi bir düzenleme içermez<sup>34</sup>; bu konuların taraflar arasındaki satım sözleşmesinde düzenlenmesi gerekir.

Incoterms kurallarının da, gerek Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinin 1. fıkrası kapsamında tarafların üzerinde anlaşıtı teamüller olarak, gerekse şartlarının sağlanması kaydıyla ikinci fıkra kapsamında uygulanmaları mümkündür<sup>35</sup>.

Incoterms kuralları bakımından, Incoterms kapsamında yer alan CIF, FOB gibi ticari terimlere atıf yapılmasının, Incoterms'e doğrudan bir atıf olmaması halinde, ilgili kurallar kapsamında yer alan yorum kurallarını da kapsayıp kapsamayacağı tartışılabilir. ICC Incoterms kullanımında seçilen ticari terimden hemen sonra Incoterms ifadesinde kullanılmasını önerir<sup>36</sup>. Örneğin CIF İzmir Limanı Incoterms 2010 gibi. Sorun CIF teriminin kullanılmasına karşın, Incoterms'e açık atıf yapılmadığı hallerde, bu terimin Incoterms çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmemesi açısından önemlidir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, Uniform Commercial Code da, CIF, FOB gibi ticari terimlere yer verir. Bu durumda CIF teriminin iç hukuka mı yoksa Incoterms'e mi ilişkin olduğu tartışma yaratabilir. Zira örneğin Uniform Commercial Code'da düzenlenen CIF terimi ile Incoterms'de düzenlenen CIF terimi arasında temel farklar vardır.

<sup>32</sup> Erdem, Incoterms® 2010, s. 220.

<sup>33</sup> Erdem, Incoterms® 2010, s. 221.

<sup>34</sup> Erdem, Trade Usages, s. 251.

<sup>35</sup> Ferrari, s. 277.

<sup>36</sup> Bu konuda, Incoterms 2010 kuralları'nın giriş kısmında, şu ifadeler yer almaktadır: "Eğer Incoterms® 2010 kurallarının sözleşmenize uygulanmasını isterseniz, bunu "[belirtilen yeri de kapsayacak şekilde seçilen Incoterms kuralı] Incoterms® 2010" ifadesini kullanarak Incoterms® 2010'a atıfta bulunarak sözleşmenizde açıkça belirtmeniz gerekir." Bkz. Incoterms 2010, İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari Terimlerin Kullanımı için ICC Kuralları, ICC Yayın no. 715, s. 11.

Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri New York Bölge Mahkemesi'nin 2002 yılında verdiği bir kararda<sup>37</sup> (*U.S. District Court, S.D., New York*), Incoterms'in uluslararası ticarete bilinen ve oldukça sık olarak kullanılan tanımlar olmasından dolayı, CIF terimine yapılan atfın da Incoterms kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Amerikan mahkemesi bu kapsamda, tarafların yaygın olarak bilinen ve gözlemlenen teamüllerle bağlı olduğuna Antlaşma'nın 9/2. maddesi uyarınca hükmetmiş ve ayrıca, Alman Ticaret Kanunu'nun teamüllerin uygulanmasını düzenleyen 346. bölümüne atıf yapmıştır. İlgili kararda mahkeme, davalının mülkiyetin muhafaza edilmesine ilişkin sözleşme hükmünün, CIF teriminin hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerini değiştirdiğine ilişkin iddiasını reddetmiştir. Mahkeme ayrıca, Antlaşma hükümleri uyarınca hasarın, malların mülkiyetinin kimde olduğundan bağımsız olarak geçtiğine hükmetmiştir.

Bu karar uyarınca mahkemenin, Incoterms'in Viyana Satım Antlaşması'nın 9/2. maddesi uyarınca, Antlaşma'ya dâhil edildiğine hükmetmiş olduğu şeklinde bir yorum yapılması yanlış olmaz<sup>38</sup>.

Yine, ICC tahkiminde verilen bir kararda<sup>39</sup>, taraflar arasındaki sözleşmede Incoterms 1990'da yer alan CFR<sup>40</sup> terimine atıf yapılmıştır. Hakem heyeti bu atfın, Viyana Satım Antlaşması'nın 9/1. maddesi uyarınca tarafların üzerinde anlaşıldığı bir teamül olduğuna, ve tarafların bu teamülle bağlı olduklarına hükmetmiştir. Hakem heyeti ayrıca, CFR teriminin taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası haline geldiğine ve sözleşmenin metninin yorumlanmasında dikkate alınacağına altını çizmiştir.

Öğretide Incoterms'de yer alan terimlerin her ülkede Incoterms'de işaret edildiği şekilde yorumlanmadığı ve bu nedenle teslim şekline ilişkin terimlerin mutlaka Incoterms'deki açıklamalar çerçevesinde anlaşıldığının kesin olmadığı ileri sürülmektedir<sup>41</sup>. Incoterms'in bir amacının da bu yorum farklılıklarını gidermek olduğu dikkate alındığında, kullanılan ticari terimle beraber Incoterms'e de atıf yapıldığında bu tür yorum farklılıklarından söz etmek zordur.

## 2. Genel İşlem Şartları

Genel işlem şartlarının Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesi kapsamında uygulanıp uygulanamayacağı da incelenmelidir.

<sup>37</sup> U.S. District Court, S.D., New York, St. Paul Guardian Insurance Co., et al. v. Neuromed Medical Systems & Support, et al. (26.03.2002). Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=730>.

<sup>38</sup> Pamboukis, s.127-128.

<sup>39</sup> ICC Court of Arbitration, Karar No.7645, Mart 1995. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=455&step=FullText>

<sup>40</sup> Belirtmek gerekir ki, söz konusu karara konu olan sözleşmede taraflar aslında Incoterms 1990'da yer almayan CNF şeklinde bir terime atıf yapmıştır. Ancak taraflar, CNF ile aslında CFR terimini kastettiklerini belirtmiş ve hakemler de bu beyanı dikkate alarak, tarafların iradesinin aslında CFR terimine yönelik olduğunu ifade etmiştir.

<sup>41</sup> Ferrari, s. 277.

Viyanalı Satım Antlaşması kapsamında verilen mahkeme kararlarında genel işlem şartlarının teamül olarak uygulanabilmesi için öncelikle, muhatabın genel işlem şartlarına makul ölçüde ulaşabilmesinin mümkün olması aranır<sup>42</sup>. Bu konuda, Alman Temyiz Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) tarafından verilen bir kararda, muhataba gönderilen icabın genel işlem şartlarına yalnızca göndermede bulunmasının yeterli olmayacağına, genel işlem şartlarının da icapla birlikte gönderilmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>43</sup>. Söz konusu karar, tarafların atıf yapılan genel işlem şartları hakkında bilgi sahibi olmasını aradığı için, söz konusu değerlendirmeye katıldığımızı belirtmek isteriz.

Ancak, genel işlem şartlarının bir e-postanın ekinde yer alması veya internet üzerinden kolayca erişilebilecek bir şekilde bulunması durumunda da, ilgili şartların karşı tarafın erişimine açıldığı sonucuna varılmalıdır. Burada elde edilmek istenen sonuç, karşı tarafın bilgilendirilmesi olduğundan, bilgilendirme bu şekillerde de sağlanabilir. Ancak bu noktada, muhataptan genel işlem şartlarını araması veya bunların yer aldığı internet sayfasını ve şartların tercümesini bulması beklenmemelidir<sup>44</sup>.

Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) 30 Ocak 2004 tarihli bir kararında<sup>45</sup>; genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edilmesinin kabul edilebilmesi için, muhatabın bu standart terimlere ulaşmasının makul olmayan bir külfet<sup>46</sup> yaratmaması aranmıştır. Bu bağlamda, icapta bulunan tarafın bu terimleri sözleşmeye dâhil etmek istediğinin muhataba açık olarak ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere kararlarda üzerinde durulan iki konu vardır. Öncelikle, genel işlem şartlarının sözleşmeye dâhil edildiğinin muhatap tarafından açık ve anlaşılır olması gerekir. Ayrıca, muhatabın ilgili genel işlem şartlarına kolayca ulaşması da, bilgi sahibi olması da mümkün olmalı, taraflara bu şartları aramaları bakımından ek bir külfet yüklenmemelidir.

## B. Tarafların Bildiği veya Bilmesi Gereken Teamüller ve Alışkanlıklar

Tarafların bildiği veya bilmesi gereken teamül ve alışkanlıkları düzenleyen Viyanalı Satım Antlaşması'nın 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, tarafların gerçek irade-

<sup>42</sup> *Schwenzer I. / Mohs F*: Sözleşmenin Kurulması, Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editor: Yeşim Atamer, Haziran 2008, İstanbul, s. 89 (Anılış: **Schwenzer / Mohs**).

<sup>43</sup> Bundesgerichtshof, 31 Ekim 2001 [VIII ZR 60/01]. Kaynak: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/011031g1german.html>.

<sup>44</sup> Schwenzer / Mohs, s. 89.

<sup>45</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, I-23 U 70/03, 30 Ocak 2004. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&cid=969&step=Abstract>.

<sup>46</sup> Kararın İngilizce tercümesinde bu kavram, *unreasonable inconvenience* olarak ifade edilir..

desinden bağımsız olarak sözleşmenin tamamlanması imkânı bulunur<sup>47</sup>. Bu hüküm uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gereken 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. Taraflar, aksi yönde bir anlaşma yaparak, bu hükmün öngördüğü zımni kabulden vazgeçebilirler. Kanımızca, aksi yönde yapılacak bu anlaşmanın açık olması gerekir. Zira, zımni anlaşma taraflar arasında yerleşmiş başka bir teamül veya uygulamanın varlığına işaret ki bu durum da da Viyana Satım Antlaşması m. 9/1 hükmü uygulanır.

Burada, ilgili ticaret branşında yaygın olarak bilinme ve düzenli olarak uygulanma yeterli olup, ilgili teamülün tüm dünyada bilinmesi gibi bir zorunluluk olmadığı, genel olarak kabul edilen bir görüştür<sup>48</sup>. Bu yorumun, ilgili maddenin daha sık olarak uygulanmasını sağlayacağı tartışmasıdır.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken, yine de işlemin teamülün gözlemlendiği bölgeyle yer veya sanayi açısından yeterli ölçüde bağlantılı olmasının gerekli olduğu ve yalnızca taraflardan birinin gözlem alanı ile bağlantılı olmasının yeterli olmayacağıdır. Bu konuda, Frankfurt am Main Yüksek Bölge Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*) 5 Temmuz 1995 tarihli bir kararında taraflar arasındaki sözleşmenin teyit mektubu aracılığıyla kurulup kurulmadığı tartışılmıştır<sup>49</sup>. Teyit mektubunu yollayan tarafın ticari faaliyette bulunduğu ülke olan Almanya'da, teyit mektuplarıyla sözleşmelerin kurulabileceği kabul edilmektesyken, karşı tarafın ülkesi olan Fransa'da ise böyle bir uygulama söz konusu değildir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca tarafların birinin faaliyet alanında yer alan uygulamanın, madde 9/2 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak mahkeme, teyit mektubunun sözleşmenin kurulmuş olması bakımından dolaylı olarak delil kabul edilebileceğine karar vermiştir.

Tarafların bildiği veya bilmesi gereken teamül ve alışkanlıkları düzenleyen ikinci fıkradan da anlaşılacağı üzere, taraflar arasındaki varsayımsal anlaşma ancak yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüller bakımından söz konusu olmaktadır. Antlaşma'nın bu kapsamı oldukça dar tuttuğu ve tarafların bizzat yer almadıkları süreçler bakımından varsayımsal iradelerinin de ancak bu dar yorumlanan hallerde söz konusu olduğu görülür<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Schlechtriem & Schwenzler, s. 324.

<sup>48</sup> Ferrari, s. 276. Ayrıca bkz. Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 Mart 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=FullText>.

<sup>49</sup> Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 9 U 81/94, 5 Temmuz 1995. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=169&step=Abstract>.

<sup>50</sup> Ferrari, s. 275.

Tarafların varsayımsal iradesi kapsamında, yalnızca ilgili teamülün yaygın olarak bilindiği yerde yerleşik olan veya bu yerde ticari faaliyetlerde bulunanların söz konusu teamül veya uygulamalarla bağlı olacağı kabul edilir. Bu konu, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) 21 Mart 2000 tarihli kararında<sup>51</sup> ele alınmış ve tarafların işyerinin ilgili teamülün uygulandığı coğrafi bölgede bulunması veya ticari faaliyetlerini o bölgede yürütmeleri durumunda, ilgili teamülleri bilmeleri gerektiği kabul edilmiştir. Bu davaya konu olan olayda, satıcı ile alıcı daha önce de kereste ticaretine ilişkin sözleşmeler imzalamış ve satıcı, sipariş formunda yerel teamüle açık olarak atıf yapmıştır. Bu nedenle mahkeme, alıcının da bu yerel Alman teamülünü bilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

İkinci fıkra genellikle, belirli bir kurallar bütününe tümüne yapılan genel atıflar dışında, tekil kurallarla ilgilenir. Bu nedenle, ilgili maddenin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için, bu kurallar bakımından tek tek değerlendirilmesi ve şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin de ayrı ayrı incelenmesi gerekir<sup>52</sup>.

Antlaşma'nın 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ticari teamülün varlığını ileri süren taraf, ilgili şartların gerçekleştiğini, başka bir deyişle hem teamülün varlığını hem de karşı tarafın bu teamüle ilişkin örtülü bir şekilde bilgi sahibi olduğunu ispat etmelidir.

İspat yükü bakımından, hangi ispat araçlarına başvurulabileceği, milli usul hukukları tarafından belirlenir<sup>53</sup>. Bu nedenle, konuyu değerlendirecek olan hâkim veya tahkim söz konusu ise hakemler, önlerine gelen uyumsuzluğa uygulanacak usul hukukuna ve ispat kurallarına göre bir değerlendirme yapacaklardır.

İspat konusunda Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) 27 Şubat 2003 tarihli bir kararında<sup>54</sup>, bir teamülün mevcut olup olmadığının esasa ilişkin bir konu olduğu ve esasa ilişkin bu iddianın Avusturya usul kanunları uyarınca her türlü ispat aracıyla ispat edilebileceği ifade edilmiştir.

Antlaşma'nın 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları bakımından, ispat yüküne ilişkin olarak iki fıkra arasında herhangi bir fark bulunmadığının altı çizilmelidir<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Bkz. Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 Mart 2000. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=478&step=FullText>.

<sup>52</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 330.

<sup>53</sup> Oberster Gerichtshof, 2Ob48/02a, 27 Şubat 2003. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=908&step=FullText>.

<sup>54</sup> Oberster Gerichtshof, 2Ob48/02a, 27 Şubat 2003. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=908&step=FullText>.

<sup>55</sup> UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, madde 9'a ilişkin açıklamalar. Kaynak: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/digest2008/article009.pdf>.

Ticari teamülün varlığına veya içeriğine ilişkin hataya düşülmesi olasılığı da değerlendirilmelidir. Antlaşma'nın 9. maddesinin 2. fıkrası hata riskini, yeterli özeni göstermemesi nedeniyle hataya düşen tarafa yükler ve ilgili madde uyarınca, belirli bir ticarete ilişkin teamüllere yabancı olan kişiler, ancak bu maddede öngörüldüğü ölçüde korunur<sup>56</sup>. Bu kapsamda, eğer tarafların bilmesi gereken ve milletlerarası ticarette aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin bulunduğu kanaat getirilirse, bunu bilmeyen veya içeriğine ilişkin hataya düşen taraf korunmaz.

Antlaşma'nın 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sağlanması gereken şartlar, sözleşme kurulurken bulunmalıdır. Daha sonra yeni bir teamülün ortaya çıkması durumunda sözleşme etkilenmez; ancak taraflar aralarındaki sözleşmeyi Antlaşma'nın 29. maddesi uyarınca bu teamül doğrultusunda değiştirirlerse, bu durumda yeni teamül sözleşmeyi etkiler. Öğretide, tarafların aralarındaki sözleşmenin teamüllere dinamik bir atıf içermesi durumunda, sözleşmenin kurulması sırasında var olmayıp sonradan ortaya çıkan yeni teamüllerin de taraflar arasında uygulanacağı savunulur<sup>57</sup>. Kanımızca da teamüllere yapılan atfın güncellenen veya yeni gelişen teamülleri de içermesi durumunda, sözleşmenin kurulmasından sonra gelişen teamüller de dikkate alınır.

Belçika Tongeren Ticaret Mahkemesi (*Rechtbank van Koophandel Tongeren*) tarafından Viyana Satım Antlaşması uyarınca verilen 25 Ocak 2005 tarihli bir kararda çelik sektöründeki beklenmeyen fiyat artışlarının taraflar arasındaki sözleşmeye etkisi tartışılmıştır<sup>58</sup>. Bu olayda, satıcının başka müşterilerinin, sözleşmelerindeki fiyatları sektördeki fiyat artışına göre gözden geçirmiş olmaları bir teamül olarak değerlendirilmemiştir. Aynı kararda, geçmişte çelik sektöründe yine %10'a varan fiyat artışları olduğu ve bunların satıcının uyguladığı fiyatların gözden geçirilmesine neden olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle, çelik sektöründeki hammadde fiyat artışlarının satım sözleşmelerinde kararlaştırılan fiyatların gözden geçirilmesine yol açacağı şeklinde bir teamül veya taraflarca kabul edilmiş bir uygulama olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Alıcının fiyat artışına ilişkin bildirimden sonra susmuş olması da ilgili artışı kabul ettiği anlamına gelmez, zira taraflardan birinin susması, Viyana Satım Antlaşması kapsamında, tarafların ortak iradesinin bu yönde olduğu çıkarılamıyorsa, kabul olarak değerlendirilmez (Antlaşma m.18/1).

### C. Viyana Satım Antlaşması m. 9/1 ve m. 9/2 Arasındaki İlişki

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesinin 1. ve 2. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde; tarafların aralarındaki sözleşmede açıkça atıfta buldukları ticari

<sup>56</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 329.

<sup>57</sup> Bkz. Schlechtriem & Schwenger, s. 330.

<sup>58</sup> Rechtbank van Koophandel Tongeren, A.R. A/04/01960, 25 Ocak 2005. Kaynak: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050125b1.html>.



âdetlerle birlikte, sözleşmede özel olarak atıfta bulunulmuş olmamakla birlikte, ilgili sektörde yaygın olarak bilinen ve uygulanan ticari âdetler de sözleşmenin parçası olarak kabul edilirler. Böylece, teamüller ile taraflar arasındaki yerleşik uygulamaların da sözleşmenin yazılı olmayan hükümleri olarak değerlendirilmesi mümkündür<sup>59</sup>.

Bununla beraber taraflar arasında, Viyana Satım Antlaşması m. 9/1 ve m. 9/2'nin her ikisinin de kapsamına giren teamüllerin bulunması durumunda, bunların nasıl uygulanacağını incelenmesi gerekir.

Tarafların 9. maddenin 1. fıkrası uyarınca üzerinde anlaştıkları teamüller ile, 2. fıkra uyarınca varsayımsal olarak anlaşmış kabul edildikleri teamüllerin aynı durum için söz konusu olması durumunda, tarafların üzerinde anlaştıkları teamüllerin üstün tutulacağını kabulü uygun olur<sup>60</sup>.

Zürih Ticaret Mahkemesi'nin (*Handelsgericht Zürich*) 24 Ekim 2003 tarihinde verdiği bir kararda<sup>61</sup>, taraflar arasındaki fikir birliği ve madde 9/1 uyarınca oluşturulmuş alışkanlıkların, ilgili endüstrideki teamüllerden daha öncelikli olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Mahkemenin bu kararını öğretilerdeki bu yöndeki görüşlere dayandırdığı görülür<sup>62</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi'nin (11. Bölge) [U.S. Court of Appeals (11th Circuit)] verdiği 12 Eylül 2006 tarihli bir kararda sevkiyat teriminin ilgili endüstrideki yaygın kullanımının, taraflar arasında oluşmuş teamülden daha öncelikli olarak uygulanacağı şeklindeki iddia, mahkeme tarafından reddedilmiştir<sup>63</sup>. Alıcı tarafından ileri sürülen iddiaların aksine, Antlaşma m. 9/2'de yer alan düzenleme uyarınca, tarafların bir terimin anlamı konusunda açık bir anlaşmaya varmamış olması durumunda, aralarındaki uygulamayla farklı bir anlam geliştirmiş olsalar dahi, bu terimin genel anlamı ile bağlı olurlar. Alıcı'nın yorumunun kabul edilmesi durumunda, Viyana Satım Antlaşması'nın 8/3. maddesi anlamsız hale gelir<sup>64</sup>. Mahkemeye göre, Viyana Satım Antlaşması m. 9/2 hükmünün, m. 8/3 ve 9/1 ile birlikte

<sup>59</sup> Ayoğlu, s. 169.

<sup>60</sup> Ferrari, s. 275, dipnot 53'teki yazarlar.

<sup>61</sup> Bkz. Handelsgericht Zürich, HG 010395/U/zs, 24 Ekim 2003. Kaynak: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031024s1.html>.

<sup>62</sup> Zürih Ticaret Mahkemesi'nin bu konuda atıf yaptığı kaynaklar için Bkz. *Witz / Salger / Lorenz: International Einheitliches Kaufrecht - Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, 2000, Art. 8 Note 12; Schlechtriem/Junge: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), Art. 9 Note 7.*

<sup>63</sup> U.S. Court of Appeals (11th Circuit), *Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc.*, 12 Eylül 2006. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1136&step=Abstract>.

<sup>64</sup> Bu madde uyarınca, taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını saptayabilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dâhil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.

değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede tarafların bir sevkiyat terime ilişkin aralarında kararlaştırdıkları bir uygulama, herhangi bir uyuşmazlık durumunda, o terime ilişkin genel uygulamaya göre önceliklidir.

Görüldüğü üzere mahkemeler de, taraflar arasında 9/1. madde uyarınca kabul edilen teamüller varsa, bunları 9/2. maddeye nazaran daha öncelikli olarak uygular.

### III. Viyana Satım Antlaşması Kapsamında Teamüllerin İşlevi

#### A. Sözleşmenin Kurulması

Sözleşmelerin içeriğiyle ilgili teamüllerin yanı sıra, sözleşmenin kurulmasıyla ilgili teamül ve alışkanlıklar, Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesi kapsamında uygulanabilir. Antlaşma'nın 18/1. maddesi uyarınca kabul, bir beyan ya da muhatabın rızasını gösteren bir davranışla gerçekleşebildiğinden, Antlaşma m. 9 bu bağlamda büyük önem taşır ve ticari teamüller, belirli bir hareketin kabul sayılıp sayılmayacağı sonucunu etkileyebilir<sup>65</sup>.

Örneğin, taraflar eğer daha önceki uygulamalarında, aralarındaki sözleşmelerin kurulması esnasında açık bir kabul beyanından vazgeçmeye yönelik teamül veya alışkanlıklar geliştirmişlerse, bunlar da ilgili madde kapsamında değerlendirilebilir<sup>66</sup>.

Sözleşmenin kurulması sırasında ortaya çıkan durumlardan kuşkusuz en önemlisi, ticari teyit mektuplarının taraflar arasında teati edilmesine bağlanabilecek sonuçlardır. Burada, taraflardan birinin teyit mektubu yollamasına karşılık diğer tarafın susmasına bağlayıcı bir etki atfedilmesinin evrensel olarak kabul edildiğini söylemek mümkün olmadığından, teyit mektuplarının Viyana Satım Antlaşması m. 9/2 anlamında ticari teamül sayılmasının şartları her olay bakımından ayrı ayrı incelenmelidir<sup>67</sup>. Söz konusu uygulamanın uluslararası alanda oldukça yaygın olarak gözlemlenmesi nedeniyle, teamülün gözlemlendiği yerde sürekli olarak ticari faaliyette bulunulmasının, teyit mektuplarına ilişkin kuralın uygulanmasını haklı gösterebileceği savunulur<sup>68</sup>.

Türk hukuku açısından TTK'da özel düzenleme vardır. TTK m. 21/3 uyarınca herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.

<sup>65</sup> Schwenzer / Mohs, s.92.

<sup>66</sup> Schlechtriem & Schwenzer, s. 324.

<sup>67</sup> Schlechtriem & Schwenzer, s. 335.

<sup>68</sup> Schlechtriem & Schwenzer, s. 336.

Yine, sözleşmenin kurulması esnasındaki susma ya da eylemsizlik tek başına kabul anlamına gelmeyip, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar ve teamüller uyarınca susmaya böyle bir sonuç yüklenebiliyorsa, o durumda ancak m. 9 çerçevesinde taraflar susma sonucunda icabı kabul etmiş sayılabilir<sup>69</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun örtülü kabulü düzenleyen 6. maddesi uyarınca icapta bulunan, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır<sup>70</sup>.

## B. Sözleşmenin İçeriği ve İfası

Teamüller, taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde rol oynayabileceği gibi, sözleşmenin ifası konusunda da teamüllerin önemli bir etkisi olduğu nu söylemek yanlış olmaz.

Uygulamada, teamüllerin sözleşme içeriğine etkisi bakımından, tahkim şartlarının sözleşmeye dâhil edilmesi önem taşır. Yerel teamüllerin tahkim şartları içermesi söz konusu olabilir veya belli bazı endüstrilerde tahkim şartları ticari teamül olarak değerlendirilebilir<sup>71</sup>. Bunların tümü, teamüller aracı ile sözleşme içeriğine tahkim şartlarının dâhil edilmesi sonucunu doğurabilir.

Teamül ve alışkanlıkların, sözleşmenin ifası konusunda geniş bir uygulama alanı bulacağı tartışmasızdır. İfa ile ilgili olarak her türlü konu, bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu bağlamda, teslim zamanı taraflar arasındaki teamüller ile belirlenmiş olabilir. Örneğin, satıcı tarafın uzun yıllardır alıcıya işlenmemiş zeytin satmakta olduğu bir ticari ilişkide, ilk sözleşmelerinde taraflar teslimin aralık ayında gerçekleşmesi konusunda anlaşmış olabilir. Taraflar uzun yıllar süren ticari ilişkileri boyunca uzun sözleşme metinleri oluşturmak yerine yalnızca fiyat hususunda anlaşabilir ve satıcı, aralarında oluşmuş teamüllere uygun olarak, aralık ayında teslimatlar yapmaya devam edebilir<sup>72</sup>.

Sözleşmenin ifası konusunda yukarıdaki örnek uyarınca teslim zamanı, teslim yeri, teslim borcunun kapsamı gibi unsurlar teamüller yardımı ile belirlenebilir.

<sup>69</sup> Schwenzer / Mohs, s. 93.

<sup>70</sup> Ancak Borçlar Kanunu'nun vekalet sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 503. maddesi uyarınca, kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu maddede, vekalet için icapta bulunanın, bu icabın kural olarak kabul edilip yerine getirileceğini beklemekte haklı olduğu görüşünden hareket edilerek bir farziyeye yer verildiği konusunda Bkz. Yavuz, Borçlar Hukuku, s. 1176.

<sup>71</sup> Schlechtriem & Schwenzer, s.337.

<sup>72</sup> Erdem, Teslim Borcu, s. 142.

Sözleşmenin ifasına ilişkin teamüllere örnek olarak, teslim edilecek malların asgari kalitesinin teamüller yardımıyla belirlenebileceği kabul edilebilir. Bu konuda, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberster Gerichtshof*) 27 Şubat 2003 tarihli bir kararında<sup>73</sup>, malların kalitesinin teamül olarak yerleşmiş belirli standartlara göre belirlenmesinin mümkün olduğuna karar verilmiştir. Davaya konu olan olayda alıcı, satılan dondurulmuş balıkların tazeliği konusunda, balık ticaretinde hâkim olan uluslararası bir teamülün var olduğunu ve satıcının satmış olduğu balıkların taze olmamasından dolayı, bu teamüle aykırı bir teslim gerçekleştiğini iddia etmiştir.

### C. Sözleşmenin Yorumu ve Değiştirilmesi

Teamüllerin, sözleşmenin kurulması ve ifası sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların yanı sıra, sözleşmenin yorumu ve değiştirilmesinde de dikkate alınabileceği tartışmasıdır.

Sözleşmenin değiştirilmesi konusunda tartışmalı bir konu, önceden sözlü olarak kurulmuş bir sözleşmenin ardından bir teyit mektubu gönderilmesi ve bu teyit mektubunun sözlü olarak üzerinde anlaşılacak hususlar dışında başka hususlar da içermesi durumudur.

Bu konuda, milli hukuklar tarafından benimsenen çözümler farklılık gösterir. Yukarıda da açıklandığı üzere Türk hukukunda TTK m. 21/3, teyit mektubuna sekiz gün içinde itirazda bulunmaması haline, teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul sonucunu bağlar. Bu madde uyarınca muhatap teyit mektubu teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde itiraz etmemişse, teyit mektubu sözleşmenin bir parçası haline gelir<sup>74</sup>.

Ancak uluslararası ticaret düşünüldüğünde bu kural, ancak taraflar arasında Antlaşma'nın 9/1. maddesi uyarınca yerleşmiş alışkanlıklar ya da uygulanmasını kabul ettikleri bu yönde teamüller varsa veya taraflardan her birinin bulunduğu ülkede teyit mektuplarının özel sonuçları bir ticari teamüle dayanıyorsa uygulanabilir<sup>75</sup>.

Öte yandan, m. 9'da yer alan kuralların, sözleşmelerin Viyana Satım Antlaşması kapsamı dışında kalan içeriklerine de uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bu görüşe paralel olarak, m. 9 sözleşmelerdeki yetki kuralları ve tahkim klozlarına da uygulanabilir<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Bkz. Oberster Gerichtshof, 2Ob48/02a, 27 Şubat 2003. Kaynak: <http://www.unilex.info/case.cf?pid=1&do=case&id=908&step=FullText>.

<sup>74</sup> Teyit mektubuna makul bir süre içinde itiraz edilmemesinin kabul anlamına geldiği hukuk düzenleri için Bkz. Schwenger / Mohs, s. 99. Burada, Türkiye'nin yanı sıra Danimarka, Almanya, Polonya ve İsviçre de örnek olarak sayılmaktadır. Öte yandan, kimi hukuk düzenlerinde teyit mektuplarının böyle bir etkisi kesin değildir. Bu ülkelere örnek olarak İtalya ve Avusturya gibi ülkeler verilebilir. Bu konuda Bkz: Schlechtriem & Schwenger, s. 336.

<sup>75</sup> Schwenger / Mohs, s. 99-100 ve dipnot 84'te yer alan kararlar.

<sup>76</sup> Schlechtriem & Schwenger, s. 325.

## SONUÇ

Teamüllerin uluslararası ticarete büyük önem gösterdiği tartışmasızdır. Bu önem, Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesi kapsamında, uluslararası satımlar bakımından da somutlaşmıştır. Bu madde, Antlaşma'ya hâkim olan genel anlayışa paralel olarak, dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı kapsamında, tarafların üzerinde anlaştıkları teamüllerin yanı sıra, bildikleri veya bilmeleri gereken teamüllerle de bağlı olduklarını düzenler.

Viyana Satım Antlaşması'nın 9. maddesi kapsamında teamüller, Antlaşma hükümlerinden üstün tutulur. Bu da yine, Antlaşma kapsamında teamüllerin rolünün ne denli önemli olduğunu gösterir.

Antlaşma kapsamında yazılı hale getirilmiş teamüller kadar, diğer teamüller de uygulama alanı bulur ve ispat bakımından bir sorun olmadığı sürece, yazılı hale getirilmiş teamüller kadar uygulanabilir.

Teamüllerin sadece uluslararası değil, yerel teamüller de olabileceği, yine Viyana Satım Antlaşması uygulamasında genel olarak kabul görür. Bu da, teamüllerin daha geniş bir alanda uygulanmasına fırsat tanır.

Viyana Satım Antlaşması m. 9, çeşitli mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, uygulamada büyük ölçüde dikkate alınmakta ve buna göre kararlar verilmektedir. Bu bağlamda teamüller, mahkemelerin yanı sıra, uyumsuzluğun tahkimde çözüldüğü durumlarda hakemler tarafından da dikkate alınmaktadır.

Viyana Satım Antlaşması kapsamında teamüllerin, bu esaslar çerçevesinde daha uzun yıllar tutarlı olarak uygulanacağı ve uluslararası ticarete büyük önem taşımaya devam edeceği tartışmasızdır.



# MİRAS SEBEBİYLE İSTİHKAK DAVASI

## (Legal and Appointed Inheritor Acquire Heritage by Law With The Death of Legator)

Prof. Dr. Fikret EREN

### ÖZET

Yasal ve atanmış mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası (terekeyi) bir bütün olarak kanun gereği kendiliğinden kazanırlar. Ancak, terekenin tamamını, bir kısmını veya terekeye dahil bir malı mirasçıların zilyetliğinden önce üçüncü bir kişi haksız olarak eline geçirmiş olabilir. Bu durum, herhangi bir şekilde daha mirasbırakan hayatta iken gerçekleşebileceği gibi, onun ölümünden sonrada da gerçekleşebilir.

Yasal veya atanmış bir mirasçının terekenin tamamını veya bir kısmını ya da terekeye dahil bir malı haksız olarak elinde bulunduran bu kişiye karşı, bunun geri verilmesini sağlamak amacıyla mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürerek açacağı davaya, miras sebebiyle istihkak davası denir. Bu dava ile davacı, miras hakkına dayanarak tereke mallarını haksız olarak elinde bulunduran davalıdan bunların geri verilmesini ister. ***Bu dava, zilyet olmayan mirasçının mirasçı olmayan zilyete karşı açtığı bir miras davasıdır.*** Bu dava mirasçılara mirasbırakandan geçen bir dava olmayıp, mirasçı olmaları nedeniyle aslen ve doğrudan doğruya onların şahıslarında doğan bir davadır.

**Anahtar kelimeler:** Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Yasal Mirasçı, Atanmış Mirasçı, Miras Davası, tereke

### *Abstract*

Legal and appointed inheritor acquire heritage by law with the death of legator.

However, third party might unjustly get hold of the whole, part of heritage or property which is included in heritage before the possession of inheritors. This circumstance might occur either legator is alive or after his death.

Legal or appointed inheritor is entitled to bring an action against the third party who unjustly get hold of the whole, part of inheritance or the property which is included in heritage is called action for recovery of property by reason of inheritance. In this case, plaintiff, based on his right of succession, demand to recover the property of heritage which is unjustly in the hands of defendant. ***This case,***

***inheritor, who is not in possession bring an action against the possessor who is not inheritor.*** This case is not a case from the legator to inheritors, as an inheritor it is an original and direct generating individual right.

**Keywords:** Action for recovery of property by reason of inheritance, legal inheritor, appointed inheritor, case of inheritance, heritage

## I- Kavram ve Tanım

Yasal ve atanmış mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile birlikte mirası (terekeyi) bir bütün olarak kanun gereğince kendiliğinden kazanırlar. Bu bağlamda olmak üzere mirasçılar, kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak üzere mirasbırakanın miras yoluyla geçmeye elverişli aynı haklarını, fikri ve sınai haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı değerlerini, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki zilyetliklerini ve bunlardan doğan dava açma haklarını doğrudan doğruya kazanırlar (TMK. m. 599). Mirasbırakan sağlığında, malvarlığındaki bazı hak ve malların kullanılmasını, bunlardan yararlanılmasını üçüncü kişilerle yapmış olduğu sözleşmeler gereğince onlara bırakmış, ancak sözleşmeler sona ermesine rağmen bu kişiler söz konusu hak ve malları iade etmemiş olabilirler. Kira ve ödünç sözleşmeleri ile diğer benzer sözleşmeler uyarınca üçüncü kişilerin ellerinde bulunan mallar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Aynı şekilde, üçüncü kişiler, mirasbırakanın sağlığında malvarlığındaki bazı hak ve malları haklı bir sebep olmaksızın ya da onun iradesi dışında ele geçirmiş, almış olabilirler. Üçüncü kişilerin söz konusu hak ve malları ele geçirmek için başvurdukları fiillere örnek olarak da, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz işgörme ve haksız fiil gibi hukuka aykırı fiiller gösterilebilir. Her iki halde de mirasbırakan sağlığında söz konusu hak ve malları geri almaya ilişkin bireysel dava haklarına sahiptir. Ancak, mirasbırakanın bu davaları açmadan ölmesi halinde bu davalar da miras yoluyla mirasçılara geçer. Mirasçılar isterlerse her hak ve mala özgü bu bireysel davaları açmak suretiyle söz konusu malları geri alabilirler. Mal ve hakkın çeşidine göre farklı davalardan oluşan bu davalara, “bireysel davalar” denilir. Bu suretle mirasçılar, terekeyi veya terekeye dahil taşınır veya taşınmaz mal veya hakları haksız olarak elinde bulunduran kişiye karşı istihkak (mülkiyet) veya alacak ya da zilyetlik veya zilyetliği koruyan davaları açarak bunların geri verilmesini sağlayabilirler. Bu bağlamda açılacak adi istihkak davası, özellikle taşınırılarda menkul davası, taşınmazlarda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası, alacaklarda alacağın iadesi davası, zilyetliğin ihlalinde elatmanın önlenmesi veya hukuka aykırılığının tespiti ya da elatmadan kaçınma davası, sebepsiz zenginleşme davası, gerçek olmayan vekaletsiz işgörme ve terekeye ya da tereke mallarına verilen zararlar için tazminat davası, bireysel davalara örnek gösterilebilir. Demek ki, mirasçılar isterlerse üçüncü kişilerin haksız olarak ellerinde bulundurdukları tereke malları için mirasbırakandan kendilerine miras yoluyla ge-



çen bireysel (cüz'i) davaları açabilirler<sup>1</sup>. Ancak, kanun koyucu mirasçılara bu davalar yanında terekenin tamamını veya bir kısmını ya da terekeye dahil bir malı haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı bunların geri verilmesini sağlamaya yönelik külli nitelikte bir dava hakkı daha tanımıştır. Mirasçılara sırf mirasçı olmaları nedeniyle tanınmış olan, mirasbırakandan miras yoluyla geçmiş olmayan, aksine doğrudan doğruya kendi şahıslarında doğan külli nitelikteki bu dava, “Miras sebebiyle istihkak davası”dır<sup>2</sup>. Yasal veya atanmış bir mirasçının terekenin tamamını veya bir kısmını ya da terekeye dahil bir malı haksız olarak elinde bulunduran bir kimseye karşı bunun geri verilmesini sağlamak amacıyla mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürerek açacağı bu davaya, miras sebebiyle istihkak davası denir<sup>3</sup>. Bu dava ile mirasçı, miras hakkına dayanarak tereke mallarına zilyet olan davalıdan bu malların tamamının geri verilmesini ister. **Bu dava, zilyet olmayan mirasçının mirasçı olmayan haksız zilyete karşı açtığı bir davadır.** Bu dava mirasçılara mirasbırakandan geçen bir dava değildir. Bu dava mirasçı olmaları nedeniyle aslen ve doğrudan doğruya mirasçıların şahıslarında doğan bir davadır<sup>4</sup>.

- 
- <sup>1</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB (Kommentar zum .Schweizerischen Privatrecht, III. Band: Das Erbrecht., 2. Abteilung: Erbgang, 2. Auflage, Bern 1966), Vorbem. Art. 598-601, N. 17; Escher-ZK ZGB (Kommentar zum .Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Erbrecht, Zweite Abteilung: Erbgang, 3. Auflage, Zürich 1960), Vorbem. Art.598-600, N.10; Piotet, Paul (Schweizerisches Privatrecht, Viertes Band: Erbrecht, 2. Halbband, Basel/Stuttgart 198), SPR IV/2, sh.744, 750; Forni/Piatti-BSK ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2 Auflage, Besl/Genf/München 2003), Art. 598, N.1; Göksu-CHK ZGB (Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, I, Zürich/Basel/Genf 2007), Art. 598-600, N. 3; Gürsoy, Kemal T., Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ankara 1958, sh. 25 vd.; Dural/Öz, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2015, N. 1821; İmre/Erman, Miras Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, sh. 411; İnan/Ertas/Albaş, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015; sh.518; Öztan Bilge, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, sh. 401 vd.; Antalya Gökhan, Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2009, sh.430; Ayan Mehmet, Miras Hukuku, 5. Baskı, Konya 2009, sh. 257 vd.; Akbıyık, Cem, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 2003, sh.15.
- <sup>2</sup> Escher-ZK ZGB Art.598, N.7 vd.; Tuor/Picenoni-BK ZGB Vorbem Art.598-601, N.9 vd.; Piotet. SPR IV/2, sh.744; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. 1; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.2; Gürsoy, sh.21, İmre/Erman, sh.412; Kocayusuffpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, sh. 658; Dural/Öz, N.1826; Öztan, sh. 401; Antalya, sh.431; Akbıyık, sh.,17;
- <sup>3</sup> Tuor/Schnyder, sh.665 ; Escher-ZK ZGB Art.598, N.7 vd. 13; Tuor/Picenoni-BK ZGB Vorbem Art.598-601, N.9 vd.; Piotet. SPR IV/2, sh.751; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.1; Göksu-CHK ZGB, Art.598, N.2 ; Gürsoy, sh.25, , Güral (Akipek) Jale, Miras Sebebi İle İstihkak Davasına Kimler Taraf Olabilirler, Ankara Barosu Dergisi 1953, Sayı.5, sh. 400; Tandoğan, Halûk, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.12, 1955, Sayı. 1-2, sh. 270; İmre/Erman, sh.411; Dural/Öz, N.1821-1822; Antalya, sh.430 vd.
- <sup>4</sup> Tuor/Schnyder, sh.665; Escher-ZK ZGB Vorbem Art.598-601. N.10; Art.598, N.1; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.1, 3; Dural/Öz, N.1823; İnan/Ertas/Albaş, sh.518 vd.; Antalya, sh.431; İmre/Erman, sh.414; Öztan, sh.401; Akbıyık, sh.16 vd. Yargıtay 1HD 02.12.1982 tarih ve E.1982/14135, K..1982/14022 sayılı kararında bu ilkeyi şu şekilde ifade etmiştir: “Miras sebebi ile istihkak davası, mirasçıya mirasbırakandan kalan bir dava olmayıp, mirasçının kendi şahsından doğan bir davadır.” (Kazancı Hukuk).

Miras sebebiyle istihkak davası, dava konusu malların türüne ve buldukları yere bakılmaksızın mirasbırakanın son yerleşim yerinde açılır. Dolayısıyla, taşınmaz başka bir yerde bulunsa bile bu davanın açılacağı yer, mirasbırakanın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesidir.

Önemi dolayısıyla tekrar edecek olursak, mirasçılar miras sebebiyle istihkak davası ile bireysel davaları açma konusunda seçimlik bir hakka sahiptirler<sup>5</sup>. Onlar dilerlerse kendilerine miras yoluyla mirasbırakandan geçen, sağ olsaydı mirasbırakanın açabileceği bireysel davaları, dilerlerse de doğrudan doğruya kendi şahıslarında doğan miras sebebiyle istihkak davasını açabilirler. Ancak, davacıların bireysel davaları açmaları halinde herhangi bir ayrıcalıkları olmadığı gibi, söz konusu davaları da, usul kanunlarına göre yetki yönünden dava konusu hak ve mala ilişkin yetki kurallarına tâbi olarak açmak zorunda kalacaklardır.

Miras sebebiyle istihkak davası ayrıcalıklı bir davadır. Gerçekten de, bu dava, davanın açılacağı mahkeme yönünden yetkide teklik, özel zamanaşımı düzenlemesi, kazandırıcı zamanaşımının ileri sürülebilmesi ve ihtiyati tedbir imkanları gibi ayrıcalıklara sahip bir davadır<sup>6</sup>.

Miras sebebiyle istihkak davası, Türk Medeni Kanununun 687 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

## II- Davanın Konusu ve Kapsamı

Miras sebebiyle istihkak davası, haksız olarak elde bulundurulmuş terekenin tamamının, bir kısmının veya ona dahil bir malın geri verilmesi amacını güder. Dava konusu mal, terekeyi oluşturan her türlü değerden oluşur. Bu nedenle, mal kavramı geniş anlaşılmalı, bu kavram maddi mallarla maddi olmayan malları içermelidir. Dolayısıyla, bu kavram içine taşınır ve taşınmaz şeklindeki maddi mallar girdiği gibi, alacak haklarıyla fikri ve sınai hakların konusunu oluşturan maddi olmayan mallar, yani haklar da girer<sup>7</sup>. Aynı şekilde bu dava, zilyetlik ve know-how gibi hak olmamakla birlikte hukuken korunan menfaatleri de içerir. Nihayet, dava konusu ilk değer başkasına devredilmesi halinde onun yerine geçen satış veya kamulaştırma bedeli, yok olması ve hasara uğraması halinde ödenen tazminat, sigorta bedeli gibi, ikame değerler de bu dava kapsamında yer alır<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Tuor/Schnyder, sh. 664 vd.; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.598, N.4; Escher-ZK ZGB Art 598, N1.; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. 1, Federal Mahkeme BGE 132 III 667, 681.

<sup>6</sup> Tuor/Schnyder, sh. 665 ; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. 2.

<sup>7</sup> Escher-ZK ZGB Art.598. N.8; Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage 2002 sh. 183; Göksu-CHK ZGB, Art.598, N.5; Akbıyık, sh. 235 vd.

<sup>8</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.599, N.20 vd.; Göksu-CHK ZGB, Art.538-600, N.6 ; BGE 116 II 259 E.4a.

Miras sebebiyle istihkak davası, miras hakkını koruyan, onun yaptırımını oluşturan bir davadır. Dava, bu temel amaç yanında konu ve kapsam itibarıyla gerekirse, tazminat ödenmesi, sebepsiz zenginleşmenin geri verilmesi veya tapu kütüğünün düzeltilmesi gibi istemleri de içerebilir<sup>9</sup>.

### III- Nitelikleri

#### 1) Miras sebebiyle istihkak davası, külli (tümsel) bir davadır.

Miras sebebiyle istihkak davası, niteliği itibarıyla külli (tümsel= Gesamtklage) bir davadır<sup>10</sup>. Yasal veya atanmış mirasçı bu dava ile terekeye dahil hak ve malların tamamının geri verilmesini isteyebilir. Dolayısıyla, davacı mirasçı terekeye dahil her bir hak ve mal için ayrı ayrı davalar açmak ya da bunları tüm ayrıntılarıyla dava dilekçesinde tek tek saymak zorunda değildir. Davacının dava dilekçesinde, dava konusu tüm tereke ise, terekeye dahil tüm değerlerin, bazı hak ve mallar ise onların geri verilmesini istemesi yeterlidir. Bu dava sayesinde davacı, terekenin içerdiği her bir malın veya tekereye dahil hak ve malların türüne göre açılması gereken bireysel nitelikteki aynı, şahsî davaların her birini ayrı ayrı açmak zorunda kalmaz. Davacının tüm bu davalar yerine, küllî (tümsel) nitelikteki tek bir davayı, miras sebebiyle istihkak davasını açması yeterlidir. Dava sonunda hâkimin vereceği karar da her çeşit hak ve malın, alacak, zilyetlik vs.nin iadesine mahkûmiyet emrini içerir<sup>11</sup>.

Küllilik ilkesi yalnız terekenin tamamını içeren davada değil, terekeye dahil bazı hak ve malların, meselâ patent hakkının, bir taşınmazın, bir miktar alacak ve bir taşınırın zilyetliğinin geri verilmesi talebini içeren miras sebebiyle istihkak davası için de geçerlidir.

#### 2) Miras sebebiyle istihkak davası, bir eda davasıdır:

Bu dava ile mirasçı, üstün mirasçılık hakkına dayanarak hâkimden, davalıdan haksız olarak elinde bulundurduğu terekenin veya tereke mallarının kendisine geri vermeye mahkûm edilmesini ister. Mirasçılık sıfatıyla ilgili uyuşmazlığın çözümü de bu davanın kapsamı içinde bulunmakla birlikte, hiç kuşkusuz davanın asıl amacı, miras mallarının geri verilmesidir. Dolayısıyla, miras sebebiyle istihkak davasının konusu, yalnız tarafların mirasçılık sıfatlarının tespiti davası olmayıp, bir eda dava-

<sup>9</sup> Tuor/Schnyder, sh. 665 ; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. 6.

<sup>10</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Vorbem Art.598-600; N.12 ; Tuor/Schnyder, sh. 665; Escher-ZK ZGB Vorbem Art.598-600, N.6; Piotet, SPR IV/2, sh.749; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.1; Göksu-CHK ZGB, Art.598, N.2; İmre/Erman, sh.414; Gürsoy, 20 vd.; Tandoğan, sh. 271 vd.; İnan/Ertaş/Albaş, sh.520; Dural/Öz, N.1826; Öztan, sh. 401; Antalya, sh.,432, Akbıyık, sh.90 vd.

<sup>11</sup> Piotet. SPR IV/2, sh. 749 vd.; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. 1.

sıdır<sup>12</sup>. Bununla birlikte, davacının açmış olduğu davada davalı, davacının mirasçılık sıfatına itiraz ederse hâkim, bir önsorun olarak öncelikle bu sorunu, yani davacının üstün hak sahibi bir mirasçı olup olmadığını çözer. Nitekim, TMK. m. 637/II'de hâkimin, bu davada mirasçılık sıfatıyla ilgili uyuşmazlıkları da çözeceği hükme bağlanmıştır.

### 3) Miras sebebiyle istihkak davası, mutlak bir davadır:

Mirasçının tereke üzerindeki miras hakkı, mutlak bir haktır. Dolayısıyla, miras sebebiyle istihkak davası da, niteliği itibariyle mutlak bir davadır<sup>13</sup>. Gerçekten de, mirasçılar tereke üzerindeki haklarına aykırı hareket eden, özellikle bunları ihlâl eden, haksız olarak elinde bulunduran herkese karşı ihlâlin önlenmesi, durdurulması, malların geri verilmesi için bu davayı açabilirler. Bu nedenle biz, bu davayı “aynı dava” olarak nitelendiren görüşe katılmıyoruz. Çünkü, tereke yalnız aynı hakları değil, bunlar dışında, alacak haklarını, fikri ve sınai hakları, hatta zilyetlik ve know-how gibi hak niteliği taşımayan, fakat hukukça korunan değerleri de içermektedir. Dolayısıyla, aynı haktan başka hakları da içeren ve koruyan bir dava, aynı dava olarak nitelendirilemez; aksine, bu dava herkese karşı açılabilirdiği için niteliği itibariyle mutlak bir davadır.

### 4) Miras sebebiyle istihkak davası, ikincil (tali) bir davadır:

Miras sebebiyle istihkak davası, bazı hallerde ikincil (tali) bir dava niteliği taşımaktadır. Bu durum özellikle söz konusu davanın, ölüme bağlı tasarrufun iptali ve tenkis davasıyla birlikte açılması gerektiği zaman kendisini gösterir. Ölüme bağlı tasarrufun iptali ve tenkis davası, nitelikleri itibariyle yenilik doğuran davalardır. Yenilik doğuran davalar ancak ya yeni bir hukuki durum yaratırlar ya da mevcut hukuki durumu değiştirir veya ortadan kaldırırlar. Bu davalar eda davası olmadıkları için, bir şeyin geri verilmesi ya da herhangi bir işin yapılıp yapılmaması emrini içermezler. Dolayısıyla, birer yenilik doğuran dava olan ölüme bağlı tasarrufun iptali davası ve tenkis davasıyla, mirasbırakanın bu davalara konu ölüme bağlı tasarruf ya da sağlararası kazandırmalarıyla terekeden başkalarına bazı kazandırmalar yapması halinde, bunların terekeye geri verilmesi sağlanamaz. Meselâ bir kimseyi vasiyet alacaklısı veya mirasçı atayan bir ölüme bağlı tasarrufun iptali halinde, söz konusu ölüme bağlı

<sup>12</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Vorbem Art.598-600; N.14 ; Escher-ZK ZGB Vorbem Art.598-600, N.7; Gürsoy, sh. sh. 31 vd.; Tandoğan, sh. 273 vd.;İmre/Erma, sh. 413; İnan/Ertaş/Albaş, sh.520; Antalya, sh.432; Dural/Öz, sh. 440; Akbıyık, sh. 125 vd.

<sup>13</sup> Davanın mutlaklık ilkesini aynılık ilkesi olarak gören yazar ve bu konudaki tartışmalar için bkz. Escher-ZK ZGB Vorbem Art..598-601, N.6; Tuor/Picenoni-BK ZGB Vorbem Art.598-601, N.13; Pioter, SPR IV/2, sh.; Gürsoy, sh.28 vd.; Tandoğan, sh.273; İnan/Ertaş/Albaş, sh.520; Dural/Öz, sh.440; Öztan, sh. 402; Akbıyık, sh. 116 vd.

tasarruf şeklen ortadan kalkmakla birlikte, bu tasarruflar nedeniyle vasiyet alacaklısı veya atanmış mirasçıya teslim edilen tereke veya tereke mallarının terekeye iade edilmesi sağlanamaz. Aynı şekilde saklı paylı mirasçının saklı payını ihlâl eden bir ölüme bağlı kazandırmanın tenkisi halinde de söz konusu kazandırma, kendiliğinden tenkis davasını kazanan mirasçıya dönmez. Bunların geri verilmesi, geri alınması için vasiyet alacaklısı veya atanmış mirasçı aleyhine ölüme bağlı tasarrufun iptali davası veya tenkis davasıyla birlikte davacının bir de eda davası açması gerekir. İşte, burada iadeyi sağlayacak olan eda davası, miras sebebiyle istihkak davasıdır<sup>14</sup>. Eda davası olarak miras sebebiyle istihkak davası iptal ve tenkis davasıyla birlikte açılabileceği gibi, bu davalardan sonra da açılabilir.

İşte bu iki istisnai durumda miras sebebiyle istihkak davası, iptal ve tenkis davasına bağlı ve ona ek olarak açıldığı için ikincil (tali) davadır. Buna karşılık, diğer hallerde özellikle davalının terekeyi veya tereke mallarını bu iki sebep dışında elinde bulundurması hallerinde, miras sebebiyle istihkak davası ona karşı birinci dava olarak açılır. Böyle bir halde, miras sebebiyle istihkak davası, tali değil, asli (birincil) nitelikte bir davadır.

#### IV- Miras Sebebiyle İstihkak Davasının Yararları

##### 1) Miras sebebiyle istihkak davası, külli bir davadır.

Daha önce de belirtildiği gibi miras sebebiyle istihkak davası, külli bir davadır<sup>15</sup>. Bu dava ile davacı terekenin veya terekeye dahil hak ve malların tamamının geri verilmesini isteyebilir. Dava dilekçesinde her bir hak veya malın geri verilmesini istemek şart değildir. Davacı bu davayla terekeyi veya onun bir kısmını oluşturan hak ve malların tamamının geri verilmesini sağlayabilir.

##### 2) Miras sebebiyle istihkak davasında davacı, hakkın korunması için davalının güvence göstermesini, dava konusu taşınmaza tedbir konulmasını isteyebilir.

Daha önce de belirtildiği gibi, miras sebebiyle istihkak davası, davacı lehine bazı ayrıcalıklar içeren bir davadır. Bu bağlamda davacı, davalıdan güvence göstermesini isteyebileceği gibi, dava konusu taşınmaza tedbir konularak bunun tapu kütüğüne

<sup>14</sup> Escher-ZK ZGB Vorbem. Art.598-601, N.10; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.10; BGE 91 II 327 vd.

<sup>15</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Vorbem Art.598-600; N.12 ; Tuor/Schnyder, sh. 665; Escher-ZK ZGB Vorbem Art.598-600, N.6; Piotet, SPR IV/2, sh.749; .Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.1; Göksu-CHK ZGB, Art.598, N.2; İmre/Erman, sh.414; Gürsoy, 20 vd.; Tandoğan, sh. 271 vd.; İnan/Ertas/Albaş, sh.520; Dural/Öz, N.1826; Öztan, sh. 401; Antalya, sh.,432, Akbıyık, sh.90 vd.

şerh edilmesini isteyebilir. Madde metninde güvence gösterilmesi ile taşınmazlara şerh konulması gibi yalnız iki koruyucu tedbirden söz edilmekle birlikte bu sayım, sınırlandırıcı değil, örneklendirici niteliktedir. Dolayısıyla, bunlar dışında hâkimden, dava konusu hak ve malların defterinin tutulması, bunlar hakkında devir yasağı konulması ya da bunların resmi bir yere tevdi ve teslim edilmesi, bunların yönetimi için bir miras temsilcisi seçilmesi gibi diğer koruma ve güvenlik tedbirleri de istenebilir<sup>16</sup>.

### 3) Davalı, davacıya karşı kazandırıcı zamanaşımı savunmasında bulunamaz.

TMK. m.638/II'ye göre miras sebebiyle istihkak davasında davalı, tereke malını zamanaşımı yoluyla kazandığını ileri süremez. Burada zamanaşımı yoluyla kazanma yasağına konu olan zamanaşımı, kazandırıcı zamanaşımıdır. Dava konusu mal, taşınır olabileceği gibi, taşınmaz da olabilir. Bu yasak özellikle taşınır tereke malları yönünden çok büyük bir yarar sağlamaktadır. Gerçekten de, TMK. m. 777/I'e göre, "Başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olur." Şimdi, miras sebebiyle istihkak davasında yer alan zamanaşımı yoluyla kazanma yasağını düzenleyen bu özel hüküm olmasaydı, iyiniyetli bir davalı zilyet, bir taşınır tereke malının mülkiyetini, 5 yıl sonunda kazanmış olacak ve böylece söz konusu hükmün içi boşaltılmış, komik bir hüküm haline gelmiş olacaktı. Oysa şimdi davalı zilyet, özellikle miras sebebiyle istihkak davasındaki on yıllık zamanaşımı süresi işlerken 5 yıl gibi kısa bir zaman içinde söz konusu taşınırın mülkiyetini zamanaşımı yoluyla kazanamayacaktır.

Buna karşılık, kötünüyetli bir zilyetin terekeye dahil bir taşınırın mülkiyetini, zamanaşımı yoluyla kazanma imkanı zaten mevcut olmadığı için, bunlarda bir sorun yoktur.

Terekeye dahil taşınmaz mallarda da bu hüküm sayesinde miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin 10 ve 20 yıllık zamanaşımı süreleri içinde davalı, dava konusu taşınmazı zamanaşımı yoluyla kazandığını ileri süremez. Aynı şekilde, miras sebebiyle istihkak davasının zilyeti, TMK. m.713/I'e göre de, "Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini..." isteyemez.

Tereke malını zamanaşımı yoluyla kazanma yasağının yalnız külli nitelikteki miras sebebiyle istihkak davasında mı, yoksa bireysel nitelikteki davalarda da geçerli olduğu, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre dava konusu tereke malını zamana-

<sup>16</sup> Escher-ZK ZGB Art.538, N.17; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.598, N.34 Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.12.

şımı yoluyla kazanma yasağı, yalnız miras sebebiyle istihkak davasında geçerli olup, mirasbırakandan miras yoluyla geçen diğer bireysel-cüz'î davalarda uygulanmaz<sup>17</sup>. Buna karşılık bize göre, bu yasak dava türüne değil, miras hakkının korunmasına yönelik bir ayrıcalıktır, dolayısıyla mirasçıların mirasbırakanlarından miras yoluyla kazandıkları bireysel davalarda da geçerli olmalıdır<sup>18</sup>.

Miras sebebiyle istihkak davasına konu bir değeri zamanaşımıyla kazanma yasağı yalnız miras sebebiyle istihkak davasının zamanaşımı süreleri içinde geçerlidir. Miras sebebiyle istihkak davası zamanaşımına uğramışsa, söz konusu yasak uygulanmayacağından, böyle bir değer de zamanaşımı yoluyla kazanılabilir.

#### 4) Miras sebebiyle istihkak davasında aynî ikame ilkesi geçerlidir.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, miras sebebiyle istihkak davasında aynı ikame ilkesi geçerlidir<sup>19</sup>. Bu ilkeye göre davalının haksız olarak elinde bulundurduğu tereke veya terekenin bir kısmı ya de tereke malı yerine başka bir değer geçebilir. Böyle bir halde, tereke malı yerine geçen değer, özellikle satış veya kamulaştırma bedeli ya da sigorta tazminatı, dava konusu olur ve davacı mirasçı bu değerleri davalıdan miras sebebiyle istihkak davası açmak suretiyle isteyebilir.

### V- Miras Sebebiyle İstihkak Davasında Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Miras sebebiyle istihkak davasında görevli mahkeme, HMK. m. 2'ye göre asliye hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise, mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesidir. Gerçekten de, TMK. m. 576/II'ye göre miras sebebiyle istihkak davası mirasbırakanın yerleşim yerinde açılır. Dolayısıyla, yetki yönünden teklik ilkesi geçerli olup, terekedeki mal ve hakların çeşidine ve buldukları yerlere bakılmaksızın bu dava mirasbırakanın yerleşim yerinde açılır<sup>20</sup>. Aynı kural HMK. m. 11/I-a'da da kabul edilmiş olup, bu Kanuna göre de miras sebebiyle istihkak davası mirasbırakanın son yerleşim yerinde açılır.

<sup>17</sup> Escher-ZK ZGB Art.599, N.25.

<sup>18</sup> Piotet. SPR IV/2, sh. 746; Forni/Piatti-BSK ZGB Art. 599, N. 12. Buna karşılık, Escher-ZK ZGB Art.599, N.25'te bu yasağın yalnız miras sebebiyle istihkak davasında geçerli olacağını savunmaktadır.

<sup>19</sup> Escher-ZK ZGB Art.599, N.4; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.599, N.14; Forni/Piatti-BSK ZGB Art. 599, N.2; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.6; İmre/Erman, sh. 423; Dural/Öz, N. 1837; Öztan, sh. 403;

<sup>20</sup> Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.1. Yargıtay 2HD 07.06.2004 tarih ve E.2004/6405 - K.2004/7351 sayılı kararında aynen şu içtihatla bulunmuştur: "...mirasbırakanın tasarruflarının iptali veya tenkisi, mirasın paylaşılması ve miras sebebiyle istihkak davalarında miras bırakanın yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Bu yetki kesin yetki olup, yargılamanın her aşamasında hakim tarafından kendiliğinden göz önüne alınır."

## VI- Miras Sebebiyle İstihkak Davasının Tarafları

### 1) Davacı

Bu davanın davacısı, dava konusu tereke veya tereke malına zilyet olmayan mirasçıdır. Gerçekten de, miras sebebiyle istihkak davasını, mirasçılıkta üstün hak sahibi olup da, dava konusu terekeye veya tereke mallarına zilyet olmayan mirasçılar açar<sup>21</sup>. Dolayısıyla, bu davanın davacısı, yasal ve atanmış mirasçılardır<sup>22</sup>. Bu mirasçılara, bu davayı açma hakkı, mirasçılıktaki üstün hakları dolayısıyla tanınmıştır. Bu nedenle, mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk, mirası red ve feragat gibi sebeplerle mirasçılık sıfatını kaybedenler bu davayı açamazlar. Aynı şekilde, mirası red süresiyle mirasın resmi defterinin tutulmasını isteme süreleri esnasında mirasçılık sıfatı henüz kesinlik taşımadığı için bu sırada da söz konusu dava açılmaz (TMK. m. 606 ve 619)<sup>23</sup>. Vasiyet alacaklıları, mirasçı olmadıkları için bu davayı açamazlar.

Miras sebebiyle istihkak davası, mirasçılıktaki üstün hakka dayandığı, ortak mirasçılardan her biri de mirasçılıkta eşit üstün hakka sahip oldukları için ortak mirasçılar, mirasın paylaşılmasından önce birbirlerine karşı miras sebebiyle istihkak davası açamazlar. Bu dava ancak üçüncü kişilere karşı açılabilir. Ortak mirasçılar haksız olarak el koydukları tereke veya tereke malları için birbirleri aleyhine ancak mirası paylaşma davası açabilirler<sup>24</sup>. Ancak, miras; paylaşma sözleşmesiyle paylaşılmış olup da, sözleşmeye göre kendisine düşen payın zilyetliğini devretmeyen mirasçı veya mirasçılara karşı, miras payını alamayan mirasçı, miras sebebiyle istihkak davası yerine mülkiyet (adi istihkak), menkul veya alacak davası gibi bireysel diğer davaları açabileceği gibi, isterse mirası paylaşma sözleşmesinden doğan borcun ifası davasını da açabilir. Mirasın paylaşılmasından sonra yeni bir tereke malı ortaya çıkarsa ortak mirasçı, malı elinde bulunduran ortak mirasçıya karşı yine mirası paylaşma davası açmak zorundadır<sup>25</sup>.

Miras ortaklığı (tereke) temsilcisi ile vasiyeti yerine getirme görevlisi, terekeyi veya tereke malını haksız olarak elinde bulunduran kimselere karşı miras sebebiyle istihkak davası açabilirler<sup>26</sup>. Bir mirasçının iflâsı halinde iflâs idaresi de, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir dava olmadığı için bu davayı açabilir<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Escher-ZK ZGB Art.598, N.1; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.598, N.4; Piotet. SPR, sh.751; Forni/Piatti-BSK ZGB Art. 598, N.3.

<sup>22</sup> Artmirasçılıkta, önmirasçı ile artmirasçıdan her biri, kendi mirasçılık döneminde bu davayı açabilir.

<sup>23</sup> Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. 3.

<sup>24</sup> Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.9; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.10 ;

<sup>25</sup> Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.9.

<sup>26</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.598, N.13; Escher-ZK ZGB Art.598, N.4d; Druey, sh. 183; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.4; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N. 8;

<sup>27</sup> Piotet. SPR IV/2, sh.782 vd. ; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. 4; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.8



## 2) Davalı

Davalı, mirasçı olmayan zilyettir. Miras sebebiyle istihkak davasında davalı, dava konusu tereke veya tereke mallarını miras hakkına dayanarak elinde bulundurduğunu ileri süren bir kimse olabileceği gibi, herhangi bir sebep göstermeksizin bunları elinde bulundurduğunu ileri süren bir imse de olabilir<sup>28</sup>. Hatta davalının, dava konusu tereke veya tereke mallarını mirasbırakandan, sağlığında satış, trampa, bağışlama gibi bir sözleşmeyle devraldığını ileri sürmesi de mümkündür. “Elinde bulundurma” deyimi “zilyetlik” deyiminden daha geniş bir deyimdir. Dolayısıyla, “elinde bulundurma” deyimi, TMK. m. 973/1’de öngörülen “bir şey üzerindeki fiili hakimiyeti”, yani doğrudan ve fer’i zilyetliği içerdiği gibi, dolaylı ve asli zilyetliği, hatta zilyet yardımcılığını da içerebilir<sup>29</sup>. Meselâ, bankada terekeye ait bir hesap üzerine mirasçı olmayan üçüncü kişi tarafından koydurulan blokajda durum böyledir<sup>30</sup>.

Tereke (miras ortaklığı) temsilcisi veya vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçı sıfatıyla dava konusu terekeyi veya tereke mallarını elinde bulundurduğunu ileri sürmesi de mümkündür. Böyle bir halde, mirasçılar bunların görevlerine son vermek suretiyle zilyetliklerini haksız zilyetliğe dönüştürüp aleyhlerine miras sebebiyle istihkak davası açabilirler<sup>31</sup>.

Davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurması haksız olmalıdır. Bu haksızlık, ya gerçekte mirasçı olmayan bir kimsenin (davalının), dava konusu terekeyi veya tereke mallarını mirasçılığa dayalı olarak elinde bulundurduğu iddiasından kaynaklanır. Ya da hiçbir iddiaya dayanmaksızın alelade bir zilyetlikten kaynaklanır. Hatta söz konusu haksızlık yukarıda da belirtildiği gibi, bazen davalının dava konusu tereke mallarının mülkiyetini satış veya bağış yoluyla sağlığında mirasbırakandan devraldığı mülkiyet iddiasından da kaynaklanabilir. İlk iki halde davalı aleyhine açılacak davanın miras sebebiyle istihkak davası olduğu, doktrin ve yargı içtihatlarında hâkim görüşü oluşturmaktadır. Buna karşılık, bazı yazarlar elde bulundurmanın davalının mirasbırakanla yapmış olduğu satış, bağış gibi sözleşmeden doğan mülkiyete dayandığı hallerde, açılacak davanın, miras sebebiyle istihkak davası değil, adi istihkak davası olması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>32</sup>. Kanımızca, bu son halde de açılacak dava miras sebebiyle istihkak davası olmalı, ancak davalının bu iddiası karşısında hâkim konuyu bir ön sorun olarak öncelikle incelemelidir. Bu inceleme sonunda iddianın doğru olduğu, meselâ mirasbırakanın gerçekten de, dava konusu malın

<sup>28</sup> Yargıtay 1HD 02.12.1982 Tarih, E.1982/14135- K.1982/14022 sayılı kararından: “Miras sebebiyle istihkak davası\_ malı elinde mirasçı sıfatı ile bulundurduğunu iddia eden veyahut malı elinde bulundurması için hiçbir sebep göstermeyen kimseye karşı açılır.” (Kazancı Hukuk)..

<sup>29</sup> Tuor/Picononi-BK ZGB Art.598, N.17; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.6.

<sup>30</sup> Federal Mahkeme (BGE) 119 II 114, 116.

<sup>31</sup> Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.8.

<sup>32</sup> Escher-ZK ZGB Art.538. N. 7, 8, 10; Tuor/Picononi-BK ZGB Art.598, N.18.

mülkiyetini bir sözleşmeyle geçerli olarak devrettiği anlaşıldığı takdirde, açılan miras sebebiyle istihkak davası reddedilmeli, aksi halde hâkim uyuşmazlığın esasına girerek gerekçeli hükmünü vermelidir. Nitekim, bugün yeni görüş<sup>33</sup> ve Federal mahkeme içtihatları<sup>34</sup> da bu merkezdedir.

Terekeyi veya tereke malını ortak mirasçı sıfatıyla elinde bulunduran kimseye karşı miras sebebiyle istihkak davası açılmaz. Böyle bir kimseye karşı açılacak dava, mirası paylaşma davasıdır<sup>35</sup>.

Davalı, mirasçılık sıfatını ölüme bağlı bir tasarrufa dayandırmakla birlikte, söz konusu tasarruf geçersiz ise, davacının önce bu tasarruf aleyhine ölüme bağlı tasarrufun iptali davasını açması, davayı kazanıp tasarrufu iptal ettirdikten sonra da miras sebebiyle istihkak davasını açması mümkündür. Ancak, davalı aynı dava dilekçesinde iptal davasıyla miras sebebiyle istihkak davasını birleştirerek birlikte de açabilir<sup>36</sup>. Durum, tenkise tâbi ölüme bağlı bir kazandırmayı elinde bulunduran kimseye karşı açılacak tenkis davasında da aynıdır. Böyle bir kimseye yapılan kazandırma davacının saklı payını ihlâl ediyorsa, ona karşı önce tenkis davası, ardından da miras sebebiyle istihkak davası açılabilir. Ancak, burada da her iki davanın birleştirilerek birlikte açılması da mümkündür<sup>37</sup>.

Davalı aleyhine açılmış olan miras sebebiyle istihkak davası, bazen tazminat, sebepsiz zenginleşmenin iadesi, tapu kütüğünün düzeltilmesi gibi talepleri de içerebilir<sup>38</sup>.

## V- İspat yükü

Davacı, bu davada aşağıdaki hususları ispat etmekle yükümlüdür. Davacı özellikle,

1) Kendisinin mirasçılıkta üstün hak sahibi olduğunu, yani dava konusu olayda en yakın yasal ya da atanmış mirasçı sıfatına sahip bulunduğunu ispat etmelidir. Bu

<sup>33</sup> Piotet, SPR IV/2, sh. 672/673; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.4; Leuch, Erbschaftsklage und Einrede des Sondertitels zum Besitze, RSJ 35 (1939), p. 352-356 (BGE 119 II 114'ten naklen); Baudat, L'action en pétition d'hérédité, Lausanne 1964, p. 47-50 (BGE 119 II 114'ten naklen); İmre/Erman, sh. 412 vd.

<sup>34</sup> Federal Mahkeme şu kararlarında bu görüşü açıkça savunmaktadır. Bkz. BGE 119 II 114; E. 4a; 139 III 677 E.3.4.5.

<sup>35</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.598, N. 12; Escher-ZK ZGB Vorbem. Art.598 vd.. N.13; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.9; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.10.

<sup>36</sup> Escher-ZK ZGB Vorbem. Art.538 vd., N.15; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.10; Eren, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, sh.139-140. Aynı doğrultuda Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 91 II 327 vd.

<sup>37</sup> Escher-ZK ZGB Vorbem. Art.538 vd., N.15; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N.10 Eren, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973, sh.175 vd.

<sup>38</sup> Piotet. SPR IV/2, sh.779; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. N.6.

durum mirasçılık belgesi, nüfus tablosu, mirasçı atanmasını içeren vasiyetname veya miras sözleşmesi vb. belge ve kanıtlarla ispatlanabilir.

2) Davacı buna ek olarak dava edilen malların veya malın terekeye ait ve dahil olduğunu ispat etmek zorundadır. Bu husus, tapu sicili, trafik sicili, benzer siciller, sözleşme, fatura vb. belge ve kanıtlarla ispatlanabilir.

3) Davacının ayrıca, dava konusu terekenin veya tereke malının, haksız olarak davalının elinde bulunduğunu, bu nedenle de söz konusu değerlerin zilyetliğini henüz elde edemediğini ispat etmesi gerekir. Buna karşılık, davalı, söz konusu terekeyi veya tereke malını mirasçının zilyetliğine geçtikten sonra eline geçirdiğini iddia ederse, açılacak dava artık miras sebebiyle istihkak davası değil, bireysel davalar, meselâ adi istihkak davası, menkul davası, alacak davası vb. bir davadır. Davalının zilyetliği mirasbırakanın ölümünden önceye dayanıyorsa, davacı isterse mirasçılıktaki üstün hakkına dayanarak miras sebebiyle istihkak davasını, isterse mirasbırakanın açabileceği bireysel davaları açabilir<sup>39</sup>.

Davalı savunma bağlamında dava konusu mal veya malların mülkiyetini satış, bağışlama veya eser sözleşmesine dayalı olarak mirasbırakanın hayatında onunla yapmış olduğu bir sözleşme sonunda devralmış olduğunu ileri sürebilir. Daha önce de belirtildiği gibi, böyle bir halde hâkimin bu sorunu, bir ön sorun olarak öncelikle çözmesi, iddianın doğru olduğunu tespit ederse, davayı red, aksi halde kabul emesi gerekir<sup>40</sup>.

## VI- Zamanaşımı

### A- Genel olarak

Miras sebebiyle istihkak davasını açma sürelerini düzenleyen TMK. m. 639'un kenar başlığı, "zamanaşımı" adını taşımaktadır. Dolayısıyla, söz konusu süreler, hak düşürücü süreler olmayıp, zamanaşımı süreleridir<sup>41</sup>. Bunun sonucu olarak da, TBK m. 153 vd.nda öngörülen sebepler gerçekleştiği takdirde, zamanaşımının durması veya kesilmesi mümkündür. Aynı şekilde zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında TBK m.151 hükümleri uygulanır.

Miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin zamanaşımı ve süreleri, bireysel davalarda uygulanmaz<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.1-3.

<sup>40</sup> Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598, N. 7.

<sup>41</sup> Buna karşılık, mülkiyet hakkını koruyan adi istihkak davası, zamanaşımına tabi değildir. Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.600, N.14; Dural/Öz, N.1856. Yargıtaya göre de buradaki süreler, zamanaşımı süresidir. Bkz. Yargıtaya 2HD 01.06.1976 tarih, E.: 1976/442 K : 1976/4636 sayılı karar." Miras sebebiyle istihkak davasının açılması ile ilgili süre, hak düşürücü süre olmayıp zamanaşımı süresidir. Hakim tarafından kendiliğinden nazara alınmaz." (Corpus Hukuk).

<sup>42</sup> Forni/Piatti-BSK ZGB Art.600, N.6 vd.; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.20.

## B- Zamaşımı süreleri

TMK. m. 639'a göre, "Miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mirasbırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamaşımına uğrar."

"İyiniyetli olmayanlara karşı zamaşımı süresi yirmi yıldır."

Madde metninde de görüldüğü gibi, zamaşımı süreleri davacı ve davalının durumuna, özellikle davacının bazı durumları öğrenip öğrenmemesine, davalının da iyiniyetli olup olmamasına göre subjektif-nispi nitelikte kısa süreler ve objektif-mutlak nitelikte uzun süreler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır .

### 1) Subjektif ve nispi nitelikte kısa süreli zamaşımı

TMK. m. 639/I'e göre miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak 1 yıl geçmekle zamaşımına uğrar. 1 yıllık kısa süreli zamaşımı, subjektif ve nispi nitelikte olup, her şeyden önce davacının, kendisinin mirasçı olduğunu öğrenmesine, davalının da iyiniyetli olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, miras sebebiyle istihkak davasının 1 yıllık zamaşımına tabi olması için dava konusu olayda bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

1 yıllık sürenin hukuki niteliği İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu süre zamaşımı süresi iken<sup>43</sup>, diğer bir görüşe göre hak düşürücü süredir<sup>44</sup>. Türk hukukunda bu tartışmaya gerek yoktur. Çünkü, yukarıda da belirttiğimiz gibi, TMK. m.639 açıkça zamaşımından söz edildiği gibi, miras sebebiyle istihkak davası da hukuki niteliği itibarıyla bir eda davasıdır. Yenilik doğuran davaların aksine, eda davalarında öngörülen süreler ise, genellikle zamaşımı süreleridir.

1 yıllık sürenin başlangıç tarihi, davacının kendisinin üstün hak sahibi mirasçı olduğunu ve davalının terekeyi veya terekeye dahil malları ya da bir malı elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihtir. Davacı, yasal mirasçı olacağı gibi atanmış mirasçı da olabilir. Her iki halde de davalının itiraz etmesi halinde davacının, mirasbırakanın öldüğünü ve kendisinin mirasçı olduğunu öğrendiği tarihi ispat etmesi gerekir. Davacı, davalının terekeyi veya tereke mallarını elinde bulundurduğunu aynı tarihte öğrenebileceği gibi, bunları farklı tarihlerde de öğrenebilir. Bu ikinci halde, bir yıllık kısa süre her birini öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Escher-ZK ZGB Art.600, N.9; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art. 598, N. 600, N.1, 14.

<sup>44</sup> Forni/Piatti-BSK ZGB Art.600, N.2. Federal Mahkeme de bu görüştedir. Bkz. BGE 102 II 193, 196, Ayrıca bkz. Piotet. SPR IV/2, sh.748.

<sup>45</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.600, N.4; Escher-ZK ZGB Art.600, N.2; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.639, N.3.

1 yıllık sürenin uygulanmasının ikinci önemli şartı da, davalının iyiniyetli olmasıdır. Dava konusu olayda elinde bulundurduğu tereke veya tereke malının başkasına ait olduğunu bilmeyen, gerekli tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa bile bunu bilecek durumda bulunmayan davalı, iyiniyetlidir. İyiniyetin, yasal mirasçılıkla miras sözleşmesine dayanan atanmış mirasçılıkta mirasbırakanın öldüğü (mirasın açıldığı) tarihten itibaren mevcut olup, bir yıllık sürenin sonuna kadar devam etmesi gerekir.

1 yıllık sürenin şartlarından biri, davacının mirasçı olduğunu öğrenme tarihine bağlı olduğu için bazı hallerde, davacının mirasçılığı bir davanın (meselâ mirasçı atama ya da mirasçılıktan çıkarma tasarruflarının iptali davasının) sonuçlanmasına bağlı ise, bu süre, bu davanın kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar.

Kendisinin üstün hakka sahip mirasçı ve davalının da haksız zilyet olduğunu öğrendiği tarihten itibaren 1 yıllık süre içinde davacı, miras sebebiyle istihkak davasını açmadığı takdirde, söz konusu dava zamanaşımına uğrar. Dolayısıyla, davacının ileride bu davayı açması halinde, davalının zamanaşımı def'iyle karşılaşabilir.

## 2) Objektif ve mutlak nitelikte uzun süreli zamanaşımı

Dava konusu olayda yukardaki şartların mevcut olmaması halinde kanun koyucu miras sebebiyle istihkak davasında niteliği itibarıyla objektif ve mutlak nitelikte uzun bir süre öngörmüştür. Bu sürenin işlemeye başlaması, bir yıllık sürede olduğu gibi öğrenme gibi subjektif bir şarta değil, mirasın veya vasiyetnamenin açılması gibi objektif bir şarta bağlanmıştır.

Uzun süre de davalının iyiniyetli olup olmamasına göre 10 ve 20 yıllık iki ayrı süreden oluşmaktadır. 10 yıllık süre iyiniyetli davalılar hakkında geçerli olup, bunun işlemeye başlama tarihi, yasal mirasçılıkta mirasbırakanın öldüğü tarihtir. Atanmış mirasçılıkta ise, atamanın miras sözleşmesiyle yapılması halinde, mirasın açıldığı, yani mirasbırakanın öldüğü, vasiyetname ile yapılması halinde de vasiyetnamenin açıldığı tarihtir<sup>46</sup>. Davalı 10 yıllık süreyi iyiniyetli olarak geçirdikten sonra herhangi bir şekilde kötünietli olursa, 10 yıllık süreyi iyiniyetli olarak geçirdiği ve bu suretle de zamanaşımı gerçekleştiği için artık aleyhine dava açılmaz. Açıldığı takdirde davalı davacıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilir.

Buna karşılık, davalı kötü niyetli ise, uzun süre 10 yıl değil, 20 yıldır. Zamanaşımı süresinin başında veya içerisinde kötünietli olan davalı hakkında 1 ve 10 yıllık süreler uygulanmaz. 20 yıllık sürenin işlemeye başladığı tarih de aynen 10 yıllık sürede olduğu gibi, mirasın veya vasiyetnamenin açıldığı tarihtir<sup>47</sup>. Elinde bulundurduğu

<sup>46</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.600, N.5; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.600, N. 4.

<sup>47</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.600, N.6; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.600, N.5; Kocayusufpaşaoğlu, sh.671; İmre/Erman, sh.419; Dural/Öz, N.1860; Serozan/Ergin, Miras Hukuku, § 6, N.116.

tereke veya terake malının bir başkasına ait olduğunu bilen veya gerekli özeni göstermesi halinde bilecek durumda olan davalı, kötünietlidir. Davalı, başından itibaren kötünietli olabileceği gibi, sonradan 1 veya 10 yıllık süreler içinde de kötünietli olabilir.

## VII- Davanın hüküm ve sonuçları

Davacı, davayı kazandığı takdirde davalı, TMK. m. 638'e göre terkeley veya terake mallarını davacıya zilyetlik kurallarına göre geri vermekle yükümlüdür. Davalı, elinde bulundurduğu şeyler değişmeden olduğu gibi duruyorsa, onları aynı miktar ve kapsamda aynen geri verir<sup>48</sup>. Ancak, terake veya terake malları genellikle kapsam, miktar ve durum itibarıyla değişmeye müsait olup, zamanla miktarlarında artış olabileceği gibi, yok olmaları ya da azalmaları veya yerlerine başka değerlerin geçmesi de mümkündür. İşte böyle bir halde, davalı terkeley veya terake mallarını aynen değil, miktar ve kapsamlarında meydana gelen artışlar veya yerlerine geçen ikame değerlerle birlikte geri vermek zorunda kalırlar.

İlk değerlerin yerine geçen değerlere, kaim değer, ikame değer adı verilir. Miras sebebiyle istihkak davası sonunda davalının ilk değerlerin yerine geçen değerleri davacıya geri vermesine de, aynı ikame ilkesi denir. Bu ilkeye göre terake özel bir malvarlığı olup, onu oluşturan ilk değerlerin yerine geçen değerler, sanki başından beri terake içinde, terakenin bir parçasıymış gibi kabul edilirler<sup>49</sup>. Dolayısıyla, davalı ilk değerler yerine geçen bu değerleri de davacıya geri vermek zorundadır. Burada aynı ikame ilkesi geçerlidir. İkame değerlere, mal değişim sözleşmesinde değiştirilen malın yerine geçen mal; satış sözleşmesiyle kamulaştırmada satış ve kamulaştırma bedelleri, sigortalı malın yok olması veya hasara uğraması halinde ödenen sigorta tazminatı, haksız fiilde de alınan tazminat vb. örnek gösterilebilir. İkame değerleri geri verme yükümlülüğünde davalının iyiniyeti sonucu değiştirmez<sup>50</sup>. Terake, özel bir malvarlığı olduğu için burada hukuki ve doğal ürünlerin eklenmesiyle meydana gelen artışlar da geri verilecek değerler arasında yer alır.

İyiniyetli davalının geri verme yükümlülüğü, kötünietli davalıya oranla daha sınırlıdır. Gerçekten de, iyiniyetli davalı dava konusu terkeley veya terake malını, mevcut olduğuna inandığı hakkına uygun olarak kullanmaktan, ondan yararlanmak-

<sup>48</sup> Escher-ZK ZGB Art.599, N.2; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.599, N.1; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.599, N.1.

<sup>49</sup> Escher-ZK ZGB Art.599, N.4; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.599, N.18; Forni/Piatti-BSK ZGB Art. 599, N.2.

<sup>50</sup> Escher-ZK ZGB Art.599. N.20a; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N. 16. Bkz. Yargıtay 2HD 09.10.2003 tarih, E. 2003/11593- K. 2003/13191 "Dava, mahiyeti itibarıyla miras sebebiyle istihkak davasıdır. Davacı terekeden çıkan mallar yerine terakeye giren değerleri, somut olayımızda olduğu gibi satılan malların satış bedellerini de dava edebilir." (Corpus Hukuk)

tan dolayı davacıya herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir<sup>51</sup>. Aynı şekilde, iyiniyetli davalı, dava konusunun kendisi tarafından tüketilmesinden, onunla bir borcunun ödenmiş olmasından, bir başkasına bağışlamasından, kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından da sorumlu değildir<sup>52</sup>.

Öte yandan, iyiniyetli davalı, davacıdan dava konusu şeyi iade ederken ona yapmış olduğu zorunlu ve faydalı giderlerin tazmin edilmesini isteyebilir<sup>53</sup>. Hatta davalı, bu tazminat ödeninceye kadar dava konusu tereke veya tereke mallarını geri vermekten kaçınabilir. Ayrıca iyiniyetli davalının, elde ettiği ürünleri yaptığı giderler nedeniyle sahip olduğu alacağı mahsup etme hakkı da vardır (TMK. m. 994/III).

Buna karşılık, kötüniyetli zilyet, elinde bulunan dava konusu değerlerden yok olan, hasara uğrayan, kaybolanlardan sorumlu olduğu gibi, bunları haksız olarak alıkoymasından dolayı davacıya verdiği zararlardan da sorumludur. Üstelik, elinde bulundurduğu tereke mallarını iade edeceği kişiyi bilen davalının sorumluluğu, beklenmeyen (umulmayan) olaylarda da söz konusu olur (TMK.m.995/III) . Aynı şekilde, bu kişi elde ettiği faiz, kira, ürün gibi hukuki ve doğal ürünler karşılığında da davacıya, tazminat ödemek zorundadır. Hatta kötüniyetli davalı, ihmali nedeniyle bankaya koymadığı para, kiraya vermediği taşınmaz, ekip biçmediği bahçe ve tarla gibi değerlerden elde etmediği kira, faiz ve doğal ürünler için de davacıya tazminat ödemekle yükümlüdür (TMK.m.995/I). İyiniyetli olmayan davalı, yaptığı giderlerden de yalnız zorunlu olanları, davacıdan isteyebilir (TMK.m. 995/II).

<sup>51</sup> Piotet, SPR IV/2, sh.768; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.599, N. 31; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598-600, N.7.

<sup>52</sup> Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.599, N.14, 31; Göksu-CHK ZGB, Art.598-600, N.17. Karşı bir görüş için bkz. Escher-ZK ZGB Art.599. N.13.

<sup>53</sup> Piotet, SPR IV/2, sh. 776; Tuor/Picenoni-BK ZGB Art.599, N.35; Forni/Piatti-BSK ZGB Art.598-600, N.7; TMK.m.994/II'ye göre iyiniyetli davalı, diğer (lüks) giderler için tazminat isteyemez. Ancak, davacı bu giderler için bir tazminat önermezse, davalı kendisi tarafından dava konusu tereke malıyla birleştirilen ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri, ayırıp alabilir.





# TEREKEDEKİ MÜNFERİT MALLAR İÇİN KISMİ PAYLAŞMA DAVASI AÇMA İMKÂNININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(Evaluation of The Possibility of a Partial Division Claim  
For Specific Parts of The Estate)

Doç. Dr. Mehmet Serkan ERGÜNE\*

## ÖZET

Mirasın geçmesiyle birlikte, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir miras ortaklığı meydana gelir. Miras ortaklığı, başka bir sona erme sebebi çıkmadığı takdirde, mirasın paylaşımına kadar devam eder. Mirasın paylaşımı, iradi veya yargısal olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Ancak mirasın iradi paylaşımı, bütün mirasçıların oybirliğiyle hareket etmesi hâlinde başvurulabilen bir yoldur. Mirasçılar arasında oybirliğinin sağlanamadığı hâllerde, mirasın iradi paylaşımı mümkün olmaz. Bu durumda mirasçılardan her biri, diğer mirasçılara karşı dava açarak, mahkeme marifetiyle mirasın paylaşılmasını talep edebilir.

Miras ortaklığının paylaşma davası ile sona erdirilmesi yoluna gidildiğinde, paylaşma davasının terekenin tamamını kapsamaması zorunlu mudur? Bir başka ifadeyle, terekedeki münferit mallar için paylaşma davası açılabilir mi? Eğer mümkün ise, böyle bir imkânın tanınması, Medenî Kanunun sistemi ile ne ölçüde bağdaşmaktadır? Bu çalışmada, mirasın paylaşımına ilişkin genel esaslar çerçevesinde, kısmi paylaşma davasına imkân tanıyan MK 642/2 hükmünün isabet derecesi incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Miras ortaklığı, iradi paylaşma, paylaşma anlaşması, paylaşma davası, kısmi paylaşma.

## Abstract

Subsequent to the inheritance of estate, community of heirs is established, containing all the rights and obligations of the estate. Community of heirs lasts until the division of estate, unless there is another reason for termination. There are two methods of division: Voluntary or judicial division. However, voluntary division may only be applied, when there is unanimous approval of heirs. Volun-

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

tary division will not be possible, if the heirs cannot reach an agreement. In this case, each heir may file a lawsuit against the others and request that division is performed through court decision.

Is it compulsory for the claim to concern the whole estate inherited, if the community of heirs is terminated through a lawsuit regarding division? In other words, is it possible to file a lawsuit regarding only specific parts of the estate? If possible and allowed, is it compatible with the system of Civil Code? In this study, pertinence of Art. 642/2 Civil Code, which enables partial division of estate, has been analyzed within the scope of general principles of division of estate.

**Keywords:** Community of heirs, voluntary division, contract of division, division claim, partial division.

## GİRİŞ

MK 640/1'de belirtildiği üzere, birden çok mirasçı varsa, mirasın geçmesiyle birlikte mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir. Mirasçıların oluşturduğu bu topluluk, MK 640'ın kenar başlığında “*miras ortaklığı*” olarak tanımlanmıştır. Miras ortaklığı, mirasbırakanın ölümü hâlinde, kanun uyarınca kendiliğinden (*ipso iure*) meydana gelir ve mirasın paylaşımına kadar devam eder<sup>1</sup>.

Tereke, mirasın paylaşımına kadar, mirasçıların şahsi malvarlığından ayrı ve bağımsız bir malvarlığı oluşturur ve bunun üzerinde mirasçılar elbirliğiyle hak sahibi olurlar (MK 640/2)<sup>2</sup>. MK 703/1'de belirtildiği üzere, “*Elbirliği mülkiyeti, malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesiyle sona erer*”. Buna göre, malın devri ve paylı mülkiyete geçilmesi hâlleri dışında elbirliği mülkiyeti, ancak bu tür mülkiyete temel teşkil eden ortaklık bağının sona ermesiyle ortadan kalkar. Miras ortaklığı, Medenî Kanundaki düzenlemeler uyarınca, “*mirasın paylaşımıyla*” veya “*elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülmekle*”<sup>3</sup> ya da “*miras ortaklığı başka bir*

<sup>1</sup> Miras ortaklığının özellikleri hakkında bkz. **Oskar Annen**, Die objektiv und subjektiv beschrankte Teilung der Erbengemeinschaft, Schwyz 1941, s. 11 vd.; **Arnold Escher/Arnold Escher**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Auflage, Zürich 1960, Art. 602, N. 1 vd.

<sup>2</sup> Elbirliğiyle hak sahipliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İsmet Sungurbey**, “Elbirliğiyle (İştirak Halinde) Mülkiyetin Ne Olduğu ve Elbirliği İlkesinin Yaşamsal Gücü”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1-4, Ocak-Ekim 1989, s. 253 vd.; **Hatice Tolunay Ozanemre Yayla**, Mirasın Paylaşılması, Ankara 2011, s. 25 vd.

<sup>3</sup> Terekeye dâhil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, MK 644'te düzenlenmiştir. Ancak aynı mesele, 15.01.2009 tarihli ve 5831 sayılı Kanun ile Kadastro Kanununa eklenen Ek Madde 3'te bir kez daha düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “*Bir mirasçı, miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde tapu sicil müdürü, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder. Tebligat masrafları ilgisince karşılanır. Elbirliği mülkiyetinin devamına yönelik bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan herhangi biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu taşınmaz mal üzerindeki*

ortaklığa çevirmekle” sona ermiş olur<sup>4</sup>.

Terekedeki münferit mallar için kısmi paylaşma davası açma imkânının değerlendirilmesinden evvel, Medenî Kanunun mirasın paylaşılması bakımından benimsediği genel esasların kısaca açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

## 1-) Mirasın Paylaşılmasına İlişkin Genel Esaslar

### a-) Temel İlkeler

Mirasın paylaşılması, terekede bulunan tüm hak ve borçların mirasçılar arasında bölüşülmesi suretiyle miras ortaklığının sona erdirilmesini ifade eder<sup>5</sup>. Mirasın paylaşılmasına hâkim olan bazı temel ilkeler vardır. Bunlar, “irade özgürlüğü”, “eşitlik”, “aynen paylaşmanın asıl olması”, “bilgi verme yükümlülüğü” ve “ayni ikame” olarak sıralanabilir<sup>6</sup>:

*İrade özgürlüğü*: MK 646/2’de yer alan “Aksine düzenleme olmadıkça mirasçılar, paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırırlar” şeklindeki düzenleme, mirasın paylaşılmasındaki irade özgürlüğünü ifade etmektedir. Bu ilke uyarınca mirasçılar, oybirliği ile hareket etmek şartıyla, terekede yer alan malvarlığı değerlerini diledikleri gibi paylaşabilirler; bu noktada mirasçıların, miras paylarının ne olduğu önemli değildir<sup>7</sup>. Keza tüm mirasçıların anlaşması durumunda, mirasbırakanın vasiyetnamede

---

*elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülerek, hissedarlık esaslarına göre mirasçılar adına tapu kütüğüne tescil edilir.”* Görüldüğü üzere, bu düzenlemede, mahkeme kararı aranmamış, mirasçılardan birinin istemi üzerine, dava dışı yolla elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine imkân tanınmıştır. Medenî Kanundaki genel esaslar ile bağdaşmayan bu hükmü isabetli bulmak, kanaatimce mümkün değildir.

<sup>4</sup> Daha sonradan ortaya çıkan sebeplerle (örnek olarak, ölüm, mirasın reddi, miras payının devri vs.) mirasçı sayısının bire inmesi durumunda da, miras ortaklığının sona ermesi söz konusu olur. Bkz. **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 679; **Mustafa Dural/Turgut Öz**, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2015, N. 1923; **Ozanemre Yayla**, s. 15-17.

<sup>5</sup> Mirasın paylaşılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ozanemre Yayla**, s. 5 vd.; **Mehmet Özgür Avcı**, Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, İstanbul 2014, s. 22 vd.

<sup>6</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural/Öz**, N. 1946 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 702 vd.; **Zahit İmre/Hasan Erman**, Miras Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2015, s. 480 vd.; **Fahrettin Aral**, Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi, Ankara 1979, s. 43 vd.; **M. Kemal Oğuzman**, Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 326-327; **Ahmet M. Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 337 vd.; **Rona Serozan/Baki İlkay Engin**, Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 2014, § 7, N. 43 vd.; **Avcı**, s. 26 vd.; **Ozanemre Yayla**, s. 44 vd.

<sup>7</sup> Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 15.02.2008 tarihli ve E. 2008/1037, K. 2008/1731 sayılı kararına göre; “Paylaşma sözleşmesi yapılmasını düzenleyen Türk Medenî Kanununun 676. maddesi hükmünce de, bütün mirasçıları bağlayacak olan paylaşma sözleşmelerinde paylaşmanın eşit miktarla yapılacağına değinen amir bir hüküm yoktur. Hal böyle olunca, davacının paylaşmanın miktar eşitliği ilkesine aykırı yapıldığı iddiası dinlenemez.”

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin T. 25.12.2012, E. 2012/9318, K. 2012/9892 sayılı kararına göre; “Kural olarak, mirasçılar arasında yöntemine uygun bir paylaşmanın varlığından söz edilebilmesi



- Elden paylaşma
- Paylaşma sözleşmesi

MK 676/1'de yer alan “*payların oluşturulması ve fiilen alınması*” ifadesi, mirasın elden paylaşılmasını karşılamaktadır. Bütün mirasçılar, terekede bulunan malvarlığı değerlerini, aralarındaki anlaşmaya uygun olarak birbirlerine devretmişlerse, miras elden paylaşmış olur<sup>10</sup>. Elden paylaşma anlaşması bir şekilde tabi olmayıp; her bir tereke unsurunun niteliğine göre gerekli tasarruf işleminin yapılması, elden paylaşmanın tamamlanması için yeterlidir.

Mirasçılar, terekedeki malvarlığı değerlerini birbirlerine devretmek yerine, bu hususta bir anlaşma yapmakla yetinirlerse, bu takdirde paylaşma sözleşmesi söz konusu olur. Paylaşma sözleşmesi, terekenin aktif ve/veya pasiflerinin tamamen veya kısmen kime tahsis edileceği hususunda, mirasçıların oybirliği ile yaptığı anlaşmayı ifade eder<sup>11</sup>. Tüm mirasçıların katılımıyla yapılmak zorunda olan paylaşma sözleşmesi<sup>12</sup>, geçerlilik açısından yazılı şekilde tabidir (MK 676/3). Burada söz konusu olan, adi yazılı şekildir; terekeye dahil olan bazı mal ve hakların devri için resmî şekil aransa dahi, paylaşma sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması gerekli ve yeterlidir<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> **Escher**, Art. 611, N. 2; **Paul Piotet**, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Zweiter Halbband, Basel und Stuttgart 1981, s. 903; **Oğuzman**, s. 336; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 721-722; **Dural/Öz**, N. 1963; **O. Gökhan Antalya/İpek Sağlam**, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2015, s. 445; **Bilge Öztan**, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 6. Bası, Ankara 2014, s. 502; 519; **Ozanemre Yayla**, s. 189 vd.

<sup>11</sup> **Ahmet Kılıçoğlu**, Miras Taksim Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 67; 86.

<sup>12</sup> Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin T. 2.10.2014, E. 2014/19851, K. 2014/17669 sayılı kararına göre; “... *davaya konu taksim sözleşmesinde isimleri belirtilen mirasçılardan N. (D.)'un sözleşme üzerinde imzasının bulunmadığı, TMK'nın 676. maddesine göre de, tüm mirasçıların katılımının bulunmasının geçerlilik şartı olduğu gözetildiğinde, bu durumda taksim sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabulü gerekir.*”

Mirasçıların tamamının katılmadığı hâllerde, bazı mirasçılar arasında yapılan sözleşmeyi somut olayın özelliklerine göre, miras payının devri olarak nitelendirmek mümkün olabilir. Örnek olarak Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin T. 2.2.2001, E. 2001/241, K. 2001/638 sayılı kararına göre; “*Sözleşme Şükrü ile kendisi gibi mirasçı olan kardeşi Harun arasında düzenlenmiştir. Ahmet'in diğer mirasçısı Hatice paylaşmada yer almamıştır. Bu haliyle sözleşmeyi miras paylaşım sözleşmesi olarak nitelendirme olanığı yoktur. Bu sözleşme sadece Harun'un babadan gelen miras payını diğer mirasçıya devrettiği şeklinde değerlendirilebilir ve yazılı olduğu için de geçerlidir. Bu saptama davanın miras payının temlikine ilişkin olduğunu göstermektedir ve buna göre incelenerek sonuca gidilmelidir.*” (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>13</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 729-730; **Dural/Öz**, N. 1979; **Kılıçoğlu**, Taksim Sözleşmesi, s. 88 vd.; **İmre/Erman**, s. 567; **Serozan/Engin**, § 7, N. 63; **Antalya/Sağlam**, s. 448; **Öztan**, s. 521-522; **Ozanemre Yayla**, s. 207 vd.

Öğretide ileri sürülen bu görüş, Yargıtay'ın 26.11.1980 tarihli ve E. 1980/5, K. 1980/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da benimsenmiştir: “... *koruyucu amaç güden (eski) MK.nun 634, BK.nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri “taşınmaz mülkiyetinin geçirim borcunu yükleyen” sözleşmelerin resmi şekilde yapılmasını öngörmekle birlikte; bu genel kurala ayırık olarak; aralarında güven ve nezaket duygusu bulunması gereken mirasçıların, ortak miras bırakandan geçen malların hukuksal durumlarını bildikleri varsayılıp, ayrıca gerek görülmemiştir.* “*Bunun yanında,*

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, mirasın paylaşılmasına ilişkin olarak mirasçılar arasında yapılan anlaşmanın terekenin tamamını kapsaması şart değildir; terekedeki sadece bazı malları paylaşmaya yönelik sözleşme yapılması da pekâlâ mümkündür<sup>14</sup>. Paylaşma sözleşmesiyle, bir kısım tereke malları üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine imkân veren MK 676/2 hükmü, bunun yasal dayanağıdır. Bu düzenleme, her ne kadar paylı mülkiyete çevirme bakımından kısmi paylaşmayı öngörmüş olsa da, ferdi mülkiyeti amaçlayan kısmi paylaşma sözleşmesinin yapılmasına da bir engel yoktur. Ayrıca mirasın paylaşımına hâkim olan “*irade özgürlüğü*” ilkesi de, bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>15</sup>.

Terekenin kısmi paylaşılması, objektif veya sübjektif yöntemlerle olabileceği gibi, bunların karması bir yolla da gerçekleşebilir<sup>16</sup>:

*Objektif kısmi paylaşma:* Terekeye dâhil malvarlığı değerlerinin bazılarının mirasçılar arasında paylaşılması, bazılarının ise paylaşma dışı bırakılmasıdır. Bu paylaşma yöntemi daha çok, terekedeki bazı malvarlığı değerlerinin paylaşımı hususunda mirasçıların anlaşmaya varamamaları hâlinde karşımıza çıkar. Mirasçılar, nasıl paylaşılacağı noktasında anlaşmaya varamadıkları malvarlığı değerleri nedeniyle, terekedeki diğer mal ve hakların paylaşımını geciktirmeden yapmayı tercih ederlerse, objektif kısmi paylaşmadan söz edilir. Bu ihtimalde, paylaşma dışı bırakılan malvarlığı değerleri üzerinde, miras ortaklığı devam eder<sup>17</sup>.

*Sübjektif kısmi paylaşma:* Bir ya da birkaç mirasçının kendi miras paylarını alarak miras ortaklığından ayrılmasıdır. Bu durumda miras ortaklığı, geri kalan mirasçılar arasında devam eder.

*Karma kısmi paylaşma:* Objektif ve sübjektif yöntemlerin karması olan bu kısmi paylaşma türünde, terekede bulunan bir malvarlığı değerinin satılmasıyla elde edilen bedelden, miras ortaklığından ayrılmak isteyen mirasçının miras payının tamamının karşılığı ödendikten sonra, bakiye paranın diğer mirasçılar arasında paylaşılması ve terekedeki diğer malvarlığı değerleri üzerinde bu mirasçıların miras ortaklığının devam ettirilmesidir.

---

*resmi bir makamın önüne çıkarılmaya zorlanmamak ve gidere sokulmamak” amacıyla “mülkiyeti aktarmayıp yalnızca her mirasçının kişisel payına girmemiş diğer bütün mallar üzerindeki haklarının düşümünü ifade eden ve iştirak durumuna son veren” miras taksim sözleşmesinin adi yazılı biçimde yapılması yeterli görülmesi ve bu husus (eski) MK.nun 611/2. maddesinde anlatımını bulmuştur.” (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)*

<sup>14</sup> Dural/Öz, N. 1942 vd.; Kılıçoğlu, Taksim Sözleşmesi, s. 45 vd.; Ozanemre Yayla, s. 182 vd.

<sup>15</sup> Örnek olarak bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 02.12.2008, E. 2008/5094, K. 2008/6107; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 03.06.2003, E. 2003/4867, K. 2003/8178; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 24.3.2005, E. 2005/1005, K. 2005/2705. (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>16</sup> Kılıçoğlu, Taksim Sözleşmesi, s. 48-49; Aral, s. 39 vd.; İmre/Erman, s. 467; Avcı, s. 54-61; Ozanemre Yayla, s. 182 vd.

<sup>17</sup> Mirasçılar, paylaşma dışı kalan tereke değerleri üzerinde başka bir ortaklık türünü benimseyebilirler. Bu durumda, miras ortaklığı tamamen sona ermiş olur.

Paylaşma sözleşmesi, sağlararası bir borçlandırıcı işlemdir; bu sözleşme yapılmakla, terekeye ait malvarlığı değerleri, anlaşmaya uygun olarak mirasçılara kendiliğinden geçmez. Paylaşma sözleşmesi, aynı bir etkiye sahip olmadığından, her bir malvarlığı değeri için kendine özgü tasarruf işleminin yapılması gerekir. Paylaşma sözleşmesi, mirasçılar bu yönde karşılıklı olarak ifa yükümlülüğü altına sokar; bazı mirasçılar gerekli tasarruf işlemlerini yapmaktan kaçınırsa, her mirasçı, kendisine verilmesi kararlaştırılan malvarlığı değerlerine yönelik olarak ifa (eda) davası açabilir<sup>18</sup>.

Zamanaşımı bakımından kanunda özel bir düzenleme olmadığından, TBK 146'daki on yıllık zaman aşımı süresi, paylaşma sözleşmesinden doğan taleplere de uygulanır<sup>19</sup>.

Paylaşma sözleşmesi, borçlandırıcı işlem olduğundan, buna aykırı davranışlar, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olduğu gibi, bu sözleşmenin geçerlilik şartları hakkında da, Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulur. Nitekim MK 680'e göre; "*Borçlar Kanununun geçersizliğe ilişkin genel hükümleri, paylaşma sözleşmeleri hakkında da uygulanır.*"<sup>20</sup>

Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere<sup>21</sup>, mirasçılar arasında paylaşma sözleşme-

<sup>18</sup> **Oğuzman**, s. 337; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 728; **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, s. 438; **Dural/Öz**, N. 1977; **Özcan**, s. 521-522; **İmre/Erman**, s. 562; 567; **Mehmet Ayan**, Miras Hukuku, 8. Bası, Konya 2015, s. 332; **Ozanemre Yayla**, s. 213.

<sup>19</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin T. 15.12.1998, E. 1998/11795, K. 1998/13642 sayılı kararına göre; "*Miras taksim sözleşmelerinden doğan borçlar için kanunda özel bir zaman aşımı öngörülmediğinden 10 yıllık zaman aşımına tabidir... Miras taksim sözleşmesinde zaman aşımının başlangıcını taşınmaz mal satış vaatlerinde olduğu gibi ferağ ümidinin kesildiği an olarak kabul etmek gerekir. Öyle ise miras taksim sözleşmesi ile mirasçılara verilmesi kararlaştırılan taşınmaz mallar üzerinde taksim sözleşmesine uygun olarak zilyetlik kurulmuşsa zaman aşımı işlemez.*" (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>20</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin T. 18.10.2010, E. 2010/13978, K. 2010/17090 sayılı kararına göre; "*Toplanan delillerden 47 ada, 9 numaralı parselin miras taksim sözleşmesinde belirtilen şekliyle ifrazının mümkün bulunmadığı Köyceğiz Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1993/186 esas 1995/99 Sayılı kararı ile belirlenmiştir. Davacı Hüsnü tarafından açılan dava sonucunda Köyceğiz Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1998/9-1999/64 Sayılı kararı ile de aynı taşınmaz yönünden yaygın kat mülkiyeti kurulmuştur. Bu suretle anılan parsel yönünden miras taksim sözleşmesinin uygulanma imkanı kalmadığı gibi buna bağlı diğer parseller yönünden de sözleşmenin kısmi uygulanma imkanı ortadan kalkmıştır. Davacı bakımından Borçlar Kanununun 117/1. maddesi gereğince "objektif imkansızlık" durumu oluşmuştur. Bu sebeple davacının anılan miras taksim sözleşmesi ile bağlı olduğundan söz edilemez.*" (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>21</sup> Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 09.05.2005 tarihli ve E. 2005/3341, K. 2005/4674 sayılı kararına göre; "*Ortaklığın giderilmesi geçerli bir taksim sözleşmesine dayanılarak isteniyorsa bu şekilde açılmış davanın reddi gerekir. Zira bu gibi durumlarda taksim sözleşmesine göre tapu iptal ve tescil davası açılmalıdır.*"

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 24.03.2005 tarihli ve E. 2005/1005, K. 2005/2705 sayılı kararına göre; "*Paydaşlığının (ortaklığın) giderilmesi geçerli bir paylaşma (taksim) sözleşmesine dayanılarak isteniyorsa bu şekilde açılmış davanın reddi gerekir. Zira bu gibi durumlarda paylaşma (taksim) sözleşmesine göre tescil davası açılmalıdır.*"

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 14.05.2002 tarihli ve E. 2002/3168, K. 2002/3341 sayılı kararına

si bulunduğu takdirde, bundan bağımsız olarak açılan ortaklığın giderilmesi davası reddedilmek durumundadır. Zira kanun koyucu, mirasın iradi paylaşımını, yargısal paylaşıma üstün tutmuş ve bu bağlamda, mirasçılara irade özgürlüğü tanımıştır (örnek olarak, MK 642/1, 646/2, 650). Paylaşma sözleşmesi varsa, bu sözleşmenin ifasına yönelik eda davası açılması gerekir; yoksa MK 642 uyarınca paylaşma davası açılmaz<sup>22</sup>.

Tereke mallarının paylaşılıp paylaşılmadığı noktasında mirasçılar arasında ihtilaf ortaya çıkarsa, iradi paylaşımın yapıldığını ileri süren taraf, bunu ispat etmek külfeti altındadır<sup>23</sup>.

## bb-) Yargısal Paylaşma (Paylaşma Davası)

### aaa-) Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, mirasın iradi olarak paylaşılması, tüm mirasçıların katılımıyla elden paylaşma veya yazılı paylaşma sözleşmesiyle gerçekleşir. Her ne kadar kanun koyucu, mirasın iradi paylaşımına öncelik tanımışsa da, bu imkân ancak bütün mirasçıların oybirliğiyle hareket etmesi hâlinde söz konusu olur. Mirasçılardan birinin dahi paylaşma anlaşmasına katılmaması yahut rıza göstermemesi durumunda, mirasın iradi paylaşımı mümkün olmaz. Bu durumda mirasçılardan her biri (yasal veya atanmış mirasçı), diğer mirasçılara karşı dava açarak, mahkeme marifetiyle mirasın paylaşılmasını talep edebilir<sup>24</sup>. Paylaşmayı talep hakkı, mirasçılık sıfatına bağlı olan ve diğer mirasçılara karşı yöneltilen<sup>25</sup> şahsi nitelikte bir haktır<sup>26</sup>.

---

göre; “İştirak halinde olan taşınmazların iştirakçileri arasında yazılı taksim sözleşmesinin bulunması nedeniyle sözleşmeye konu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi istenemez. Bu durumda Medeni Kanununun 611 maddesine göre geçerli taksim sözleşmesi olduğundan ortaklığın giderilmesi davasının reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur.” (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>22</sup> **Ozanemre Yayla**, s. 224-225.

<sup>23</sup> Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin T. 3.5.2011, E. 2011/181, K. 2011/5253 sayılı kararına göre; “... T.M.K.'nun 676 ncı maddesi hükmü ve 10.12.1952 tarih, 1950/2-1952/4 Sayılı İBK. uyarınca mirasçılar arasında geçerli bir taksim sözleşmesinden söz edilebilmesi için bu sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği kuşkusuzdur. Somut olayda, davacının taksim iddiası yazılı bir delile dayanmadığından, bu iddianın kanıtlandığını söyleyebilme olanağı yoktur.” (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>24</sup> Paylaşma davasının tüm mirasçılara karşı açılması gerekir; bunlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 24.9.2003, E. 2003/6-514, K. 2003/512 sayılı kararına göre; “Bu tür davalarda, davayı ortak ya da paydaşlardan biri yada bir kaç diğ er ortak yada paydaşlara karşı açar. Davada bütün paydaş veya ortakların yer alması zorunludur.” (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>25</sup> Paylaşma davasını açabilecek kişiler ve tartışmalı durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aral**, s. 128 vd.; **Avcı**, s. 140 vd.; **Ozanemre Yayla**, s. 244 vd.

<sup>26</sup> Paylaşmayı talep hakkının hukukî niteliği üzerine tartışmalar için bkz. **Ozanemre Yayla**, s. 228-230.



MK 642/1 uyarınca, paylaşma davası her zaman açılabilir; meğerki kanun veya sözleşme gereğince mirasın paylaşılmasını geciktiren nedenler bulunsun<sup>27</sup>. Diğer elbirliğiyle hak sahipliği hâllerinden farklı olarak (örnek olarak, adi ortaklık, mal ortaklığı, aile malları ortaklığı) miras ortaklığı, taraflar arasındaki sözleşmeden değil, doğrudan kanundan kaynaklandığından, bunun her zaman sona erdirilebilmesi de olanaklı kılınmıştır. Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü üzerine, kendilerini zorunlu olarak miras ortaklığının içinde bulurlar; mirasçılar arasında paylaşmaya yönelik geçici bir ortaklık türü mevcuttur<sup>28</sup>.

Paylaşma davası, mirasın açılmasından başlayarak miras ortaklığının sona ermesi anına kadar her zaman açılabilir (MK 642/1)<sup>29</sup>; miras ortaklığı devam ettikçe, bu davanın açılabilmesi için herhangi bir üst süre (zamanaşımı veya hak düşürücü süre) bulunmamaktadır.

<sup>27</sup> Paylaşmayı geciktiren nedenler, mirasçıların anlaşmasından doğmuş olabileceği gibi, mirasbırakanın iradesinden yahut kanundan kaynaklanabilir: Bütün mirasçıların katılımıyla, miras ortaklığının devamına yönelik olarak sözleşme yapılmış olması (MK 642/1).

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta, mirasçılar arasındaki miras ortaklığının bir süre boyunca devam etmesini öngörmüş olması (MK 647/1).

Mirasçılar arasında bir cenin bulunması (MK 643).

Paylaşmanın derhâl yapılmasının, paylaşım konusu malın ya da terekenin değerini önemli ölçüde azaltacak olması nedeniyle, mirasçılardan birinin istemi üzerine sulh hâkiminin, paylaşmanın ertelenmesine karar vermesi (MK 642/3).

Mirasçılardan birinin, tereke borçlarının paylaşmadan önce ödenmesini veya güvenceye bağlanmasını hâkimden talep etmesi nedeniyle, bu borçlar ödeninceye ya da yeterli güvenceye bağlanıncaya kadar paylaşmanın ertelenmesi (MK 649/3).

<sup>28</sup> **Stephan Wolf**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014, Art. 602, N. 14-15; Art. 604, N. 6; **Peter Tuor/Vito Piccioni**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB, 2. Auflage, Bern 1964, Vorbem. Art. 602, N. 13-14; **Kocayusufoğlu**, s. 680; **Serozan/Engin**, § 7, N. 5.

<sup>29</sup> Paylaşma davasının açılabilmesi için diğer mirasçıların bilinmesi gerekir. Bu nedenle, mirasın reddi, resmî defter tutma, resmî tasfiye ya da ölüme bağlı tasarrufun iptali gibi talepler için öngörülen sürelerin dolmasını beklemek gerekebilir.

Mirasın paylaşımı, mirasçılar arasında yapılacak olmakla beraber, bu durum bazı hâllerde, mirasçının kişisel alacaklısının menfaatini de etkileyebilir. Zira mirasçının, kendisine düşen miras payını hiç ya da kısmen almayarak alacaklısını zarara uğratma tehlikesi mevcuttur. Kanun koyucu bunu önlemek için, MK 648 hükmünü getirmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczettirmiş olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemedi aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir.”*

Yenilik doğuran<sup>30</sup> ve çift taraflı (*actio duplex*)<sup>31</sup> niteliğe sahip olan paylaşma davası, mirasçılardan tereke üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliğinin sona erdirilmesini ve her bir mirasçının tereke unsurları üzerinde münferit hak sahipliğinin tesis edilmesini amaçlamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, paylaşma davası, mirasçılar arasında iradi paylaşmanın bulunmadığı (elden paylaşma veya yazılı paylaşma sözleşmesinin yapılmadığı yahut böyle bir anlaşmanın iptal ya da dönme gibi sebeplerle hüküm ifade etmediği) hâllerde açılabilir.

Paylaşma davasında verilen karar aynı etkiye sahiptir; böylece mirasçılar, dava sonucunda kendilerine tahsis edilen malvarlığı değerlerini, devir için ayrıca bir işlem yapmaya (taşınırlarda zilyetliğin devrine, taşınmazlarda tapu sicilinde tescile, haklarda devir işlemine) gerek olmaksızın, kararın kesinleşmesiyle kendiliğinden kazanırlar<sup>32</sup>.

### bbb-) Paylaşmanın Gerçekleştirilmesi

Mirasın paylaşılabilmesi için, öncelikle paylaşılacak tereke mevcudunun tespiti; mirasbırakandan kalan hak ve borçların belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Tereke unsurlarının belirlenmesinden sonra mirasın paylaşılması yoluna gidilir<sup>33</sup>.

Mirasın paylaşılmasında iki aşama vardır. Birinci aşama, tereke mallarından payların oluşturulması, ikinci aşama ise, oluşturulan payların mirasçılara özgülenmesidir. Buradaki “*pay*” ifadesi, terekedeki malvarlığı değerlerinin, miras payları oranında bölünmesini ifade eder<sup>34</sup>. Buna göre, paylaşma davasının açılması durumunda

<sup>30</sup> Paylaşma davasının hukukî niteliği tartışmalı olmakla beraber, öğretideki baskın görüş, bunun bir yenilik doğuran dava olduğu yönündedir. Bkz. **Peter C. Schaufelberger/Katrin Keller**, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 3. Auflage, Basel 2007, Art. 604, N. 2; **Piotet**, s. 858; **Wolf**, Art. 604, N. 31; **David Stokar**, Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches, Schaffhausen 1954, s. 46; **Aral**, s. 56-60; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 687-689; **Oğuzman**, s. 320-321; **Antalya/Sağlam**, s. 432; **Serozan/Engin**, § 7, N. 67; **Dural/Öz**, N. 1984.

<sup>31</sup> Paylaşma davasında, davacı ve davalı lehine hüküm verildiğinden, her iki taraf da hem davacı hem de davalı konumundadır. Bu nedenle, çift taraflı (*actio duplex*) bir dava söz konusudur. Bkz. **Stokar**, s. 48-49; **Aral**, s. 138-139; **Serozan/Engin**, § 7, N. 68; **Avcı**, s. 73 vd.; **Ozanemre Yayla**, s. 252-253; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 05.04.2012, E. 2012/2584, K. 2012/5387; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 11.03.2003, E. 2003/1167, K. 2003/1325. (Kararlar için bkz. Kazancı İhtihat Bankası)

<sup>32</sup> **Aral**, 144-145; **Dural/Öz**, N. 1990; **Ayan**, s. 348; **Öztan**, s. 524; **Ozanemre Yayla**, s. 266; **Avcı**, s. 154-155.

Buna göre mirasçı, paylaşma davası sonucunda kendisine tahsis edilen malvarlığı değerini elde etmek için, diğer mirasçılara ve üçüncü kişilere karşı mülkiyet hakkına dayanan istihkak davası açabilir.

<sup>33</sup> Terekenin tespitine ilişkin açıklamalar için bkz. **Aral**, s. 97 vd.

<sup>34</sup> **İmre/Erman**, s. 488; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 479; **Aral**, s. 102; **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, s. 363.

hâkimin görevi, terekedeki malvarlığı değerlerini mirasçılarının miras paylarına göre paylara ayırmak ve bunları her bir mirasçıya tahsis etmektir<sup>35</sup>.

Mirasın paylaşımının ilk aşamasını teşkil eden miras paylarının oluşturulması, MK 650'de düzenlenmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre, “*Mirasçılar, tereke mallarından mirasçı veya ortak kök sayısınca pay oluştururlar.*” Böylece paylar oluşturulurken, zümre mirasçılarının mirasbırakana ilk planda bağlı kök (veya zümre başı) sayısı ile sağ kalan eş ve varsa atanmış mirasçılar dikkate alınır<sup>36</sup>. Oluşturulacak payların maddi değerleri, mirasçılarının miras paylarına göre belirlenir. Paylar teşkil edilirken, terekede yer alan malvarlığı unsurlarının paylaşma sırasındaki gerçek değerleri esas alınır (MK 657-658)<sup>37</sup>.

Payların oluşturulması hususunda tüm mirasçılar anlaşırca mahkeme, buna uygun olarak karar vermek zorundadır. Mirasçılar anlaşamazsa ve mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf ile bir paylaşım kuralı da öngörmemişse hâkim, terekedeki malvarlığı değerlerini mümkün oldukça pay sayısına bölecek ve aynen paylaşmayı (*körperliche Teilung*) sağlayacaktır<sup>38</sup>. Zira MK 649/1'de ifade edilen eşitlik ilkesi uyarınca, mirasın paylaşılmasında aynen paylaşma esastır; keza MK 642/2 hükmünde de aynen paylaşmaya öncelik tanınmıştır. Ancak çoğu kez bunu gerçekleştirmek mümkün olmaz; terekede bölünmeye elverişli olmayan malvarlığı değerleri (örnek olarak, apartman dairesi, otomobil, tablo vs.) karşımıza çıkar. Bu durumda, MK 650/1 hükmü devreye girer ve terekedeki her bir malvarlığı değerinin mirasçılar arasında aynen bölünmesi yerine, terekedeki malvarlığı değerlerinin mirasçılar arasında dağıtılması yoluna gidilir (*Verteilung*)<sup>39</sup>. Böylece terekedeki mal ve hakların gruplandırılması suretiyle

<sup>35</sup> Tereke unsurları paylaşılırken, mal ve hakların yanı sıra, tereke borçları da hesaba katılabilir. Ancak tereke borçlarının göz önünde bulundurulması zorunlu değildir. Zira miras paylaşımında olsa dahi mirasçılar, MK 681'de belirtilen esaslar çerçevesinde tereke borçlarından müteselsilen sorumlu olmaya devam ederler. Tereke borçlarının da mirasçılar arasında paylaşılması, mirasçılarının birbirlerine karşı rücu haklarını kullanmalarında bir rol oynar (MK 682).

<sup>36</sup> Zümre sistemine göre ortak köke düşen miras payı, o kök başının yerine geçen mirasçı sayısına göre kendi içinde paylara ayrılır. Örnek olarak, mirasbırakanın ölümünde, geriye kalan mirasçılarının olarak, iki çocuğu, eşi ve kendisinden önce ölen kızının üç çocuğu varsa, mirasın paylaşımında tereke mevcudu (eşi, iki çocuğu ve kendisinden önce ölen kızı dikkate alınarak) öncelikle dört paya ayrılacak, daha sonradan kızına düşen pay da kendi içinde üçe ayrılacaktır.

<sup>37</sup> MK 657 hükmü, her ne kadar sadece taşınmazlara ilişkin olsa da, terekedeki taşınır ve haklar bakımından da aynı esastan geçerli olacaktır, bunların paylaşma sırasındaki gerçek değerlerinin dikkate alınacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Schaufelberger/Keller**, Art. 610, N. 9; **Aral**, s. 101; **Oğuzman**, s. 334; **Dural/Öz**, N. 2021; **Ozanemre Yayla**, s. 256; **Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş**, Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara 2015, s. 555.

<sup>38</sup> Tüm mirasçılarının anlaşarak, ortaklığın satış suretiyle giderilmesini ve bedelin paylaşılmasını talep ettiği durumlarda hâkim, mirasçılarının iradesine üstünlük tanımak ve aynen paylaşma yerine satışa karar vermek durumundadır.

<sup>39</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T. 27.4.2011, E. 2011/6-55, K. 2011/222 sayılı kararına göre; “*Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyumsuzluk; ortaklığın giderilmesi davasında aynen taksim istenmiş ise, muristen kalan birbiri ile aynı nitelikte ve aynı değerde iki taşınmazın, iki miras-*

payların oluşturulması söz konusu olur<sup>40</sup>. Örnek olarak, terekesinde taşınmaz, hisse senetleri, nakit para, otomobil ve yat bulunan mirasbırakanın ölümünde, geride mirasçı olarak üç çocuğu kalmışsa, MK 649/1 uyarınca her bir malvarlığı değeri üzerinde aynen paylaşmayı sağlamak mümkün olmayacaktır. Bu ihtimalde, MK 650/1 çerçevesinde miras paylarını oluşturmak üzere, taşınmaz bir paya, hisse senetleri ile nakit para bir paya, otomobil ve yat bir paya konulabilecektir<sup>41</sup>. Bu şekilde miras payları oluşturulurken, paylar arasında değer eşitsizliği ortaya çıkmışsa, daha değerli payları alanların, payına düşenden fazla kısım için diğer mirasçılara denkleştirme bedeli ödemesi gerekecektir<sup>42</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk hukuk uygulamasında,

*çtya kura çekilmek suretiyle verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır... Mahkeme, tarafların arasında payların özgülennesinde anlaşma sağlanamadığından, her bir mirasçtya hangi taşınmazın verileceği konusunda mahkemece kura çekme yoluna gitmiş; kura çekimine ne davacı ne de davalı itiraz etmemişlerdir. Mahkemenin açıklanan yasal düzenlemeler çerçevesinde iki taşınmazın her birini birer mirasçtya vermek suretiyle paylaşım yapması ve buna ilişkin kararında direnmesi yerindedir."*

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin T. 23.10.2013, E. 2013/11904, K. 2013/13267 sayılı kararına göre; "... mahkemece, taraflarca aynen paylaştırılması istenen 4 adet bağımsız bölüm ve bunları paylaşacak iki mirasçı bulunduğuna göre yukarıda belirtilen ilke ve esaslar doğrultusunda tarafların uzlaşmaları halinde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, bu konuda taraflar arasında uzlaşma sağlanamaz ise kura çekimi yoluna gidilerek, kura sonucunda kendisine daha kıymetli taşınmazlar isabet eden tarafa ivaz bedeli farkını hükümden önce depo etmesi için kesin süre verilmeli, depo edildiği takdirde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, depo edilmediği takdirde aynı hak karşı tarafa tanınmalı, her iki tarafın da ivaz bedelini kesin süre içerisinde depo etmemesi durumunda ise şimdiki gibi satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmelidir." (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>40</sup> Alman ve Avusturya hukukları, bölünemeyen malın satılarak satış bedelinin mirasçılar arasında paylaşılması eğilimini takip etmiştir. Fransız ve İtalyan hukuklarında ise, aynen bölünemeyen malın, -mümkün oldukça- mirasçılardan birinin hissesine konulması esası mevcuttur. İsviçre hukukuna uygun düşen sistem de budur. Bkz. **Piotet**, s. 868.

<sup>41</sup> Terekedeki malvarlığı değerlerinin gruplandırılması hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Avcı**, s. 99 vd.

Tereke mallarından mirasçı veya ortak kök sayısınca pay oluşturulması sırasında yaşanabilecek güçlükler ve çözüm önerileri hakkında bkz. **Aral**, s. 108 vd.

<sup>42</sup> Hâkimin, denkleştirme bedelinin ödenmesi yoluyla tereke unsurlarını paylara ayırabilmesi için, mirasçılardan rıza göstermesine ihtiyaç olup olmadığı, öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre hâkim, mirasçılara özgülenecek payları tereke mevcuduna göre oluşturmak zorundadır; dolayısıyla tüm mirasçılardan rızası olmadıkça, denkleştirme bedeli ödemesi karşılığında mirasçtya payından daha değerli bir tereke unsuru tahsis edilemez. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 711; **Dural/Öz**, N. 2026. Aksi yönde bkz. **Piotet**, s. 884.

Bir başka görüşe göre, çok yüksek bir denkleştirme bedelinin ödenmesi söz konusu olmadıkça hâkim, miras paylarının teşkilinde ortaya çıkacak değer farkının, denkleştirme bedeli ödenmesi suretiyle giderilmesine karar verebilir. Çünkü hâkimin, denkleştirme bedelinin ödenmesine hükmetme yetkisi kabul edilmezse, payların oluşturulmasında ve böylece aynen paylaşmanın sağlanmasında büyük güçlükler ortaya çıkar. Bkz. **Aral**, s. 104; **Wolf**, Art. 611, N. 18; **Kılıçoğlu**, *Miras Hukuku*, s. 365; **Avcı**, s. 97-99.

Kanun koyucu, taşınmazlar bakımından bu tartışmaya bir nokta koymuştur. MK 642/2'ye göre; "Mirasçılardan birinin istemi üzerine hâkim, terekenin tamamını ve terekedeki malların her birini göz önünde tutarak, olanak varsa taşınmazlardan her birinin tamamının bir mirasçtya verilmesi suretiyle paylaşım yapar. Mirasçılara verilen taşınmazların değerleri arasındaki fark para ödenmesi yoluyla giderilerek miras payları arasında denkleştirme sağlanır."

terekedeki malların tamamının gruplandırılması suretiyle payların oluşturulması ve bunların mirasçılara özgülenmesi yerine, bölünemeyen münferit malların satışı suretiyle ortaklığın giderilmesi yoluna daha çok başvurulmaktadır.

Paylaşma davasında hâkim, MK 650/1 uyarınca payları oluştururken<sup>43</sup>, yerel âdetleri, mirasçılarının kişisel durumlarını ve çoğunluğun arzusunu göz önünde bulundurur (MK 650/2)<sup>44</sup>.

Oluşturulan payların mirasçılara özgülenmesi noktasında, tüm mirasçılar anlaşır, buna uyulur; eğer böyle bir anlaşma olmazsa, kur'a çekimi yoluyla paylar mirasçılara özgülenir (MK 650/3); yoksa hâkimin, payları kendi takdirine göre mirasçılara özgüleme yetkisi yoktur<sup>45</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, mirasın paylaşımında hâkim, öncelikle terekedeki her bir malvarlığı değerinin mirasçılar arasında aynen bölünmesine; eğer bu mümkün olmazsa, terekedeki mal ve hakların gruplandırılması suretiyle pay-

---

Aynen paylaşmada, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi hâlinde, denkleştirme bedelinin ödenmesi gereği, MK 703/2'nin yollamasıyla uygulama alanı bulacak MK 699/2'de de öngörülmüştür.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin T. 5.4.2005, E. 2005/2149, K. 2005/3765 sayılı kararına göre; *"Aynen bölünerek paylaşılmanın mümkün olması durumunda bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki parçaya ivaz eklenerek denkleştirme sağlanır."* (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

<sup>43</sup> Paylaşma davası sırasında hâkim, tüm mirasçılarının anlaşması olmaksızın, bazı tereke malları üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar veremez. MK 676/2 hükmü burada kıyasen uygulama alanı bulur.

Mirasçılardan birinin talebi üzerine, terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine olanak tanıyan MK 644 hükmü, paylaşma davasının açıldığı hâllerde uygulama alanı bulmaz (MK 644/2).

<sup>44</sup> MK 650/2'de sayılan unsurlar arasında herhangi bir sıra ilişkisi mevcut değildir. Bkz. **Aral**, s. 106.

<sup>45</sup> Bazı yazarlara göre, payların oluşturulması aşamasında, bu payın hangi mirasçıya gideceği bazen belli olur. Şöyle ki, bir mirasçının miras payı, diğer mirasçılardan farklıysa, MK 650/1 uyarınca oluşturulan payın gideceği mirasçı da kendiliğinden belirlenmiş olur. Keza yerel âdetler, mirasçılarının kişisel durumları ve çoğunluğun arzusu uyarınca paylar belirlenirken (MK 650/2), hangi payın hangi mirasçıya gideceği de belirlenmiş olabilir. Bkz. **Dural/Öz**, N. 2018; 2029; 2033. Hâkimin, mutlaka kur'a çekmek zorunda olmadığı yönünde ayrıca bkz. **Serozan/Engin**, § 7, N. 67; **Schaufelberger/Keller**, Art. 604, N. 7.

Fakat öğretilerdeki baskın görüşe göre, MK 650/2 uyarınca hâkimin payları oluştururken yerel âdetleri, mirasçılarının kişisel durumlarını ve çoğunluğun arzusunu dikkate alacak olması, mirasçılar arasında anlaşma sağlanabildiği hâller ile sınırlıdır. Mirasçılarının anlaşmadığı hâllerde, kur'a çekme dışında hâkimin payları doğrudan özgüleme yetkisi yoktur. Bkz. **İmre/Erman**, s. 492-493; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 712; **Aral**, s. 111 vd.; **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, s. 367; **Antalya Sağlam**, s. 440; **Avcı**, s. 107.

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf yoluyla paylaşılma kuralı öngördüğü hâllerde ise, mirasçılar oybirliği ile aksini kararlaştırmadıkça, mirasbırakanın yaptığı bu özgülemeye uyulur.

ların oluşturulmasına ve bunların mirasçılara tahsis edilmesine karar verecektir<sup>46</sup>. Ancak terekedeki malvarlığı değerlerinin çeşit ve özellikleri, bu iki yolun da gerçekleşmesine bazen izin vermez. Bu durumda artık, terekedeki malvarlığı değerlerinin tamamının ya da belirli kısmının satışı suretiyle ortaklığın giderilmesi söz konusu olacaktır (MK 642/2)<sup>47</sup>.

Paylaşma davasına ilişkin bu açıklamaların ardından, terekedeki münferit mallar için kısmi paylaşma davası açma imkânının özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

## 2-) Kısmi Paylaşma Davası Açılması

### a-) Ögretide İleri Sürülen Görüşler

Bütün mirasçılardan anlaşılmasıyla terekenin kısmi paylaşımına yönelik sözleşme

<sup>46</sup> Kanun koyucu bazı tereke malları bakımından özel hükümler öngörerek, mirasın paylaşımına ilişkin yukarıda belirtilen esaslara, özellikle aynen paylaşma ilkesine çeşitli istisnalar getirmiştir:

- Değerinde önemli azalma olmadan bölünemeyen tereke malının, bütün olarak mirasçılardan birine özgülenmesi veya satılması imkânı (MK 651).
- Aile konutu ile ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi imkânı (MK 652).
- Nitelikleri ve özgüledikleri amaç gereği bir bütün oluşturan eşya ile aile belgeleri ve aile için özel anı değeri olan eşyanın paylaşımı hakkında mirasçılardan anlaşamaması durumunda hâkimin, yerel âdetleri, âdet yoksa kişisel durumları göz önünde tutarak bu eşyanın mirasçılardan birine özgülenmesine ya da satılmasına karar verebilmesi imkânı (MK 653/1-2).
- Mirasbırakanın mirasçılardan birinden alacağı olması durumunda, bu alacak miktarının, payların oluşturulması ve özgülenmesi sırasında, o mirasçının payına konulması; yani borçlu mirasçının payına mahsup edilmesi imkânı (MK 654).
- Kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan birinin talebi üzerine hâkimin, o gayrimenkulün mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin mirasçılara ayrı ayrı tahsisine karar verebilmesi imkânı (Kat Mülkiyeti Kanunu 10/5).
- Mirasa konu tarımsal araziler ile yeter gelirli tarımsal arazilerin özgülenmesine veya satışına yönelik özel imkânlar (5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun bazı hükümleri, 15.05.2014 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6537 sayılı Kanunla önemli ölçüde değiştirilmiş ve bu değişikliklere bağlı olarak, tarımsal işletmelerin satışına ve özgülenmesine yönelik olarak Medeni Kanunda yer alan 659 ila 668. maddeler yürürlükten kaldırılmıştır).

<sup>47</sup> Satış yoluyla ortaklığın giderildiği hâllerde, mirasçılar satışın şekli konusunda anlaşılırsa hâkim, mirasçılardan birinin iradesine uygun olarak satışın (pazarlık ya da artırmayla) gerçekleşmesine karar verecektir. Mirasçılar satışın ne şekilde gerçekleşeceği hususunda anlaşamazlarsa hâkim, satışın açık artırmayla yapılmasına karar verecektir. Satışın mirasçılar arasında artırmayla yapılmasına karar verilmesi, bütün mirasçılardan rızasına bağlıdır (MK 703/2'nin yollamasıyla MK 699).

MK 651/3'e göre, değerinde önemli azalma olmadan bölünemeyen tereke malının satışında, mirasçılardan biri talep ederse, satış artırma yoluyla yapılır. Mirasçılar artırmamanın şekli konusunda anlaşamazlarsa hâkim, artırmamanın mirasçılar arasında veya herkese açık yapılmasına karar verir. Yine bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, mirasçılardan biri dahi satışın artırma yoluyla yapılmasını talep etmezse hâkim, pazarlıkla satışa da karar verebilir. Ancak MK 651/3, değerinde önemli azalma olmadan bölünemeyen tereke mallarına mahsus bir düzenlemedir; diğer tereke mallarının satışında uygulama alanı bulmaz. Bkz. **Avcı**, s. 66.

yapılmışsa, bunun ifası için dava açılması mümkündür. Bu noktada öğreti ve uygulamada herhangi bir tereddüt yoktur; şayet bazı mirasçılar ifadan kaçınıyorsa, mirasçılardan her biri, bu sözleşme uyarınca kısmi paylaşımın gerçekleştirilmesini talep edebilir. Ancak burada gözden kaçırılmamalıdır ki; bu ihtimalde açılan dava, MK 642 anlamında paylaşma davası olmayıp, bütün mirasçıların oybirliğiyle yapılmış olan kısmi paylaşma sözleşmesinin ifasına yönelik eda davasıdır.

Mirasçılar arasında kısmi paylaşmaya yönelik bir anlaşmanın bulunmadığı hâllerde ise, bir ya da bir kaç mirasçının, terekedeki münferit mallar için MK 642 uyarınca kısmi paylaşma davası açabilip açamayacağı tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre<sup>48</sup>, paylaşma davası, terekenin tümünü kapsayacak şekilde açılmalıdır. Mirasçılar arasında oybirliğiyle anlaşma olmadığı sürece, bir ya da bir kaç mirasçının, diğerlerini kısmi paylaşmaya zorlayan bir dava açması mümkün değildir. Bir kısım tereke unsurlarının paylaşımına yönelik dava açılması hâlinde, miras paylarının oluşturulması güçlük gösterecektir. Ayrıca miras ortaklığında, terekede yer alan her bir malvarlığı değeri üzerinde ayrı bir hak sahipliği söz konusu değildir; terekede yer alan malvarlığı değerleri bir küllük olarak miras ortaklığına dahildir. Bütün mirasçıların katılımıyla yapılan kısmi paylaşma sözleşmesinin ifasına yönelik olarak açılan davayı (TBK 112 vd.) ise, terekedeki münferit malvarlığı değerleri için MK 642 uyarınca açılan paylaşım davasıyla karıştırmamak gerekir.

Buna karşın öğretilerdeki bazı yazarlar<sup>49</sup>, terekedeki münferit mallar için kısmi paylaşma davası açılmasını mümkün görmektedirler. Bu yazarlara göre, kısmi paylaşma davası açma imkânı çeşitli hükümlerde dolaylı olarak düzenlenmiştir:

- Paylaşmanın derhâl yapılması, paylaşım konusu malın değerini önemli ölçüde azaltacaksa, mirasçılardan birinin talebi üzerine hâkimin, bu malın paylaşılmasının ertelenmesine karar verebilmesi (MK 642/3), kısmi paylaşma davası açılmasının esasında mümkün olduğunu gösterir<sup>50</sup>.
- Resmî tasfiyeye ilişkin olarak MK 635/4'te yer alan "*Mirasçılar, tasfiye devam ederken tasfiye için gerekli olmayan tereke mallarının ve paranın kısmen veya tamamen kendilerine verilmesini isteyebilirler*" şeklinde düzenleme, miras or-

<sup>48</sup> **Tuor/Pictoni**, Art. 604, N. 4d; **Escher**, Art. 602, N. 38-39; Art. 604, N. 5e; **Piotet**, s. 864; **Oğuzman**, s. 321; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 689; **Aral**, s. 76 vd.; **Sungurbey**, s. 269, dn. 13; **Dural/Öz**, N. 1945; 1986; **İmre/Erman**, s. 464; **Serozan/Engin**, § 7, N. 69; **Öztaş**, s. 523.

<sup>49</sup> **Annen**, s. 61 vd.; özellikle s. 78-82; **Stokar**, s. 48; **Schaufelberger/Keller**, Art. 602, N. 33-34; Art. 604, N. 6; **Wolf**, Art. 604, N. 28-29.

Gerekçe belirtmemekle beraber kısmi paylaşma davasının açılabileceğini kabul eden görüş için ayrıca bkz. **Antalya/Sağlam**, s. 434.

<sup>50</sup> Kısmi paylaşma davasını mümkün görmemekle beraber, ZGB Art. 604/2'nin (MK 642/3), objektif kısmi paylaşmayı dolaylı olarak sağladığı yönünde bkz. **Tuor/Pictoni**, Art. 604, N. 4d; **Öztaş**, s. 523.

taklığına da kıyasen uygulanabilir. Kıyasen uygulanacak bu hüküm sayesinde, kısmi paylaşma davası açılabilmesi olanaklı hâle gelir.

- Mirasçılar anlaşma yoluyla paylaştırmayı gerçekleştirirken, bazı malların paylaşımı hususunda anlaşamazlarsa, bu mallarla sınırlı olarak hâkime başvuru-bilirler. Bu hâlde, yine kısmi paylaşma davası söz konusu olur.
- MK 676/2'de yer alan "*Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler*" hükmü, lafzına bağlı kalınarak, bazı tereke malları üzerindeki miras ortaklığının paylı mülkiyete çevrilmesi şeklinde dar anlaşılmalı, bir kısım tereke mallarının mirasçılar arasında fiilen paylaşılması imkânı olarak yorumlanmalıdır. Böylece yine kısmi paylaşma davası açılabilme imkânı karşımıza çıkar<sup>51</sup>.

Öğretideki bu görüşlere baktığımızda, şu değerlendirmeleri yapmak mümkün gözükmektedir. Kısmi paylaşma davasının açılabilmesi yönünde fikir beyan eden yazarların gerekçelerinin hiçbirisi, kısmi paylaşma davasının açılabilmesine olanak sağlayan genel bir esasa dayanmamaktadır. Kanundaki belirli hâllere ilişkin özel düzenlemelerden (MK 642/3, 635/4, 676/2) genel bir sonuç çıkarılmaya çalışılmıştır<sup>52</sup>. Terekenin paylaşımına ilişkin genel hükümleri bir kenara bırakarak, amaçları farklı özel hükümlerden bir genelleme yapılması isabetli değildir<sup>53</sup>. Keza mirasçıların, paylaşımı hususunda anlaşamadıkları bazı mallar için hâkime başvurabilmeleri de, kısmi paylaşma davasına genel bir gerekçe olamaz. Zira bu hâlde zaten, dava dışı bırakılan malvarlığı değerlerinin paylaşımına ilişkin olarak mirasçılar arasında bir anlaşma mevcuttur. Mirasın paylaşımına hâkim olan irade özgürlüğü ilkesi uyarınca, mirasçılarının anlaşmasıyla terekenin kısmi paylaşma konu edilebileceği tereddütsüzdür. Buradaki sorun, mirasçılar arasında herhangi bir anlaşmanın bulunmadığı hâllerde, bir ya da bir kaç mirasçının, diğer mirasçıları dava yoluyla kısmi paylaşmaya zorlayabilip zorlayamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Türk öğretisinde kısmi paylaşma davasına karşı çıkan yazarlar ise, eski Medenî Kanun dönemindeki baskın görüşün temsilcileridir. Ancak 4721 sayılı Türk Medenî

<sup>51</sup> **Dural/Öz**, N. 1942. Ancak yazarlar, MK 676/2'yi kısmi paylaşmaya cevaz veren bir hüküm olarak görseler de, kısmi paylaşmanın gerçekleşebilmesi için bütün mirasçılarının bu konuda anlaşmalarının şart olduğunu da belirtmektedirler. Bkz. **Dural/Öz**, N. 1945.

<sup>52</sup> Aynı yönde bkz. **Aral**, s. 77 vd.

<sup>53</sup> MK 676/2'deki düzenlemenin kısmi paylaşma davasına dayanak olarak gösterilmesi, şu açıdan da isabetli değildir. MK 676/2'nin uygulanabilmesi için, tüm mirasçılarının anlaşmış olması şarttır. Tüm mirasçılarının anlaştığı hâllerde, kısmi paylaşma davasının açılabilmesi için, bu hükmeye kıyasen dahi dayanmaya gerek yoktur. Zira mirasın paylaşımında geçerli olan irade özgürlüğü ilkesi, bu imkânı zaten tek başına sağlar (MK 646/2). Mirasçılar oybirliğiyle herhangi bir anlaşmaya varamamışlar ise, MK 676/2 uygulama alanı bulamayacağına göre, bunun kısmi paylaşma davasının açılabilmesine dayanak olarak gösterilebilmesi de mümkün değildir.



Kanunu, bu hususta özel bir düzenleme getirmiştir. Açık kanun hükmüne hiç değinmeden, eskiden savunulan görüşleri 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu döneminde de tekrar eden açıklamaların, kanun değişikliği karşısında artık isabetli olmadığı açıktır.

### b-) Medenî Kanundaki Düzenleme ve Bunun Değerlendirilmesi

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, eski Medenî Kanunda mevcut olmayan bir düzenleme getirerek, kısmi paylaşma davasının açılabilmesine ilişkin tartışmalara bir son vermek istemiştir. MK 642/2'nin ilk cümlesine göre; *“Her mirasçı, terekedeki belirli malların aynen, olanak yoksa satış yoluyla paylaştırılmasına karar verilmesini sulh mahkemesinden isteyebilir.”* Böylece Türk kanun koyucusu, İsviçre Medenî Kanununda bulunmayan bir düzenleme öngörerek, terekedeki münferit mallar hakkında kısmi paylaşma davasının açılabilmesine olanak tanımıştır<sup>54</sup>.

Medenî Kanunun gerekçesine baktığımızda, MK 642/2'nin ilk cümlesi için şu açıklamalara yer verildiğini görmekteyiz: *“İkinci fıkrada mirasçılardan her birine, tereke mallarının tamamının ya da bir kısmının paylaşılmasını isteme yetkisi tanınmıştır. Böylece paylaşmanın kısmen dahi yapılabilmesine olanak sağlanmış olmaktadır. Bu tür bir istem karşısında, öncelikle aynen paylaşmanın, buna olanak bulunmaması (örneğin terekedeki bir taşınmazın belli yüzölçümünden küçük olması nedeniyle parçalara ayrıl-maması) durumunda ise, paylaşmanın satış yoluyla gerçekleştirileceği hükmü tekrarlan-mıştır.”* Fakat bu gerekçeden, hangi sebeple kısmi paylaşma davasına izin verildiği, İsviçre Medenî Kanununda bulunmayan bir düzenlemenin neden getirildiği anlaşıl-mamaktadır. Kanun koyucunun, bir başka sistem benimsemesi ve İsviçre Medenî Kanunundan farklı bir düzenleme öngörmesi elbette mümkündür. Ama bir yandan önceki sistemin muhafaza edilmesi, diğer yandan bunu akamete uğratabilecek bir hükmün öngörülmesi, kanaatimce isabetli olmamıştır.

Şöyle ki, mirasçılar arasında anlaşma olmadıkça ya da zorunlu sebepler bulunmadıkça, tereke unsurlarının ayrı ayrı paylaşma konu edilmesi, elbirliğiyle hak sahipliğinin özelliklerine uygun düşmemektedir. Mirasçıların, terekenin tamamı üzerinde elbirliğiyle hak sahipliği söz konusudur; yoksa her bir malvarlığı unsuru üzerinde bağımsız bir mülkiyet ilişkisi yoktur. Bundan başka, Medenî Kanunun sistemine göre, -istisnai hâller haricinde- mirasın paylaşımında terekenin tamamının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, mirasın paylaşımında hâkim, öncelikle terekedeki her bir malvarlığı değerinin mirasçılar arasında aynen bölünmesine; bu mümkün değilse, terekedeki mal ve hakların gruplandırılması sure-

<sup>54</sup> Kılıçoğlu, Miras Hukuku, s. 359-360; Ayan, s. 345; İnan/Ertaş/Albaş, s. 539.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin T. 26.4.2011, E. 2010/11980, K. 2011/7046 sayılı kararına göre; *“Her mirasçı, terekedeki belirli malların aynen, olanak yoksa satış yoluyla paylaştırılmasına karar verilmesini Sulh Mahkemesinden isteyebilir. (T.M.K. madde 642).”* (Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

tiyle payların oluşturulmasına ve bunların mirasçılara tahsis edilmesine karar vermek durumundadır. Bu da ancak terekenin tamamı göz önünde bulundurulduğu takdirde gerçekleştirilebilecek bir sistemdir. Her bir tereke unsuru için ayrı paylaşma davası açılacak olursa, terekenin bütününe göre miras paylarının oluşturulması ve bunların mirasçılara tahsisi çoğunlukla mümkün olmayacaktır. Nitekim uygulamada, terekenin tamamının göz önünde bulundurulması suretiyle miras paylarının oluşturulması yoluna neredeyse hiç gidilmemekte; açılan kısmi paylaşma davalarında, genelde dava konusu münferit malların satışı suretiyle tereke paylaşılmaktadır. Bu sonuç ise, Medenî Kanunda öngörülen sistemin (özellikle aynen paylaşımın önceliği ilkesinin) çoğu kez boşa çıkması demektir. Örnek olarak, mirasbırakan geride iki mirasçı ve iki ev bırakmışsa, evlerden birisi için paylaşma davası açılacak olursa, aynen paylaşım (evin iki mirasçı arasında bölünmesi) mümkün olamayacak ve dava konusu evin satılması suretiyle ortaklığın giderilmesi gerekecektir. Aynı şekilde, terekede kalan diğer ev de iki mirasçı arasında aynen paylaşılacağından, onun da ileride satılması söz konusu olacaktır. Halbuki kısmi paylaşma izin verilmediği için terekenin tamamına yönelik paylaşma davası açılırsa, her mirasçıya bir ev tahsisi yoluyla (gerekirse denkleştirme bedeli ödenerek) mirasın paylaşılması mümkün olabilecek ve böylece tereke mevcudunun satılması zorunluluğu ortaya çıkmayacaktır.

Bunların yanı sıra, terekedeki münferit mallar için paylaşma davası açılmasına izin vermek, mirasçıları ve mahkemeleri fazladan birçok davayla uğraşmak zorunda bırakabileceği gibi, usul ekonomisine aykırı sonuçlara da sebebiyet verebilir. Ayrıca mirasçılardan herhangi birisi, kendisi için elverişli olan malların paylaşımını dava açarak sağlar iken, diğer malların paylaşımının uzun yıllar içinde gerçekleşmemesi ya da hiç yapılmaması (bunlarla uğraşılmak istenmediği için miras ortaklığının devam etmesi) söz konusu olabilir. Bu durum, miras ortaklığına geçici gözle bakan ve onun bir an önce sona erdirilmesini isteyen kanun koyucunun amacına aykırı düşecektir.

Bu olumsuz taraflarına karşın, kısmi paylaşma davasına izin verilmesinin olumlu yanlarının bulunduğunu da belirtmek gerekir<sup>55</sup>. Yargılama faaliyetlerinin pek hızlı yürümemesi ve mirasçıların terekenin paylaşımı üzerinde genellikle anlaşılamaması gibi etkenler nedeniyle, miras paylaşma davaları uzun yıllar boyunca sürebilmektedir. Özellikle terekedeki malvarlığı değerlerinin fazla olduğu hâllerde, bunların tamamının tespit edilmesi ve sonrasında paylaşılması bir hayli zaman almaktadır. Keza terekedeki bazı taşınmazların tapu intikallerinin uzun yıllar boyunca yapılmamış olması nedeniyle, bunlar üzerinde çok sayıda (farklı zümre başlarından hak sahibi olan) kişinin mirasçılığı karşımıza çıkabilmektedir. Böyle taşınmazlara ilişkin paylaşma davalarında, sadece taraf teşkilinin sağlanması (mirasçıların tamamının tespit edilmesi ve tebligat yapılması) bile çok uzun sürebilmektedir. Bunların yanı sıra,

<sup>55</sup> Kısmi paylaşmanın koruyacağı menfaatler ve sağlayacağı faydalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Annen**, s. 64 vd.

terekedeki malların paylaşımı üzerinde anlayamayan mirasçılar, bunların kullanım şekli hususunda da çoğunlukla sorunlar yaşamaktadırlar. Bu anlaşmazlıklar, terekedeki malvarlığı değerlerinin yıllar boyunca atıl bir vaziyette kalmasına ve mirasçılardan, terekedeki malvarlığı değerlerinin getireceği faydalardan mahrum kalmalarına ve hatta ekonomik açıdan zorluklar yaşamalarına yol açabilmektedir<sup>56</sup>. İşte bu gibi durumlarda, herhangi bir mirasçıya kısmi paylaşma davası açma imkânının tanınması, karşılaşılan sorunların aşılması bakımından faydalı bir işleve sahip olabilir. Terekedeki bazı malların aynen ya da satış suretiyle paylaşılması sayesinde, hem dava konusu edilen malların uzun süre atıl kalmaması sağlanabilir, hem de mirasçıların ekonomik ihtiyaçlarının belirli ölçüde karşılanması ve taraflar arasındaki anlaşmazlığın kısmen de olsa giderilmesi temin edilebilir<sup>57</sup>.

Bu fayda ve sakıncalar birlikte dikkate alındığında, şu tespiti yapmak mümkün gözükmektedir: Kısmi paylaşma davasının açılabilmesini, tüm mirasçıların anlayabildiği hâllere münhasır kılmak, terekenin tümünün paylaşımının uzun süreceği hâllerde, tatmin edici sonuçlar vermekten uzaktır. Fakat kısmi paylaşma davasının açılabilmesine her zaman izin vermek de, terekenin tamamının hesaba katılarak mirasın paylaştırılmasını öngören, Medenî Kanundaki genel sistemle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla kısmi paylaşma davasının açılabilmesini bazı sınırlamalara bağlamak, kanaatimce daha isabetli bir tercih olacaktır. Bu çerçevede, terekenin tümünün paylaşılmasını beklemenin oldukça uzun süreceği ya da kısmi paylaşmanın yapılmasında korunmaya değer haklı menfaatin söz konusu olduğu hâllerde, her mirasçıya kısmi paylaşma davası açma imkânı tanınabilir. Böylece kısmi paylaşma davasının getireceği fayda ve sakıncalar arasında bir denge sağlanmış olur.

Ancak MK 642/2 hükmü, kısmi paylaşma davasının getireceği fayda ve sakıncaları gözeterek şekilde kaleme alınmamıştır. Şöyle ki, MK 642/2'de, her mirasçıya kısmi paylaşma davası açma yetkisi verilmiş; ancak bunun için özel menfaat (terekenin tümünün paylaşılmasının uzun zamanı gerektirmesi vs.) koşulu öngörülmemiştir. Hükmün devamında ise, herhangi bir mirasçı tarafından açılan davada kısmi paylaşma talebinin dikkate alınabilmesi için, diğer mirasçıların buna itiraz etmemesi şartı aranmıştır: *"Mirasçılardan birinin istemi üzerine hâkim, terekenin tamamını ve terekedeki malların her birini göz önünde tutarak, olanak varsa taşınmazlardan her birinin tamamının bir mirasçıya verilmesi suretiyle paylaştırmayı yapar. Mirasçılara verilen taşınmazların değerleri arasındaki fark para ödenmesi yoluyla giderilerek miras payları arasında denkleştirme sağlanır."* Bu hüküm uyarınca, davalı mirasçılardan biri, terekenin tümünün paylaşılmasını talep ederse, artık terekenin belirli bir kısmının (dava konusu edilen münferit malın/malların) paylaşılması söz konusu olmaz; bu ihtimal-

<sup>56</sup> **Annen**, s. 77-78.

<sup>57</sup> Öğretide ifade edildiği gibi, *"Miras kavgaları genelde mahkemede biter, paylaşma davasında kızışır ve bu davanın sonunda verilen paylaşım hükmüyle yatıştırılır."* Bkz. **Serozan/Engin**, § 7, N. 67.

de hâkim, terekenin tamamını dikkate alarak paylaştırmayı yapmak durumundadır.

Münferit mallar için açılan kısmi paylaşma davasının, davalı mirasçılardan birinin itirazı üzerine, terekenin tümünün paylaşılmasını kapsayacak şekilde genişlemesi, bu davanın *actio duplex* niteliğine uygundur. Fakat burada gözden kaçırılmamalıdır ki, davacı mirasçının/mirasçıların kısmi paylaşma talebine, diğer mirasçılardan birinin dahi itiraz etmemesi, esasında mirasçıların tümünün kısmi paylaşma hususunda anlaşmaya varmaları (en azından bütün mirasçıların örtülü olarak anlaştıkları) anlamına gelir. Dolayısıyla MK 642/2 uyarınca açılan kısmi paylaşma davasının devamı, bütün mirasçıların mahkeme huzurunda anlaşmış olmaları şartına bağlanmıştır<sup>58</sup>. Bu düzenleme tarzı ise, bizi şu sonuca götürmektedir: Kısmi paylaşma davasında, tek bir mirasçı dahi terekenin tümünün paylaşılmasını talep ederse, diğer mirasçıların kısmi paylaşımın gerçekleşmesinde korunmaya değer menfaatlerinin mevcut olup olmadığı dikkate alınmayacak ve terekenin tümünün paylaşılması yoluna gidilmesi gerekecektir<sup>59</sup>.

Bu hâliyle, MK 642/2'deki düzenleme, her mirasçıya koşulsuz kısmi paylaşma davası açma yetkisi vermekle, Medenî Kanunun genel sistemiyle bağdaşmadığı gibi; bu davanın devamını tüm mirasçıların anlaşmasına bağlamakla, kısmi paylaşım yoluyla bazı hâllerde sağlanabilecek haklı menfaatleri de tam olarak koruyamamaktadır. Bununla birlikte, MK 642/2'yi yok sayarak uygulamaktan kaçınmak da mümkün değildir. İsbetli olmasa bile yasal düzenlemeleri değiştirmek kanun koyucunun işi olduğuna göre, burada hukukçulara düşen görev, MK 642/2 hükmünü, olabildiğince en işlevsel ve genel esaslara uygun şekilde yorumlayarak uygulamaktır. Kanaatimce bu noktada, *teleolojik redüksiyon* yönteminden yararlanılabilir. Teleolojik redüksiyon, aşırı ölçüde geniş tutulmuş olan yasal düzenlemenin, somut olaya özgü bir istisna kuralıyla amaca göre sınırlandırılmasını ifade eder<sup>60</sup>.

Buna göre, teleolojik redüksiyon yöntemiyle MK 642/2'nin uygulama alanı, her mirasçının dilediği zaman kısmi paylaşma davası açabilmesi yerine, terekenin tamamının paylaşılmasının çok uzun süreceği ya da kısmi paylaşmanın derhal ya-

<sup>58</sup> Kısmi paylaşma davasının açılmasına izin veren MK 642/2 hükmünün, diğer mirasçılardan birinin dahi buna itiraz etmemesini öngörmek suretiyle, esasında yeni bir düzenleme getirmediği, tıpkı eskiden olduğu gibi kısmi paylaşma için tüm mirasçıların anlaşmasını aradığı söylenebilir.

<sup>59</sup> Kısmi paylaşma talebine karşı mirasçılardan birinin ya da bir kaçının terekenin tamamının paylaşılmasını talep ettiği, diğerlerinin ise itiraz etmeyerek suskun kaldığı hâllerde, suskun kalan mirasçıların, kısmi paylaşmayı talep eden mirasçı ile birlikte miras ortaklığında kalmaya devam edeceğini, terekenin tamamının paylaşılması yönünde itirazda bulunan mirasçıların ise, miras paylarını alarak miras ortaklığından çıkacağını ileri süren görüş için bkz. **Ozanemre Yayla**, s. 238, dn. 831.

<sup>60</sup> **Rona Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, § 5, N. 40a; Bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Sururi Aktaş**, "Hukukta Yorum Çabaları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3-4, 2011, s. 16 vd.

pılmasında korunmaya değer bir haklı menfaatin söz konusu olduğu hâller ile sınırlandırılabilir. Bu şartların mevcut olduğu hâllerde, davalı mirasçılardan bazılarının terekenin tamamının paylaşılması yönünde kısmi paylaşma davasında ileri sürdüğü talep de dikkate alınmayarak, dava konusu münferit malların paylaşılmasıyla yetinilebilir<sup>61</sup>. Böylece hem mirasın paylaşılmasına ilişkin olarak Medenî Kanunda yer alan genel esaslar ile bağdaşan, hem de kısmi paylaşım sayesinde elde edilebilecek bazı menfaatleri koruyan bir çözüme ulaşmak; bunlar arasında bir denge sağlamak mümkün olabilir.

Bu bağlamda değinmek gerekir ki, kısmi paylaşma ihtiyacı olmadığı hâlde bazı mirasçıların meşru menfaatleri olmadan bu yola başvurmaları ya da kısmi paylaşımın haklı menfaatlara hizmet edeceği durumlarda bazı mirasçıların buna karşı çıkmaları, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla teleolojik redüksiyon yöntemiyle vardığımız sonuç, MK 2/2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı ile de desteklenebilir. Zaten hâkimin, teleolojik redüksiyon ile hukuk normunu düzeltme yetkisinin temelinde de, hakkın kötüye kullanılması yasağı bulunmaktadır<sup>62</sup>.

## SONUÇ

Kanun koyucu, mirasın iradi paylaşımına öncelik tanıdıysa da, bu imkân ancak bütün mirasçıların oybirliğiyle hareket etmesi hâlinde söz konusu olur. Mirasçılardan birinin dahi paylaşma anlaşmasına katılmaması yahut rıza göstermemesi durumunda, mirasın iradi paylaşımı mümkün olmaz. Bu durumda mirasçılardan her biri, diğer mirasçılara karşı dava açarak, mahkeme marifetiyle mirasın paylaşılmasını talep edebilir.

Mirasın paylaşımında hâkim, öncelikle terekedeki malvarlığı değerlerinin mirasçılar arasında aynen bölünmesine; eğer bu mümkün olmazsa, terekedeki mal ve hakların gruplandırılması suretiyle payların oluşturulmasına ve bunların mirasçılara tahsis edilmesine karar vermek durumundadır. Ancak terekedeki malvarlığı değerlerinin çeşit ve özellikleri, bu iki yolun da gerçekleşmesine bazen izin vermez. Bu durumda artık, terekedeki malvarlığı değerlerinin tamamının ya da belirli kısmının satışı suretiyle ortaklığın giderilmesi yoluna gidilir.

Mirasçılar arasında kısmi paylaşmaya yönelik bir anlaşmanın bulunmadığı hâllerde, bir ya da bir kaç mirasçının, terekedeki münferit mallar için kısmi paylaşma

<sup>61</sup> Mirasçılardan birinin objektif kısmi paylaşma davası açtığı hâllerde, diğer mirasçıların anlaşarak, davacı mirasçının tüm miras payının verilerek miras ortaklığından çıkarılmasını istemeleri mümkündür. Bu hâlde, objektif kısmi paylaşma davası, sübjektif kısmi paylaşma davasına dönüşür. Davacının, miras ortaklığına devam etmek isteyen davalıları, kendi aralarında da paylaştırmaya zorlama hakkı yoktur. Bkz. **Tuor/Picenoni**, Art. 604, N. 1c; **Stokar**, s. 48; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 690; **Avcı**, s. 58; **Aral**, s. 77, dn. 9; **Öztaş**, s. 524.

<sup>62</sup> **Serozan**, § 5, N. 40a vd.; 42.

davası açabilip açamayacağı tartışmalıdır. Kısmi paylaşma davasının açılabilmesi yönünde fikir beyan eden yazarların gerekçelerinin hiçbirisi, kısmi paylaşma davasının açılabilmesine olanak sağlayan genel bir esasa dayanmamaktadır; kanundaki belirli hâllere ilişkin özel düzenlemelerden genel bir sonuç çıkarmaya çalışmışlardır. Türk öğretisinde kısmi paylaşma davasına karşı çıkan yazarlar ise, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun getirdiği düzenlemeyi dikkate almadan, eski Medenî Kanun dönemindeki açıklamalarını devam ettirmişlerdir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, hem eski Medenî Kanunda, hem de İsviçre Medenî Kanununda bulunmayan bir hüküm öngörerek, terekedeki münferit mallar hakkında kısmi paylaşma davasının açılabilmesine olanak tanımıştır (MK 642/2). Ancak bu düzenleme, isabetli bir şekilde kaleme alınmamıştır. Şöyle ki, MK 642/2'de, her mirasçıya kısmi paylaşma davası açma yetkisi verilmiş; ancak bunun için özel menfaat (terekenin tümünün paylaşılmasının uzun zamanı gerektirmesi vs.) koşulu aranmamıştır. Hükmün devamında ise, herhangi bir mirasçı tarafından açılan davada kısmi paylaşma talebinin dikkate alınabilmesi için, diğer mirasçıların buna itiraz etmemesi şartı aranmıştır.

MK 642/2'deki düzenleme, her mirasçıya koşulsuz kısmi paylaşma davası açma yetkisi vermekle, Medenî Kanunun genel sistemiyle bağdaşmadığı gibi; bu davanın devamını tüm mirasçıların örtülü anlaşmasına (davalı tüm mirasçıların itiraz etmemesi şartına) bağlamakla, kısmi paylaşım yoluyla bazı hâllerde sağlanabilecek haklı menfaatleri de tam olarak koruyamamaktadır.

Hem Medenî Kanunda yer alan genel esaslar ile bağdaşan, hem de kısmi paylaşım sayesinde elde edilebilecek bazı menfaatleri koruyan bir çözüme ulaşabilmek için, MK 642/2 hükmü, teleolojik redüksiyona tabi tutulmalıdır. Teleolojik redüksiyon yöntemiyle MK 642/2'nin uygulama alanı, her mirasçının dilediği zaman kısmi paylaşma davası açabilmesi yerine, terekenin tamamının paylaşılmasının çok uzun süreceği ya da kısmi paylaşmanın derhal yapılmasında korunmaya değer bir haklı menfaatin söz konusu olduğu hâller ile sınırlandırılabilir. Bu şartların mevcut olduğu hâllerde, davalı mirasçılardan bazılarının terekenin tamamının paylaşılması yönünde kısmi paylaşma davasında ileri sürdüğü talep de dikkate alınmayarak, dava konusu münferit malların paylaşılmasıyla yetinilebilir. Teleolojik redüksiyon yöntemiyle varılan bu sonuç, MK 2/2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı ile de desteklenebilir.

## KAYNAKÇA

**Aktaş, Sururi:** "Hukukta Yorum Çabaları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3-4, 2011, s. 1-33.

**Annen, Oskar:** Die objektiv und subjektiv beschränkte Teilung der Erbengemeinschaft, Schwyz 1941.

- Antalya, O. Gökhan/Sağlam, İpek:** Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2015.
- Aral, Fahrettin:** Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi, Ankara 1979.
- Avcı, Mehmet Özgür:** Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, İstanbul 2014.
- Ayan, Mehmet:** Miras Hukuku, 8. Bası, Konya 2015.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut:** Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2015.
- Ergüne, Mehmet Serkan:** Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul 2011.
- Escher, Arnold/Escher, Arnold:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Auflage, Zürich 1960 (Metin içerisinde “Escher” şeklinde atıf yapılmıştır).
- İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2015.
- İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan:** Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Miras Taksim Sözleşmesi, Ankara, 1989 (Metin içerisinde “Taksim Sözleşmesi” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015 (Metin içerisinde “Miras Hukuku” şeklinde atıf yapılmıştır).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Oğuzman, M. Kemal:** Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995.
- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay:** Mirasın Paylaşılması, Ankara 2011.
- Öztan, Bilge:** Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 6. Bası, Ankara 2014.
- Piotet, Paul:** Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Zweiter Halbband, Basel und Stuttgart 1981.
- Schaufelberger, Peter C./Keller, Katrin:** Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 3. Auflage, Basel 2007.
- Serozan, Rona:** Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay:** Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 2014.
- Stokar, David:** Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches, Schaffhausen 1954.
- Sungurbey, İsmet:** “Elbirliğiyle (İştirak Halinde) Mülkiyetin Ne Olduğu ve Elbirliği İlkesinin Yaşamsal Gücü”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1-4, Ocak-Ekim 1989, s. 253-288.
- Tuor, Peter/Picenoni, Vito:** Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB, 2. Auflage, Bern 1964.
- Wolf, Stephan:** Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014.





# 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN ARDINDAN YARGITAY'IN BEDENSEL ZARARLARDA YAKINLARIN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNE İLİŞKİN UYGULAMASI

(Supreme Court of Appeal Practices In Case of Spiritual  
Damage Claim of Kinsmen of The Injured After 6098  
Numbered Turkish Code of Obligations Coming Into Operation)

Doç. Dr. Fulya ERLÜLE\*

## ÖZET

6098 sayılı TBK' da 818 sayılı BK' dan farklı olarak ağır bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Ancak, TBK md.56/2 hükmü her türlü zararın tazminini değil, sadece ağır bedensel zararların tazminine imkân vermektedir. Söz konusu hükmün temelinde, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi ile yakınları arasındaki duygusal bağın kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerden biri olduğu düşüncesi yatmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, zararın tazmini için bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının bu durumdan sürekli ve ciddi bir şekilde etkilenmiş olması aranmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** manevi tazminat, ağır bedensel zarar, zarar görenin yakınları, bedensel bütünlüğün ihlali.

## *Abstract*

According to 6098 numbered Turkish Code of Obligations (TBK), kinsmen of the injured have entitled to claim spiritual damage in case of severe physical damage. However, it should be noted that, according to TBK Art.56/2, kinsmen of the injured are merely claim for compensation for severe physical damage, in other saying, insubstantial injuries are not within the scope of this article. It is accepted that, the relationship between a person who has a severe physical damage and kinsmen of the injured are protected within the scope of personal right. Moreover, in order to claim for spiritual damage, kinsmen of the injured shall effect continuingly and seriously from the severe physical damage of the injured.

**Keywords:** spiritual damage, severe physical damage, kinsmen of the injured, violation of physical integrity.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hakkının ihlal edildiği, iş kazaları ve meslek hastalıkları, trafik kazaları, pek çok kişinin hayatını kaybettiği, ağır şekilde yaralandığı ya da sakat kaldığı terörist saldırılar, yanlış teşhis ve tedavinin uygulandığı tıbbi müdahaleler, bedensel zarara uğrayan kişilerin manevi zararlarının tazmini yanında, onların yakınlarının yansıma yolu ile uğramış oldukları manevi zararların tazmin edilip edilemeyeceği meselesini sorumluluk hukukunun en önemli konularından biri haline getirmiştir. Bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararların tazminine ilişkin olarak pozitif hukuk alanında düzenlemeye sahip olmayan ülkelerden bazıları yakınların uğramış oldukları manevi zararların tazminini mevzuatlarında gerekli değişiklik ve yenilikleri yaparak sağlarken, bazı ülkeler ise yakınların manevi tazminat taleplerine ilişkin uyumsuzlukları içtihat hukuku tarafından geliştirilen ilkeler doğrultusunda çözmeye çalışmaktadır. Yakınların uğramış oldukları manevi zararların tazminine ilişkin olarak Avrupa Konseyi üyesi olan ülkelerde birbirinden farklı çözüm yollarının benimsenmiş olması nedeniyle Avrupa Konseyi 14.3.1975 tarihinde bir Tavsiye Kararı almıştır<sup>1</sup>. Avrupa Konseyinin 14.3.1975 tarihli tavsiye niteliğindeki kararı, Konsey üyesi ülkelerin hukuklarını uyumlaştırılmasını ve bir yakını ölen ya da yaralanan kişinin uğramış olduğu zararların tazmininin sınırlandırılmasını amaçlamaktadır<sup>2</sup>.

Hukukumuz bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk Hukukunda ilk kez ölenin yakınları yanında ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarına da yansıma yoluyla uğradıkları manevi zararın tazminini talep etme imkanı tanınmıştır.

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzun Manevi Tazminat başlıklı 47. maddesinde "*Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.*" demek suretiyle, bizzat bedensel zarara uğrayana ve sadece ölüm haline özgü olmak üzere, zarar gören dışında "ölünün ailesi" ne yansıma yoluyla uğradıkları manevi zararın tazmin edilmesini isteme hakkı tanınmış

<sup>1</sup> 14.3.1975 tarihli Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (75) 7 Bedensel Bütünlüğün İhlali ve Ölüm Halinde Manevi Tazminata İlişkin, BGBl II 1976, 323.

<sup>2</sup> Avrupa Konseyinin 14.3.1975 tarihli tavsiye niteliğindeki kararı, zarar görenin yakınlarının uğramış olduğu manevi zararı, duygusal acılar özellikle de belli bir kişiye karşı hissedilen sevgi ve yakınlık duyguları şeklinde değerlendirmekte ve toplam 19 ilkeden oluşmaktadır. Konsey Kararının 13. ilkesinde, ilk zarar görenin ağır şekilde yaralanması nedeniyle ancak "sıra dışı" nitelikte duygusal acı hisseden, ilk zarar görenin eşi ve ilk zarar görenin anne ve babasının manevi tazminat talebinde bulunabileceği ifade edilmiştir. Avrupa Konseyi kararının ilk zarar görenin ölümünü düzenleyen 19. ilkesinde ise ölen kişi ile aralarında "yakın duygusal bağlılık" bulunması koşuluyla, ölenin anne ve babasına, eşine, nişanlısına ve çocuklarına da manevi tazminat talep etme hakkı tanınarak, manevi tazminat talebinde bulunabilecek kişiler çevresi genişletilmiştir.

idi. Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin II. fıkrası hükmünde 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zararlar söz konusu olduğunda da zarar görenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.

### **I. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Madde 56/II Düzenlemesi ve Bu Düzenlemeye Esas Olan Gelişmeler**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun bedensel bütünlüğün zedelenmesi ve ölüm halinde manevi tazminat talebini düzenleyen "Manevi Tazminat" kenar başlıklı 56. maddesinin I. fıkrasında "*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*" denildikten sonra,

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin II. fıkrasında, "*Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*" denilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin I. fıkrasında 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzda olduğu gibi "zarar görene" uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödeneceği hükme bağlanmış olup, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat talebi yönünden metinde yapılan sadeleştirme dışında ve zarar görene tazminat olarak sadece bir miktar paranın ödeneceğinin açıkça ifade edilmiş olmasından başka bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

Buna karşılık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin II. fıkrası, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzda bulunmayan yeni bir hükümdür. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bizzat "zarar görene" ve sadece ölüm haline özgü olmak üzere, zarar gören dışında "ölünün ailesi"ne yansıma yoluyla uğradıkları manevi zararın tazmin edilmesini isteme hakkı tanıdığı olan kanun koyucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda sadece ölüm halinde değil, "ağır bedensel zararlarda" da zarar görenin "yakınlarına" manevi tazminat talep etme hakkı tanıdığı ve 818 sayılı BK m. 47 hükmünde, ölüm halinde manevi tazminat talep edebilecek kişiler çevresini "ölünün ailesi" kavramı ile ifade etmişken; 6098 sayılı TBK'nın 56. maddesinde "ölünün ailesi" kavramı yerine zarar görenin veya ölenin "yakınları" kavramına yer vermiştir.

Belirtelim ki her ne kadar 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzun 47. maddesi metninde "ölünün ailesi" kavramına yer verilmiş ise de Türk Hukuk öğretisi<sup>3</sup> ve uygula-

<sup>3</sup> Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Gözden Geçirilip, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2014, s. 282; TEKİNAY, Selahattin, S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.

masında<sup>4</sup> kavramın, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine ve maddenin amacına uygun olarak “yakınları” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmekteydi<sup>5</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine ilişkin olarak, Adalet Komisyonu Raporunda, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan “aile” kavramının içtihat, doktrin ve kaynak ülke uygulaması doğrultusunda “yakınları” olarak düzenlendiği, “yakın” kavramının belirlenmesinde ölen yahut ağır bedensel zarara uğrayanla yakın olduğu iddia olunan kişi arasında düzenli ve yoğun bir ilişkinin ve olay sebebiyle bedellendirilebilecek ağır bir teessürün varlığının gözetileceği ifade edilmiştir<sup>6</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi ile ağır bedensel zararlar söz konusu olduğunda zarar görenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkının tanınmış olması nedeniyle, sadece “yakınları” kavramının değil, Türk Borçlar Kanu-

---

Baskı, İstanbul 1993, s. 660; **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 798; **TANDOĞAN, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara 1961, s. 335; **KARAHASAN, Mustafa, Reşit**, Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 90 vd.; **SAYMEN, Ferit Hakkı**, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940, s. 186-187; **GÜRSOY, Kemal, Tahir**, Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHFED, C. 30, Yıl: 1973, S. 1-4, s. 31; **TAMAN, Şükran**, Beden Tamliğinin İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat (BK. m. 47), İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1984, s. 36; **REİSOĞLU, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014, s. 264; **GENÇ, ARİDEMİR, Arzu**, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008, s. 113; **TUNÇOMAĞ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 505.

<sup>4</sup> Yargıtay kararlarında öğretisi ile paralel şekilde, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde yer alan “ailesi” kavramının “yakınları” olarak anlaşılması gerektiği, manevi tazminatla kimin hak kazandığının belirlenmesi açısından kan ya da sıhri hısımlık ve nafaka yükümlülüğüne ilişkin kurulların bir etkisinin olmadığı, önemli olanın ölen ile davacı arasında içsel ve gerçek anlamda duygusal bağlılığın bulunmasının yeterli olduğu ifade edilmekteydi.“ Bkz. ...Gerek doktrinde gerekse uygulamada baskın görüş olarak (ailesinin) sözünün yakınları şeklinde anlaşılması gerektiği benimsenmiştir... manevi tazminata hak kazanabilmek için herhalde kan veya sıhri hısımlık dahi şart olmayıp nişanlı, evlatlık veya diğer yakınlar da duydukları manevi zararın karşılığını dava edebilirler.” Bkz. Yarg. 4. HD., 5.3.1979, 9973/2900, (**KARAHASAN**, Manevi Tazminat s. 91). Hukuk Genel Kurulunun 25.11.1970 tarihli kararına göre, BK. m. 47' de yer alan “aile” kavramı, “...davacılarla ölen arasında eylemler ve gerçek bir bağlılık ve ilişki bulunan yakınları kapsar... ölüm dolayısıyla ızdırıp ve elem duyan ölenin gerçek yakınları manevi tazminat istemekte haklı olurlar.” Bkz. HGK 25.11.1970, 967/645, (**KARAHASAN**, Manevi Tazminat, s. 91). Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1979 yılında verdiği olduğu kararda, “...Bir kimsenin ölenin yakını olabilmesi için, ölen ile eylemler aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan Aile Hukuku çerçevesinde yakınlık değil duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır.” Bkz. Yarg. 4. HD., 5.3.1979, 9973/2900, (**KARAHASAN**, Manevi Tazminat s. 91).

<sup>5</sup> Türk Hukukunda yakınları kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. **ERLÜLE, Fulya**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015, Beşinci Bölüm, §12, II, D altında yapılan açıklamalara.

<sup>6</sup> **ANTALYA, O. Gökhan**, Sunuşlu, Genel ve Madde Gereğçeli, Adalet Komisyonu Raporu ve TBMM. Tutanakları ile Kaynak ve İlgili Kanun Maddesi, YİBK. ve BGE Atıfı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s. 112.

nu'nun 56. maddesinde ifadesini bulan "ağır bedensel zarar" kavramının da açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira yakınların bu hüküm uyarınca manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri için bedensel zarara uğrayan kişinin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmiş olması gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine ilişkin madde gerekçesinde bu husus, "öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, hâkimin sadece ölüm halinde değil, ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarına, manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği kabul edilmiştir." demek suretiyle ifade edilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine ilişkin olarak Adalet Komisyonu Raporunda ise "ağır bedensel zararın takdirinde" zarara uğrayan organların önemi, uğranılan ruhsal zararın niteliği ve diğer durumlar gözetilecektir denilmiştir<sup>7</sup>.

Görüldüğü üzere ne Türk Borçlar Kanunu'nun 56. madde gerekçesinde ne de maddeye ilişkin Adalet Komisyonu raporunda, ağır bedensel zararlarda zarar görenin yakınlarının manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak ayrıntılı bir açıklamaya yer verilmemiş, madde gerekçesinde sadece öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak hükmün düzenlendiği ifade edilmiştir.

Bu nedenle Türk hukukunda ilk kez ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının manevi tazminat taleplerini düzenleyen TBK m. 56/II hükmünün uygulama alanı ve kapsamının bu düzenlemeye esas olan hukuk öğretisi ve uygulamasındaki gelişmeler, bu bağlamda Avrupa Konseyinin 1975 tarihli Tavsiye Kararında yer alan kriterler, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin II. fıkrasının esinlendiği İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının<sup>8</sup> 45e/III hükmü<sup>9</sup> ve 45e/III hükmünün düzenlenmesinde etkili olan İsviçre Federal

<sup>7</sup> **ANTALYA**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İ. 112.

<sup>8</sup> İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu Ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı hakkında daha fazla bilgi için bkz. **ERLÜLE**, Beşinci Bölüm, §13, III, D altında yapılan açıklamalara.

<sup>9</sup> İsviçre Hukukunda, yakınların manevi zararlarının tazmin edilmesine yönelik reform çabalarının başında gelen İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu Ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının, 45 e maddesi, üç fıkradan oluşmaktadır. Tasarının 45e maddesinin I. fıkrası, manevi tazminatın genel koşullarını belirlerken, II. fıkrası manevi tazminatın türünü düzenlemektedir. Tasarının III. ve son fıkrasında ise ölüm halinde, ölenin yakınlarına tanınan manevi tazminat talep etme hakkının yanında özellikle ağır beden bütünlüğü ihlallerinde bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarına da manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Tasarının madde gerekçelerinde belirtildiği üzere, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinin ölüm halinde yakınların manevi tazminat talebini düzenleyen hükmü aynen korunmuş ancak hükmün Fransızca metninde yer alan ölenin ailesi (famille) ifadesi yerine Almanca metninde olduğu gibi ölenin yakınları (Angehörigen, proches) ifadesine yer verilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde olduğu gibi tasarıda da yakınlar kavramının kapsamına kimlerin dahil olduğu tanımlanmamış, manevi tazminat talep etme hakkına sahip kişiler çevresinin belirlenmesi uygulamaya bırakılmıştır. **WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre**, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts Vorentwurf eines Bundesgesetzes, 2004, s. 10.

Mahkemesi uygulaması ile Türk-İsviçre Hukuk öğreti ve uygulamasında ileri sürülen görüşler çerçevesinde belirlenmesi gerekir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin II. fıkra düzenlemesine esas olan İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı m. 45e/III hükmünde, ölüm halinde ölenin yakınlarına tanınan manevi tazminat talep etme hakkının yanında özellikle ağır beden bütünlüğü ihlalleri söz konusu olduğunda, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarına da manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesinin ilk kez 1986 yılında ağır şekilde yaralanan bir kadının eşi lehine manevi tazminata hükmettiği karar<sup>10</sup> ile birlikte, bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen ilk zarar görenin yakınlarının uğramış oldukları duygusal zararın "sıra dışı bir karaktere" sahip olması koşuluyla tazmin edilmesine imkan tanınmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesinin<sup>11</sup> 1986 yılında vermiş olduğu söz konusu kararda, ağır bedensel zarara uğrayan kadının eşi tarafından ileri sürülen manevi tazminat talebinin kabul edilmesine gerekçe olarak; bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilmiş olan kişiye yakından bağlı olan kişinin kişilik hakkının ihlal edilmiş olması gösterilmektedir<sup>12</sup>. Zira İsviçre Federal Mahkemesine göre, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi (OR Art. 49) çerçevesinde korunan kişisel değerler arasında kişinin yakından bağlı olduğu kişiler ile arasındaki duygusal bağ da yer almaktadır. Federal Mahkemeye göre, yakınların, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine (OR Art. 49) göre ileri sürebilecekleri manevi tazminat talebi bağımsız nitelikte olup ve yakınların kendi kişilik haklarının ihlalinden doğmaktadır<sup>13</sup>. Yine İsviçre Federal Mahkemesine göre, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararın alışılmışın dışında büyük ve yoğun olduğu hallerde, zarar görenin yakınları İsviçre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine (OR Art. 49) dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilirler<sup>14</sup>. Bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi bedensel zarara

<sup>10</sup> BGE 112 II 220 vd., 22.4.1986.

<sup>11</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin bedensel zararlarda yakınların manevi tazminat talebine ilişkin uygulaması hakkında daha fazla bilgi için bkz. **ERLÜLE**, Beşinci Bölüm, §13, III, A altında yapılan açıklamalara.

<sup>12</sup> Bkz. **ERLÜLE**, s. 304.

<sup>13</sup> BGE 123 III 204, aynı yönde BGE 112 II 220 vd., BGE 112 II 226 vd.; Kararlar için bkz. **ERLÜLE**, s. 304-305.

<sup>14</sup> BGE 112 II 220 vd., aynı yönde BGE 117 II 56 E. 3 a; 116 II 520 E. 2c. Federal Mahkemeye göre, bir kişinin beden bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmiş olması, ilk zarar gören yanında onun yakınlarını da çok büyük bir yük altına sokar ve ani bir ölümlle kıyaslandığında bu durumla baş edilmesi daha güçtür. Bu nedenle bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen kişinin yakınlarının duyduğu acı ve keder ancak hayatını kaybeden bir kişinin yakının duyduğu elem ve keder ile aynı yoğunluk ve şiddette ya da ondan daha ağır ise yakınların uğramış oldukları manevi zararın tazmin edilmesi mümkündür. Daha fazla bilgi için Bkz. **ERLÜLE**, s. 304-305.

uğrayan kişinin yakınlarının manevi zararlarının, ancak yakınlar ile zarar gören arasındaki kişisel ilişkilerin, bu durumdan zarar görenin ölmüş olması ile aynı şiddette ya da daha şiddetli biçimde etkilenmiş olduğu hallerde tazmin edilmesine karar vermektedir<sup>15</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesinin anılan içtihadı İsviçre hukuk öğretisinde<sup>16</sup> de kabul görmekte, yakınların uğramış oldukları manevi zararların sadece ilk zarar görenin uğramış olduğu bedensel zararın ağır olduğu, dolayısıyla yakınların yaşam kalitesinin sürekli ve hissedilebilir bir biçimde bu durumdan etkilenmiş olduğu hallerde tazmin edilebileceği kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Böylece ilk zarar görenin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararların ancak onların hissettikleri duygusal acının sıra dışı olması koşuluyla tazmin edileceğine ilişkin Avrupa Konseyi Kararının 13. ilkesi<sup>18</sup> de dikkate alınmış olmaktadır<sup>19</sup>.

İsviçre Hukuk öğretisinde, yakınlarla manevi tazminat verilmesine imkan veren ağır beden bütünlüğü ihlallerinin başında, ilk zarar görenin ağır şekilde sakatlandığı hallerin geldiği kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Buna göre, sadece ağır şekilde sakatlanmış ve bakıma muhtaç hale gelmiş olan kişinin bakımını üstlenen yakınların yaşamları yeni sorumluluklara bağlı olarak radikal bir şekilde değişmektedir. İsviçre hukuk öğretisine göre, uğranılan bedensel zararın ağır olduğunu gösteren bir diğer olgu, ilk zarar görenin koma haline girmesi<sup>21</sup> örneğinde olduğu gibi iletişim yeteneğinin tamamen kaybedildiği hal-

<sup>15</sup> Bkz. BGE 112 II 126 vd., BGE 122 III 7 E. 2a; BGE 123 III 204. Federal Mahkeme bu yaklaşımına gerekçe olarak, kişinin bir yakının ölümünün üstesinden daha kolay gelebilmesini, zira çekilen acı ve üzüntülerin zamanla yok olmasa da hafifleyebilmesine karşılık beden bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen mesela yatağa bağımlı ve bakıma muhtaç hale gelen bir kişinin yakınlarının hem o kişiye göstermek zorunda oldukları özel bakımı hem de her gün yüz yüze gelerek yeniden yaşadıkları trajik olayla baş etmelerindeki güçlüğü göstermektedir. Bkz. BGE 112 II 223 E. 2c; ayrıca bkz. BGE 108 II 433 E. 5; Kararlar için Bkz. **ERLÜLE**, s. 305.

<sup>16</sup> İsviçre Öğretisinde ağır bedensel zararlarda yakınların manevi tazminat talebine ilişkin olarak ileri sürülen görüşler hakkında daha fazla bilgi için bkz. **ERLÜLE**, Beşinci Bölüm, §13, III, B altında yapılan açıklamalara.

<sup>17</sup> **PFLÜGER, Stephanie**, Schmerzensgeld für Angehörige, Bielefeld 2005, s. 169 -170; **KELLER, Alfred**, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998, s. 164; **HÜTTE, Klaus**, Genugtuungsrecht im Wandel, SJZ 1988, s. 174 vd. ; Bkz. **ERLÜLE**, s. 306.

<sup>18</sup> Avrupa Konseyi Kararının 13. ilkesinde, yakınların manevi tazminat taleplerini kabul eden ülkelerin uygulamasına bakıldığında, genellikle ilk zarar görenin çok büyük acılar çekmesine ve sağlık durumunun geri dönülmez şekilde bozulmasına neden olacak derecede ağır zararların ortaya çıktığı hallerde manevi tazminata hükmedildiğine işaret edilmektedir. Ayrıca bkz., **BEISTEINER, Lisa Barbara**, Angehörigenschmerzensgeld, Der Ersatz von Schock- und Trauerschäden bei Tötung oder Schwerverletzung naher Angehöriger, Wien 2009, s. 50.

<sup>19</sup> **PFLÜGER**, s. 169; **ERLÜLE**, s. 306.

<sup>20</sup> **OFTINGER, Karl/STARK, Emil, W.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, s. 449; **PFLÜGER**, s. 169; daha fazla bilgi için bkz. **ERLÜLE**, s. 305-308.

<sup>21</sup> BGE 117 II 60 vd.

lerdir. Nitekim uygulamada Federal Mahkeme, yakınlar lehine manevi tazminata, ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün omurilik felci, impotans (iktidarsızlık)<sup>22</sup> ya da ağır beyin hasarı<sup>23</sup> örneklerinde olduğu gibi ağır şekilde ihlal edildiği hallerde hükmetmektedir.

İsviçre Hukuk öğretisinde, yakınlar lehine manevi tazminata hükmedilebilmesi için sadece ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmiş olmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda manevi tazminat talebinde bulunan yakının, ilk zarar gören ile uzunca bir süredir aynı evde yaşaması ya da yakının ilk zarar görenin bakımını üstlenmiş olması gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>24</sup>. Bu yaklaşım, aile üyelerinden birisinin ağır şekilde yaralanması durumunda, sadece ilk zarar görenin eşi ile anne ve babasının manevi tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin Avrupa Konseyi Kararınının 13. ilkesi ile de örtüşmektedir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, ilk zarar görenle aynı evde yaşayan çocukların ve kardeşlerin manevi tazminat taleplerini kabul ettiği gibi<sup>25</sup>; karısı ağır şekilde yaralanan ve evde değil de bir bakım evinde kalmakta olan davacı kocanın manevi tazminata talebini kabul etmiştir<sup>26</sup>.

İsviçre Hukukunda yukarıda anılan gelişmeler yaşanırken, Hukukumuz bakımından mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine karşılık gelen 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzun 47. maddesinde bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiye ve sadece ölüm halinde ölenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanınmış olması, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiden başka yansıma yoluyla zarara uğrayan yakınların da manevi tazminat talep etme hakkına sahip olup olmadıkları hususunda, Türk Hukuk öğretisinde de farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur<sup>27</sup>.

Türk Hukuk öğretisinde bir görüş, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde yakınların yansıma yoluyla uğramış oldukları manevi zararın sadece ölüm halinde tazmin edildiğini, diğer hallerde hukuka aykırılık bağı bulunmadığı için manevi tazminat talep edilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>28</sup>. Bu görüşe göre, 818 sayılı

<sup>22</sup> Kocası bir kaza sonucunda iktidarsız hale gelen kadının manevi tazminat talebi için bkz. BGE 112 II 227 E. 3.

<sup>23</sup> Erkek kardeşi bir trafik kazası neticesinde ağır bir beyin hasarına uğrayan kız kardeşin manevi tazminat talebi için bkz. BGE 118 II 409 E. 3cc.

<sup>24</sup> PFLÜGER, s. 171; WILDHABER, Patricia, Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzensgeld, Unter Berücksichtigung des liechtensteinischen, schweizerischen und österreichischen Rechts, Diss., Zürich 1999, s. 67; bkz. ERLÜLE, s. 308-309.

<sup>25</sup> BGE 125 III 419 vd.; BGE 118 II 409.

<sup>26</sup> BGE 112 II 120.

<sup>27</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde bedensel zararlarla yakınların manevi tazminat talebine ilişkin olarak Türk Hukuk öğretisinde ileri sürülen görüşler hakkında daha fazla bilgi için bkz. ERLÜLE, s. 315-319.

<sup>28</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009.s. 682-683.



Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmünün koruma amacının kapsamına sadece ölüm halinde ölenin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararlar girer, bedensel bütünlüğü ihlal edilmiş olan kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararlar girmez; dolayısıyla hukuka aykırılık bağı mevcut olmadığı için yakınların uğramış oldukları manevi zararlar tazmin edilemezler.

Türk Hukuk öğretisinde bir diğer görüş, bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının ruhsal sarsıntı ya da sinir krizi geçirmeleri halinde onlara da manevi tazminat talep etme hakkının tanınması gerektiğini savunmaktadır<sup>29</sup>. Bu görüşte olan yazarlardan EREN'e göre, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin bu durumu onun yakınlarının ruh sağlığının bozulmasına, ruhsal bütünlüklerinde bir eksilmenin meydana gelmesine neden olmuşsa gerçekleşen bu zararın uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı içinde bulunması koşuluyla doğrudan doğruya manevi zarar kabul edilerek tazmin edilmesi gerekir<sup>30</sup>. Zira 818 Sayılı BK'nın 47. maddesi kapsamında korunan beden bütünlüğünün kapsamına kişinin sadece fiziki bütünlüğü ve sağlığı değil, ruhsal bütünlüğü ve sağlığı da dahildir<sup>31</sup>.

Türk Hukuk öğretisinde HATEMİ önceleri kural olarak, bedensel bütünlüğün ihlali durumunda sadece bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat talep edebileceğini, ancak bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi ile manevi bütünlüğü ağır şekilde zarara uğramış olan kişi arasındaki özel yakınlık, bu kişinin de aynı eylem nedeniyle manevi bütünlük değerinin ağır şekilde ihlal edildiğini gösteriyorsa, onun tedavi masrafları nedeniyle maddi tazminat talep edebileceğini savunmuştur<sup>32</sup>. Daha sonra görüş değiştiren yazara göre<sup>33</sup>, bazı manevi yansıma zararlarının tazminini mümkün kılacak ve hakkaniyet ilkesine dayanan bir istisna kuralı getirilebilir örneğin, BK m. 47 (TBK m. 56) hükmü uyarınca, yakın kavramına giren bir kişinin ırza yönelik tecavüzler neticesinde tedavi masrafı ve kazanç kaybı zararı ortaya çıkmışsa, söz konusu maddi zararın tazmini istenebilir ve bu gibi hallerde "ağır yansıma zararı" kanıtlanmış olduğu için hakim bu maddi tutara hakkaniyet ilkesine göre uygun bir manevi tazminat eklemesi de düşünülebilir.

Türk Hukuk Öğretisinde BURCUOĞLU<sup>34</sup> ise, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinin kapsamının genişletilmesi yerine, "aileye bağlılık" kavramının kişilik

<sup>29</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 659; **EREN**, Borçlar Genel, s. 764.

<sup>30</sup> **EREN**, Borçlar Genel, s. 764.

<sup>31</sup> **EREN**, Borçlar Genel, s. 764.

<sup>32</sup> **HATEMİ, Hüseyin**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, II. Cilt, İstanbul 1998, § 10, N. 14.

<sup>33</sup> **HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 170-171.

<sup>34</sup> **BURCUOĞLU, Haluk**, (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku), s. 659, dpn. 3c.

değerleri içerisine dahil edilmesi gerektiğini, böylece örneğin, baba ile oğul arasındaki bağ, babanın kişilik değerlerine dahil edilerek; babanın ruhsal sarsıntı geçirmesi halinde manevi zararın yansıma yolu ile değil, doğrudan babanın şahsında gerçekleşmiş olacağını ileri sürmüştür. Yazara göre, bu çözüm yolu kabul edildiği takdirde manevi tazminat istemi, BK m. 47 hükmüne değil BK m. 49 hükmüne dayandırılacaktır.

## II. Yargıtay'ın 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Yürürlükte Olduğu Dönemde Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebin İlişkin Uygulaması

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzun 47. maddesinde bizzat bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiye ve sadece ölüm halinde ölenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştı. Ancak uygulamada Yargıtay, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarına manevi tazminat talep edebilecek kişiler arasında yer verilmemiş olmasına rağmen; bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının da aynı fiil nedeniyle kişisel haklarının doğrudan doğruya ağır biçimde ihlal edildiği, işlenen haksız fiilin aynı zamanda bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarını da doğrudan doğruya zarara uğrattığı hallerde yakınların da manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmekteydi. Zira Yargıtay'a göre bu durumda haksız fiil ile zarar arasında uygun neden sonuç bağı mevcuttur ve bedensel bütünlüğün ihlaline bağlı olarak yakınların ruh tamlığının geçici ya da devamlı olarak kaybedildiği hallerde yakınlar da manevi tazminat talep edebilirler, çünkü cismani zarar kavramının kapsamına ruhsal bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi haller girmektedir<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> “...Beden bütünlüğü ihlal edilenin yakınlarının manevi tazminat dileklerinin benimsenmesi için yaralama olayı nedeniyle gerçekten kişisel yararları, hakları doğrudan doğruya ağır biçimde haledar olmasına, bu yüzden üzüntüye uğramış olmalarına bağlıdır. Diğer bir deyimle çocuğa karşı işlenmiş olan haksız eylem aynı zamanda cismani tamamıyeti ihlal edilen kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğramalarına neden olmuşsa, o takdirde yakınların da manevi tazminat istemeleri mümkündür. Çünkü bu takdirde eylemle uygun neden sonuç bağı var demektir. Örneğin bir çocuğun beden bütünlüğünün ihlali sonucu, bu olayın etkisiyle ana ya da baba veya kardeşleri vs. asabi bir buhran, bir ruhi sarsıntı geçirir, bu yüzden hastalanır ve böylece ruh tamlığını geçici ya da devamlı olarak kaybederse bu kişinin de manevi zarar isteme hakkı vardır. Çünkü BK. nun 46. maddesindeki cismani zarar kavramına ruhi tamamıyeti ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği genellikle kabul edilmektedir. (H. Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1983, s. 6 vd.) Ancak davacı baba böyle bir iddia ileri sürmediği gibi böyle bir yönde sabit olmuş değildir. O halde mahkemenin olayda baba yararına manevi tazminata hükmetmiş olması ve ayrıca da karar yerinde babaya ne miktar manevi tazminata hükmettiğini belirtmemiş olması bozmayı gerektirir.” (Yarg. 4. HD., 30.1.1980, 12529/1014; aynı yönde Yarg. 4. HD., 12.9.1978, 8220/9728; Yarg. 4. HD., 25.5.1978, 9470/6992; Yarg. 4. HD., 12.12.1977, 1554/11814) (KARAHASAN, Manevi Tazminat, s. 80-81). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 12.5.1978 tarihli kararında da, çocuğun gözünü yitirmesi olayının babanın ruhsal tamlığında sarsıntı doğuracağını ve bunun tüm yaşamı boyunca süreceğini belirterek, baba lehine manevi tazminata hükmetmiştir. Yarg. 4. HD., 12.5.1978, 1413/6476) Bkz. (KARAHASAN, Manevi Tazminat, s. 83).

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2.12.1987 tarihinde vermiş olduğu ilke kararında<sup>36</sup> “...*Cismani zarar vücut bütünlüğüne karşı ika edilen zararları ifade eder; vücut bütünlüğü denince de kuşkusuz ruhsal bütünlükte bu kavramın içerisinde müta-laa edilmelidir. O halde olay nedeniyle doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan çocuğun babası ruhsal sağlığı ağır şekilde bozularak şok geçirip tedavi olmak zorunda kalmışsa illiyet bağı gerçekleşmiş sayılacağından BK. nun 47. maddesine dayanarak mane-ve tazminat isteyebilir. olayda davacı çocuğunun geçirdiği kaza dolayısıyla böyle bir zarara maruz kaldığını iddia ve ispat etmiş değildir. Bu nedenlerle mahkemece Hukuk genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.*” demek suretiyle, yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur<sup>37</sup>.

Yargıtay, 1987 yılında vermiş olduğu Hukuk Genel Kurulu kararının ardından 26.4.1995 tarihinde vermiş olduğu Hukuk Genel Kurulu kararı<sup>38</sup> ile sadece fiziksel bütünlüğü ihlal edilen kişinin değil; aynı eylem neticesinde ruhsal bütünlüğü ihlal edilerek doğrudan doğruya zarara maruz kalan yakınların da manevi tazminat talep edebileceklerini öğretide ileri sürülen görüşlere ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına atıfta bulunmak suretiyle kabul etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.4.1995 tarihinde vermiş olduğu ilke kararında, “...*Cismani zarar kavramına, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre, eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de (aynı eylem) nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağ-lık bütünlüğü ağır şekilde haleldar olmuşsa onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle onların da ihlal edilen normun (BK m. 47) koruma amacı içinde bulduklarının (Hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin) kabulü gere-kir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur.*” demek suretiyle bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararı doğrudan doğruya zarar kapsamında değerlendirmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1995 yılında vermiş olduğu ilke kararının deva-mında, “...*henüz sekiz aylık olan davacıların oğulları Erkan, çok ağır şekilde yaralan-mış, hastanede iki aylık tedavisi esnasında iki defa ameliyat edilmesine rağmen iyileşe-memiş ve 3-4 sene sonra yeniden ameliyatının gerektiğinin bildirilmiş olduğu (dosyadaki belgeler ve özellikle durumunu gösteren fotoğrafları ile) anlaşılmaktadır. Çocuklarının*

<sup>36</sup> Yarg. HGK., 2.12.1987, 4-214/894 (KARAHASAN, Manevi Tazminat, s. 82).

<sup>37</sup> Aynı yönde Yarg. 4. HD., 22.2.1988, 9373/1269 (KARAHASAN, Manevi Tazminat, s. 82-83).

<sup>38</sup> Yarg. HGK., 26.4.1995, 11-22/430. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

*bu derece ağır vücut bütünlüğünün ihlali olayının davacılar ana ve babanın gözleri önünde cereyan etmesi, küçüğün geçirdiği ameliyatlar ve henüz tedavi edilememesi gibi durumlar hep birlikte gözetildiğinde; onun çok yakını olan davacıların ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün (davaya konu haksız eylem sebebiyle) ağır şekilde ihlal edildiği kabul edilmelidir.” demıştır.*

Görüldüğü üzere, Yargıtay 26.4.1995 tarihli ilke kararında yakınların manevi zararlarının ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde tazmin edilebileceğini, zira sadece bedensel zararın ağır olduğu hallerde, ilk zarar görenin ana, baba, karı, koca gibi çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle BK. m. 47 hükmünün koruma amacının kapsamına giren ruhsal bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edilmiş olabileceğini ifade etmiştir.

Yargıtay 26.4.1995 tarihli ilke karardan sonra verdiği kararlarda da yakınların manevi zararlarının sadece ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde BK m. 47 uyarınca tazmin edilebileceğini kabul etmiş<sup>39</sup>, ilk zarar görenin uğramış olduğu bedensel zararın hafif olduğu hallerde ise reddetmiştir<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Yargıtay'ın ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün “ağır şekilde” ihlal edilmiş olmasını aradığı kararına konu olan dava, kocanın geçirdiği iş kazası sonucu %100 iş göremez duruma gelmesi nedeniyle davacı kadının tazminat isteğine ilişkindir. Kararda “... 25 yaşında ve henüz iki yıllık evli olan davacının kocası İ.'nin geçirdiği iş kazası sonucu felç olarak, ömür boyu başkasının bakımına muhtaç yatalak hale geldiği, iş göremezlik oranının %100 olduğu dosyadaki bilgi ve belgeler ve özellikle fotoğraflardan anlaşılmaktadır. Kocasının bu derecede ağır vücut bütünlüğü ihlali olayının davacı kadının gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlal edildiği kabul edilmelidir.” denilmiştir. Yarg. 21. HD., 8.12.1997, 8067/8106 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün “ağır şekilde” ihlal edilmiş olmasını aradığı bir başka Kararında, “...19 yaşında ve henüz 1 yıllık evli olan davacının kocası R.'nin geçirdiği iş kazası sonucu felç olarak ömür boyu başkasının bakımına muhtaç yatalak hale geldiği iş göremezlik oranının %100 olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Kocasının bu derece ağır vücut bütünlüğü ihlali olayın davacı kadının gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlal edildiği kabul edilmelidir.” denilmiştir. Yarg. 21. HD., 27.10.2004, 8116/9009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>40</sup> Yargıtay'ın yaralanmanın derecesini dikkate alarak, davacı babanın manevi tazminat talebini reddettiği kararında, “... manevi tazminata hükmedilebilmesi için çocuğun yaralanma derecesi (hayati tehlike geçirip geçirmediği, ameliyat olup olmadığı, sakat kalıp kalmadığı gibi tıbbi hususlar), bu yaralanma nedeniyle ebeveynin üzülmeye derecesi (şok geçirip geçirmediği, ruhsal tedavi görüp görmediği, insan yaşamının doğası) ve BK.'nun 49. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususları önem taşımaktadır. Somut olayda küçük E.'nin ayağının üzerinden araç lastiği geçtiği, cilt ve cilt altında doku yarası bulunduğu, kırık bulunmadığı, 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı ceza dosyası içeriğinden anlaşılmaktadır. Dosyadaki bilgi, belge ve açıklamalar ile yukarıda açıklanan ölçütler ve özellikle küçüğün yaralanma derecesi ele alınıp değerlendirildiğinde davacı babanın manevi tazminat isteminin BK'nun 49. maddesindeki koşullara uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. “ Yarg. 4. HD., 17.09.2001, 4012/8028 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın 19.2.2002 tarihli kararında, “...8.11.1997 tarihinde 16 yaşında olan davacı Hamit'in geçirdiği iş kazası sonucu sağ kolunun koştığı 45 gün iş ve gücünden kalır şekilde ve %25.20 oranında işgöremezliğe uğradığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. İş göremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre Hamit ağır bir cismani zarara uğra-

1998 yılına gelindiğinde, İsviçre Federal Mahkemesinin uygulamasından ve öğretilere ileri sürülen bir görüşten<sup>41</sup> etkilenen Yargıtay, 1.4.1998 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı<sup>42</sup> ile zarar görenin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararın tazmin edilebilmesi için onların ruhsal ya da asabi sağlık bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edilmiş olmasını aramaksızın; yakınların manevi tazminat taleplerini, BK. m. 49 kapsamında korunan “duygusal değerlerin” ihlal edilmiş olmasından hareketle, BK.m. 49 hükmüne dayandırmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1.4.1998 tarihinde vermiş olduğu ilke kararında, “... BK'nın 47. maddesinin anlatım ve amacı itibarıyla zarara görenin ancak ölümü halinde yakınlarına manevi tazminat ödenmesini öngörüldüğüne göre, anılan maddenin bu olayda uygulama alanı bulamadığı açıktır. Şu durumda sorunun, çözümünde başkaca bir yasal dayanağın olup olmadığı araştırılmak gerekir. Genel bir nitelik taşıyan BK. nun 49. maddesi, kişilik hakkına saldırı halinde manevi tazminata hükmedilmesini hüküm altına almıştır. Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu ve bunların fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğine somut olaydaki duruma göre, davacıların çocuğunun yaralanmasının duygusal değerlere saldırı kapsamı içine girip girmediği konusu üzerinde durulmak gerekir. Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar bizzat kişinin şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda BK. nun 49. maddesindeki düzenleme itibarıyla, kişinin bizzat değil de yakınlarının (karı koca ana baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağının zarar gördüğünün kabulü gerekir.” denilmiştir<sup>43</sup>.

---

namıştır. Hal böyle olunca Davacılar Cemile, Süreyya ve Süleyman'ın ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir. Yarg. 21. HD., 19.2.2002, 991/1278 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>41</sup> Türk Hukuk Öğretisinde bir görüş, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinin kapsamının bu şekilde genişletilmesi yerine, “aileye bağlılık” kavramının kişilik değerleri içerisine dahil edilmesi gerektiğini, böylece örneğin, baba ile oğul arasındaki bağ, babanın kişilik değerlerine dahil edilerek; babanın ruhsal sarsıntı geçirmesi halinde manevi zararın, yansıma yolu ile değil, doğrudan babanın şahsında gerçekleşmiş olacağını ileri sürmüştür. Yazara göre bu çözüm yolu kabul edildiği takdirde manevi tazminat istemi, BK m. 47 hükmüne değil BK m. 49 hükmüne dayandırılacaktır. **BURCUOĞLU, Haluk**, (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku), s. 659, dpn. 3c.

<sup>42</sup> Yarg. HGK., 1.4.1998, 4-251/265. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>43</sup> 1.4.1998 tarihli ilke kararının verilmesinden bir süre sonra Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, davacı babanın trafik kazasında ağır yaralanan ve yüzlerinde sabit iz kalan kızlarının yaralanmasından dolayı istemi olduğu manevi tazminat talebinin reddine ilişkin hükmün temyiz edilmesi üzerine “...Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu ve bunların fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğine somut olaydaki duruma göre, davacıların yakınının yaralanmasının duygusal değerlere saldırı

Yargıtay 1.4.1998 tarihli ilke kararından sonra verdiği kararlarda da yakınların manevi zararlarının sadece ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde BK m. 49 uyarınca tazmin edilebileceğini kabul etmiş<sup>44</sup>, ilk zarar görenin

kapsamı içine girip girmediği konusu üzerinde durulmak gerekir. Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar bizzat kişinin şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda BK. nun 49. maddesindeki düzenleme itibarıyla, kişinin bizzat değil de yakınlarının (karı koca ana baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağının zarar gördüğünün kabulü gerekir. Somut olayda, davacı babanın çocukları S. ve C. trafik kazası sonucu ağır yaralanmışlar, tedavi görmüşler, bu aşamada iki kız çocuğunun yüzlerindeki yaralar sabit eser görüntüsü verecek biçimde iz bırakmıştır. Çocukların yüzlerindeki yaraların bu düzeyde olması ve bu izleri ailenin tüm yaşamları boyunca izlemek zorunda kalmaları Borçlar Kanununun 49. maddesinin koyduğu duygusal kişilik değerlerine saldırı teşkil eder. Aile içinde babanın çocuğunun yüzüne her bakışında üzüntü duyması kaçınılmazdır.” demek suretiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yarg. 4. HD., 14.5.1998, 9223/3428 (**KARAHASAN**, Manevi Tazminat, s. 364).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 31.3.2010 tarihinde vermiş olduğu kararda, “...Borçlar Yasasının 49. maddesindeki düzenleme gereğince, kişinin doğrudan kendisinin değil de karı koca, ana baba, çocuklar ve kardeşler gibi yakınlarının ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda, aile birliği içinde korunması gereken sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğünün kabul edilmesi gerekir.(...) olayın gelişim biçimi, yaralanmanın derecesi ve davalının eyleminin silahtan sayılan bıçak ile yaşamsal bölgeye yönelik olması gözetildiğinde, davacılar anne Ümmühan ile baba Ramazan'ın sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğü kabul edilmelidir. “ denmiştir. Yarg. 4. HD., 31.3.2010, 7006/3708 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Buna karşılık Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, ömür boyu sürecek bir üzüntüye yol açacak biçimde kalıcı sakatlık ve ağır bir yaralanma söz konusu olmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin manevi tazminata hükmettiği kararını bozmuştur. Yargıtay 4. (çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağının zarar gördüğünün kabulü gerekir. Somut olayda, davacı babanın çocukları S. ve C. trafik kazası sonucu ağır yaralanmışlar, tedavi görmüşler, bu aşamada iki kız çocuğunun yüzlerindeki yaralar sabit eser görüntüsü verecek biçimde iz bırakmıştır. Çocukların yüzlerindeki yaraların bu düzeyde olması ve bu izleri ailenin tüm yaşamları boyunca izlemek zorunda kalmaları Borçlar Kanununun 49. maddesinin koyduğu duygusal kişilik değerlerine saldırı teşkil eder. Aile içinde babanın çocuğunun yüzüne her bakışında üzüntü duyması kaçınılmazdır.” demek suretiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yarg. 4. HD., 14.5.1998, 9223/3428 (**KARAHASAN**, Manevi Tazminat, s. 364).

<sup>44</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 31.3.2010 tarihinde vermiş olduğu kararda, “...Borçlar Yasasının 49. maddesindeki düzenleme gereğince, kişinin doğrudan kendisinin değil de karı koca, ana baba, çocuklar ve kardeşler gibi yakınlarının ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda, aile birliği içinde korunması gereken sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğünün kabul edilmesi gerekir.(...) olayın gelişim biçimi, yaralanmanın derecesi ve davalının eyleminin silahtan sayılan bıçak ile yaşamsal bölgeye yönelik olması gözetildiğinde, davacılar anne Ümmühan ile baba Ramazan'ın sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğü kabul edilmelidir. “ denmiştir. Yarg. 4. HD., 31.3.2010, 7006/3708 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

uğramış olduğu bedensel zararın hafif olduğu hallerde ise reddetmiştir<sup>45</sup>.

Öte yandan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın bedensel zarara uğrayan kişinin yanında kimler lehine manevi tazminata hükmettiğine bakacak olursak; Yargıtay'ın, 1995 tarihli ilke kararında<sup>46</sup>, ilk zarar görenin yanında, aynı fiil nedeniyle 818 sayılı BK m. 47 kapsamında korunan ruhsal bütünlükleri ağır şekilde ihlal edilen, ilk zarar görenin ana, baba, karı, koca gibi çok yakınlarının da BK m. 47 hükmüne dayanarak, manevi tazminat talep edebileceklerini kabul ettiğini görürüz. Yargıtay bu karardan bir süre sonra 1998 tarihinde vermiş olduğu ilke kararında<sup>47</sup> da bu sefer, ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmesi nedeniyle, kendi bedensel ve ruhsal bütünlüklerinde bir zarara uğramamış olsalar bile, karı, koca, ana, baba ve çocuklar gibi yakınların, BK m. 49 kapsamında korunan duygusal değerlerinin ihlal edilmiş olmasından ötürü manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmiştir.

### III. Yargıtay'ın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebin İlişkin Uygulaması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından, ölenin yakınları yanında ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarına da manevi tazminat talep etme imkanı tanıyan, TBK m. 56/II hükmüne ilişkin Yargıtay uygulamasına baktığımızda, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2013 yılında, 14.1.2013, 1.4.2013 ve 30.9.2013, ve 2014 yılında 3.4.2014 tarihli kararları verdiğini görürüz.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 2012 yılında yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin Türk Borçlar Kanunu m. 56/II'ye ilişkin olarak 2013 yılında vermiş olduğu 14.1.2013, 1.4.2013 ve 30.9.2013 tarihli her üç kararda<sup>48</sup> öncelikle , “...*Kural olarak bedensel zarar nedeniyle tazminat isteminde bulunma*

<sup>45</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, ömür boyu sürecek bir üzüntüye yol açacak biçimde kalıcı sakatlık ve ağır bir yaralanma söz konusu olmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin manevi tazminata hükmettiği kararını bozmuştur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16.1.2003 tarihinde vermiş olduğu söz konusu kararda, “...somut olaya bakıldığında davacının eşinin 1 hafta iş ve güçten kalacak, hayati tehlike geçirmeyecek derecede yaralandığı görülmektedir. Bu durumda yukarıda açıklanan koşulların kanıtlanmadığı eş yönünden ömür boyu sürecek bir üzüntüye yol açacak biçimde kalıcı sakatlık ve ağır bir yaralanmanın söz konusu olmadığı, bir anlık heyecan ve geçici üzüntülerin BK.nun koruduğu değerler bakımından kişilik haklarına saldırı teşkil edecek düzeyde bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda davacının eşinin yaralanmasından dolayı manevi tazminata hükmedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” denmiştir. Bkz. Yarg. 4. HD., 16.1.2003, 10386/322 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>46</sup> Yarg. HGK., 26.4.1995, 11-22/430 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>47</sup> Yarg. HGK., 4-251/265 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>48</sup> Bkz. Yarg. 4. HD., 14.1.2013, 1528/176; Yarg. 4. HD.'nin 1.4.2013 tarih ve 6929/5974 sayılı kararı ile 30.9.2013 tarih ve 17125/15375 sayılı kararları (UYAP).

*hakki zarar görene aittir. (Mülga BK m.47, TBK m.56). Diğer yandan, kişisel hakları zarara uğrayanların da tazminat talep hakları vardır. (Mülga BK m.49, TBK m.58). Burada kural olarak, doğrudan doğruya zarar görme koşulu söz konusudur. Ancak kişilik değerlerinin kapsam ve çevresi, hayatın olağan akışına yerleşik değer yargılarına ve yaşam deneyi kurallarına dayalı olarak belirlenmelidir. Bir kimsenin beden ve ruh tamlığının ihlali sonucunda, onun yakınlarının da korunan varlıkları doğrudan zarara uğramış olabilir. Mülga BK m. 49, TBK m. 58 hükmü genel bir düzenleme olup; öngördüğü koşullar gerçekleştiğinde, ruhsal uyum ve dengesi sarsılanın, kişilik değerlerine saldırı nedeniyle manevi tazminat isteyebilmesi olanağı vardır. Ailenin, kişisel değerler arasında önemli ve üstün bir yeri vardır ve kişilik hakkı aile ilişkilerini de kapsar.” “...Yargısal içtihatlar ile kabul edilen bu hususu yasa koyucu, 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK'nun 56/2. maddesi ile; bedensel bütünlüğün saldırıya uğraması durumunda sadece saldırıya uğrayan kişi için değil, onun “yakınlarının” da bu saldırının ağır olması koşulu ile manevi zararlarının tazmin edilebilmesini kabul ederek yasal bir düzenlemeye kavuşturmuştur.” denilmiştir.*

Görüldüğü üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından TBK m. 56/II'ye ilişkin olarak vermiş olduğu her üç kararda Yargıtay, 818 sayılı BK'nın yürürlükte olduğu dönemde 1998 tarihli HGK<sup>49</sup> ve Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin müstekar kararlarında<sup>50</sup> benimsemiş olduğu, kişinin ailesine karşı hissettiği “duygusal bağ”ın TBK m. 49 uyarınca kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel değerler arasında yer aldığı hususunu “...Ailenin, kişisel değerler arasında önemli ve üstün bir yeri vardır ve kişilik hakkı aile ilişkilerini de kapsar (...)” demek suretiyle ifade etmiş ve içtihatlar ile benimsenen bu durumun, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun m. 56/II hükmünde yasal olarak düzenlendiğini ifade etmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14.1.2013 tarihinde vermiş olduğu karara<sup>51</sup> konu

<sup>49</sup> Yarg. HGK., 1.4.1998, 4-251/265, “...Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar bizzat kişinin şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda BK. nun 49. maddesindeki düzenleme itibariyle, kişinin bizzat değil de yakınlarının (karı koca ana baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağının zarar gördüğünün kabulü gerekir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>50</sup> Yarg. 4. HD., 14.5.1998, 9223/3428 (KARAHASAN, Manevi Tazminat, s. 364); Yarg. 4. HD., 31.3.2010, 7006/3708 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>51</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 14.1.2013 tarihinde vermiş olduğu kararda, “...davacılarından N.K'nın kazaya bağlı sağ humerus kırığı nedeniyle hayati tehlike geçirmediği anlaşılmış ise de şahsın ancak 45 günde iyileşebildiği, diğ kaybı yaşadığı, yüzünde sabit eser niteliğinde yara izi kaldığı anlaşılmaktadır. Yaralanmanın belirlenen niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi göz önünde tutulduğunda adı geçenin anne ve babası olan diğer davacıların da olay nedeniyle kişilik değerlerinde eksilme duygusu yaşadığı tecrübe kuralları ile sabit olup; bu bakımdan ayrıca bir kanıtlama yükümlülüğü altında bulunmadıkları benimsenmelidir”. Dosya kapsamından, davacılarından N.K'nın kazaya bağlı sağ



olan uyuşmazlık, trafik kazasına dayalı haksız fiil nedeniyle bedensel zarara uğrayan davacının anne ve babasının manevi tazminat taleplerine ilişkindir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, trafik kazası neticesinde, sağ kol kırığı nedeniyle hayati tehlike geçirmeyen, diş kaybı yaşayan, yüzünde sabit eser niteliğinde yara izi kalan ve 45 günde iyileşen davacının anne ve babası yararına da manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini, yaralanmanın belirlenen niteliği ile buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi dikkate alındığında, davacının anne ve babasının da bu olay nedeniyle kişilik değerlerinde eksilme duygusu yaşadıklarının tecrübe kurallarıyla sabit olduğunu bu nedenle onların ayrıca bir kanıtlama yükümlülüğü altında bulunmadıklarını ifade etmiş ve bedensel zarara uğrayan davacının anne ve babasının manevi tazminat taleplerinin reddine ilişkin yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin söz konusu kararında da açıkça ifade edildiği üzere, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınları lehine TBK m. 56/II uyarınca manevi tazminata hükmedilebilmesi için ilk zarar görenin uğramış olduğu bedensel zararın ağır olması gerekir. Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi ile yakınları arasındaki “duygusal bağ” kişilik hakkı kapsamında korunan değerler arasında yer almakta, yakınların manevi tazminat taleplerinin temelini de bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi ile manevi tazminat talebinde bulunan yakınlar arasındaki “duygusal bağın” ihlali oluşturmaktadır. Ancak yakınların TBK m. 58 (BK m.49) kapsamında korunan “duygusal bütünlük değerlerinin” ihlal edildiğini söyleyebilmemiz için ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmiş olması gerekir. Nitekim Yargı kararları ile kabul edilen bu durum, 6098 sayılı TBK'nın 56/II. maddesi ile yasallaşmıştır. Buna göre ilk zarar görenin uğramış olduğu ihlal o derece ağır olmalıdır ki zarar gören ile yakınlar arasındaki kişisel ilişkinin bu durumdan sürekli ve ciddi şekilde etkilenmiş olması ya da radikal bir şekilde değişerek tamamen başka bir şekle bürünmüş olması gerekir. Bu ise ancak bedensel bütünlüğün ağır şekilde ihlal edildiği örneğin, ilk zarar görenin ağır şekilde sakatlandığı, ömür boyu felç kalarak yakınların bakımına muhtaç hale geldiği, komaya girdiği ya da iktidarsız hale geldiği hallerde söz konusu olur. Çünkü sadece bu gibi hallerde, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının yaşamları ihlalin

---

humerus kırığı nedeniyle hayati tehlike geçirmediği anlaşılmış ise de şahsın ancak 45 günde iyileşebileceği, diş kaybı yaşadığı, yüzünde sabit eser niteliğinde yara izi kaldığı anlaşılmaktadır. Yaralanmanın belirlenen niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi göz önünde tutulduğunda adı geçenin anne ve babası olan diğer davacıların da olay nedeniyle kişilik değerlerinde eksilme duygusu yaşadığı tecrübe kuralları ile sabit olup; bu bakımdan ayrıca bir kanıtlama yükümlülüğü altında bulunmadıkları benimsenmelidir. (...) davacı anne ve baba yararına da uygun tutarlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, tazminat miktarının tayininde etkili olabilecek hususlar nazara alınarak yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, onların manevi tazminat istemlerinin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” demiştir. Bkz. Yarg. 4. HD., 14.1.2013, 1528/176 (UYAP).

ağırlığına bağlı olarak değişmekte ve onların kendi kişilik hakları üzerinde doğrudan etkili olmaktadır.

Oysa Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14.1.2013 tarihinde vermiş olduğu karara konu olan olayda davacı, hayati tehlike taşımayan sağ kol kırığı neticesinde 45 gün içerisinde iyileşerek tedavi edilmiştir. Davacının uğramış olduğu yaralanmanın niteliği yakınların yaşamlarını sürekli ve ciddi şekilde etkileyecek nitelikte değildir. Bu nedenle Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin söz konusu yaralanmanın niteliğini “ağır bedensel zarar” kapsamında değerlendirmesi yerinde olmamıştır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 14.1.2013 tarihinde vermiş olduğu karardan kısa süre sonra vermiş olduğu, 1.4.2013 ve 30.9.2013 tarihli kararlarda<sup>52</sup> da yakınların manevi tazminat taleplerini reddeden yerel mahkeme kararlarını bozarak, ilk zarar görenin uğramış olduğu bedensel zararın “ağır bedensel zarar” olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1.4.2013 tarihinde vermiş olduğu karara konu olan olayda<sup>53</sup>, davacının sol alt bacak kemiği kırılmış, bu nedenle davacı meslekte kazanma gücünü % 15,2 oranında kaybetmiş, maluliyet durumu süreklilik arz eden davacı, olay tarihinden itibaren 6 ay içinde iyileşmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi yaralanmanın belirlenen niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisini göz önünde tutarak, davacının eşi yararına da manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçeyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Kanaatimizce meslekte kazanma gücünü % 15,2 oranında kaybetmiş olan davacı maluliyet durumu sürekli olmakla birlikte ağır ya da kalıcı sakatlık veya tam maluliyet durumu söz konusu olmadığından uğranılan bedensel zararın “ağır bedensel zarar” olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Zira 6 ay içerisinde iyileşen davacının uğramış olduğu bedensel zararın manevi tazminat talebinde bulunan yakınına, ağır bir yük altında bıraktığı ve onun yaşam koşullarını radikal bir şekilde değiştirdiği söylenemez.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 30.9.2013 tarihinde vermiş olduğu karara konu olan olayda<sup>54</sup> ise davacıda kazaya bağlı kemik kırıkları meydana gelmiş, kararda bu

<sup>52</sup> Yarg. 4. HD.’nin 1.4.2013 tarih ve 6929/5974 sayılı kararı ile 30.9.2013 tarih ve 17125/15375 sayılı kararı (UYAP).

<sup>53</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1.4.2013 tarihinde vermiş olduğu kararda, “davacılar F.B.’de kazaya bağlı sol tibia lateral plato kırığı meydana geldiği, bu nedenle % 15,2 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiği, maluliyet durumunun sürekli olduğu, iyileşme süresinin olay tarihinden itibaren 6 aya kadar uzadığı anlaşılmaktadır. Yaralanmanın belirlenen niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi göz önünde tutulduğunda adı geçen eşi olan diğer davacı F.B.’nin de olay nedeniyle kişilik değerlerinde eksilme duygusu yaşadığı tecrübe kuralları ile sabit olup; bu bakımdan ayrıca bir kanıtama yükümlülüğü altında bulunmadıkları benimsenmelidir”. demiştir. Bkz. Yarg. 4. HD., 1.4.2013, 6929/5974 (UYAP).

<sup>54</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 30.9.2013 tarihli kararda, “...davacılar S.B.’de kazaya bağlı kemik kırıkları meydana geldiği bu kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarına etkisinin 6. (ağır) derecede

kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarına etkisinin 6. (ağır) derecede olduğu, iyileşme süresinin 9 aya kadar uzadığı belirtilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, ilk zarar görenin eşi olan yakınının manevi tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiğine karar vererek, yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 30.9.2013 tarihinde vermiş olduğu karara konu olayda da her ne kadar kazaya bağlı kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarına etkisinin 6. derecede yani ağır olduğu belirtilmişse de, 9 aya kadar uzayan tedavi sürecinde iyileşerek yeniden sağlığına kavuşan davacının uğramış olduğu bedensel zararın yakınların manevi tazminat taleplerine esas olacak nitelikte "ağır bedensel zarar" olduğu sonucuna ulaşılması yerinde değildir. Zira davacının uğramış olduğu bedensel zarar, manevi tazminat talebinde bulunan yakının hayatını ömür boyu güçleştirecek ya da zarar gören ile manevi tazminat talebinde bulunan yakın arasındaki kişisel ilişkiyi etkileyecek nitelikte değildir.

Kanaatimizce, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından vermiş olduğu 14.1.2013, 1.4.2013 ve 30.9.2013 tarihli kararlarına konu olan bedensel zararların, TBK m. 56/II anlamında "ağır bedensel zarar" olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Her ne kadar anılan kararlarda Yargıtay açıkça, bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının 6098 sayılı TBK'nın m. 56/II uyarınca bu saldırının "ağır olması" koşuluyla manevi tazminat talep edebileceklerini ifade etmiş ise de; "ağır bedensel zarar" olarak nitelendirilemeyecek türdeki beden bütünlüğü ihlallerini de "ağır bedensel zarar" kapsamında değerlendirmiş ve yakınların manevi tazminat taleplerini reddeden yerel mahkeme kararlarını bozmuştur. Halbuki Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde yakınlar lehine manevi tazminata sadece bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin uğramış olduğu "bedensel zararın ağır" olduğu hallerde hükmetmekte<sup>55</sup>, bedensel zararın ağır olmadığı hallerde ise ya-

---

olduğu, iyileşme süresinin 9 aya kadar uzadığı anlaşılmaktadır. Yaralanmanın belirlenen niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi göz önünde tutulduğunda adı geçenlerin eşi olan diğer davacı C.B.'nin de olay nedeniyle kişilik değerlerinde eksilme duygusu yaşadığı tecrübe kuralları ile sabit olup bu bakımdan ayrıca bir kanıtama yükümlülüğü altında bulunmadığı benimsenmelidir. Yerel mahkeme açıklanan olgular gözetilerek, davacı eş C.B. yararına da uygun tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle adı geçen davacının manevi tazminat isteminin tümünden reddedilmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." demiştir. Bkz. Yarg. 4. HD., 30.9.2013, 17125/15375 (UYAP)

<sup>55</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 14.5.1998 tarihinde vermiş olduğu kararda "...Somut olayda, davacı babanın çocukları S. ve C. trafik kazası sonucu ağır yaralanmışlar, tedavi görmüşler, bu aşamada iki kız çocuğunun yüzlerindeki yaralar sabit eser görüntüsü verecek biçimde iz bırakmıştır. Çocukların yüzlerindeki yaraların bu düzeyde olması ve bu izleri ailenin tüm yaşamları boyunca izlemek zorunda kalmaları Borçlar Kanununun 49. maddesinin koyduğu duygusal kişilik değerlerine saldırı teşkil eder. Aile içinde babanın çocuğunun yüzüne her bakışında üzüntü duyması kaçınılmazdır." demek suretiyle yerel mahkeme kararının bozmuştur. Yarg. 4. HD., 14.5.1998, 9223/3428 (KARAHASAN, Manevi Tazminat, s. 364). Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 31.3.2010

kınların manevi tazminat taleplerini reddetmekte idi<sup>56</sup>. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu 2003 yılında ömür boyu sürecek bir üzüntüye yol açacak biçimde kalıcı sakatlık ve ağır bir yaralanma söz konusu olmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin manevi tazminata hükmettiği kararını bozmuştur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16.1.2003 tarihinde vermiş olduğu söz konusu kararda<sup>57</sup>, “...somut olaya bakıldığında davacının eşinin 1 hafta iş ve güçten kalacak, hayati tehlike geçirmeyecek derecede yaralandığı görülmektedir. Bu durumda yukarıda açıklanan koşulların kanıtlanmadığı eş yönünden ömür boyu sürecek bir üzüntüye yol açacak biçimde kalıcı sakatlık ve ağır bir yaralanmanın söz konusu olmadığı, bir anlık heyecan ve geçici üzüntülerin BK.nun koruduğu değerler bakımından kişilik haklarına saldırı teşkil edecek düzeyde bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda davacının eşinin yaralanmasından dolayı manevi tazminata hükmedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” denmiştir.

Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından 3.4.2014 tarihinde vermiş olduğu kararda<sup>58</sup>, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine göre, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda hakimin olayın özelliklerini göz önünde tutarak zarar görene; ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceğini belirttikten sonra, dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde olduğunun anlaşıldığı, davacının yaralanmasının

---

tarihinde vermiş olduğu kararda, “...Borçlar Yasasının 49. maddesindeki düzenleme gereğince, kişinin doğrudan kendisinin değil de karı koca, ana baba, çocuklar ve kardeşler gibi yakınlarının ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda, aile birliği içinde korunması gereken sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğünün kabul edilmesi gerekir.(...) olayın gelişim biçimi, yaralanmanın derecesi ve davalının eyleminin silahtan sayılan bıçak ile yaşamsal bölgeye yönelik olması gözetildiğinde, davacıardan anne Ümmühan ile baba Ramazan'ın sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğü kabul edilmelidir. “ denmiştir. Yarg. 4. HD., 31.3.2010, 7006/3708 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>56</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, ömür boyu sürecek bir üzüntüye yol açacak biçimde kalıcı sakatlık ve ağır bir yaralanma söz konusu olmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin manevi tazminata hükmettiği kararını bozmuştur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16.1.2003 tarihinde vermiş olduğu söz konusu kararda, “...somut olaya bakıldığında davacının eşinin 1 hafta iş ve güçten kalacak, hayati tehlike geçirmeyecek derecede yaralandığı görülmektedir. Bu durumda yukarıda açıklanan koşulların kanıtlanmadığı eş yönünden ömür boyu sürecek bir üzüntüye yol açacak biçimde kalıcı sakatlık ve ağır bir yaralanmanın söz konusu olmadığı, bir anlık heyecan ve geçici üzüntülerin BK.nun koruduğu değerler bakımından kişilik haklarına saldırı teşkil edecek düzeyde bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda davacının eşinin yaralanmasından dolayı manevi tazminata hükmedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” denmiştir. Bkz. Yarg. 4. HD., 16.1.2003, 10386/322 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>57</sup> Yarg. 4. HD., 16.1.2003, 10386/322 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>58</sup> Yarg. 4. HD.'nin 3.4.2014 tarih ve 12161/9898 sayılı kararı (UYAP).

hayati tehlike oluşturmadığı, kalıcı bir arıza bırakmadan iyileştiği, doktor raporlarına göre tarif edilen yaralanmanın derecesi dikkate alındığında davacı babanın manevi tazminat isteğinin anılan yasa hükmü uyarınca reddi yerine kısmen kabulünün doğru olmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Görüldüğü üzere Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2014 yılında vermiş olduğu kararında, 6098 sayılı TBK m. 56/II hükmü uyarınca zarar görenin yakınları lehine manevi tazminata sadece ağır bedensel zararlar söz konusu olduğunda hükmedileceğini belirttiikten sonra, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek türde olan, zarar gören açısından hayati tehlike oluşturmayan ve kalıcı bir arıza bırakmadan iyileşebilen yaralanmanın derecesini dikkate alarak, , “ağır bir bedensel zarar” oluşmadığı halde yakınlar lehine manevi tazminata hükmeden yerel mahkemenin kararını haklı olarak bozmuştur. Hemen hatırlatalım ki Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 3.4.2014 tarihinde vermiş olduğu bu karardan bir yıl önce vermiş olduğu 14.1.2013 tarihli kararında ise sağ kol kırığı nedeniyle hayati tehlike geçirmediği anlaşılan ve 45 günde iyileşen davacının anne ve babası lehine manevi tazminatı reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştu. Oysa bu durumda da hayati tehlike bulunmadığı ve bedensel zarara uğrayan kişi de 45 gün içerisinde iyileştiği için yakınlar lehine manevi tazminat taleplerini reddeden yerel mahkeme kararının onanması gerekirdi.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi gibi Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de<sup>59</sup>, yakınların manevi tazminat taleplerini bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin uğramış olduğu “bedensel zararın ağır” olduğu örneğin; ilk zarar görenin ömür boyu başkasının yardım ve bakımına muhtaç hale geldiği ömür boyu tekerlekli sandalyeye mahkumiyet<sup>60</sup>, felç olarak ömür boyu

<sup>59</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesine göre, bu durumda, yakınların uğramış olduğu zarar yansıma zararı değil; doğrudan zarardır, zira yakınların kendi ruhsal ve bedensel bütünlükleri de BK m. 47 anlamında ağır şekilde ihlal edilmiştir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 27.03.2007 tarihinde vermiş olduğu kararda, “...bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda onun (ana baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi % 100 iş göremez duruma gelmişse) onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur. Yargıtay Hukuk genel Kurulununun 26.4.1995 gün ve 1995/11-22, 1995/430, 23.9.1987 gün ve E. 1987/9-183 K. 1987/655 sayılı kararları da aynı esaslara dayanmaktadır.” demiştir. Yarg. 21. HD., 27.03.2007, 3976/5212 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>60</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 14.5.2002 tarihli, “...26 yaşında olan mağdurun geçirdiği iş kazası sonucu ömür boyu tekerlekli sandalyeye mahkum olduğu, konuşmadığı, görme olmakla birlikte gördüğünü anlayamadığı iş göremezlik oranının % 66 olduğu bir durumda babalarının bu derecede ağır vücut bütünlüğü ihlali olayının davacı çocukların gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlal edildiği kabul edilmelidir.” şeklindeki kararı için bkz. Yarg. 21. HD., 14.5. 2002, 2873/4377 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

başkasının bakımına muhtaç yatalak hale gelme<sup>61</sup>, % 100 işgöremezlik oranı<sup>62</sup> gibi durumların varlığı halinde kabul etmekte<sup>63</sup>, buna karşılık bedensel zararın ağır olmadığı örneğin, ilk zarar görenin, on gün çalışamayacak şekilde yaralandığı<sup>64</sup>, % 11.2 iş

<sup>61</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin, 23.03.2004 tarihli kararında “...2.12.1998 tarihinde 21 yaşında olan davacı G.Y.’in kocası diğer davacı küçüklerin babası olan H.Y.’in geçirdiği iş kazası sonucu felç olarak ömür boyu başkasının bakımına muhtaç yatalak hale geldiği, iş göremezlik oranının % 100 olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Kocasının ve babalarının bu derece ağır vücut bütünlüğü ihlali olayının davacıların gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüklerinin ağır biçimde ihlal edildiği kabul edilmelidir.” denmiştir. Bkz. Yarg. 21. HD., 23.03.2004, 1754/2769 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>62</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 23.02.2004 tarihli kararında, “...bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda onun (ana baba, karı, koca, kardeş gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi % 90 - % 100 iş göremez duruma gelmişse veya vefat etmişse) onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir.” denmiştir. Yarg. 21. HD., 23.02.2004, 24/1413 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 27.10.2004 tarihli kararında, “...21.5.2000 tarihinde 19 yaşında ve henüz 1 yıllık evli olan davacının kocası R’in geçirdiği iş kazası sonucu felç olarak ömür boyu başkasının bakımına muhtaç yatalak hale geldiği iş göremezlik oranının % 100 olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Kocasının bu derecede ağır vücut bütünlüğü ihlali olayının davacı kadının gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlal edildiği kabul edilmelidir.” denmiştir. Yarg. 21. HD., 27.10. 2004, 8116/9009 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 27.03.2007 tarihinde vermiş olduğu kararda da, “...bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda onun (ana baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eyleme uğrayan yakın kişi % 100 iş göremez duruma gelmişse) onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan ruhsal ve sinirsel sağlık yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur. (...) somut olayda 19.9.2000 tarihinde 29 yaşında olan sigortalının geçirdiği iş kazası sonucu bakıma muhtaç şekilde ve % 100 oranında iş göremezliğe uğradığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Kocasının bu derecede ağır vücut bütünlüğü ihlali olayının davacı karısının gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında davacı eşin de ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlal edildiği kabul edilmelidir.” denmiştir. Yarg. 21. HD., 27.03.2007, 3976/5212 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>63</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 8.12.1997 tarihli, kararına konu olan dava, kocanın geçirdiği iş kazası sonucu %100 iş göremez duruma gelmesi nedeniyle davacı kadının tazminat istediğine ilişkindir. Kararda “... 25 yaşında ve henüz iki yıllık evli olan davacının kocası İ.’nin geçirdiği iş kazası sonucu felç olarak, ömür boyu başkasının bakımına muhtaç yatalak hale geldiği, iş göremezlik oranının %100 olduğu dosyadaki bilgi ve belgeler ve özellikle fotoğraflardan anlaşılmaktadır. Kocasının bu derecede ağır vücut bütünlüğü ihlali olayının davacı kadının gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlal edildiği kabul edilmelidir.” denilmiştir. Yarg. 21. HD., 8.12.1997, 8067/8106 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>64</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 15.5.2001 tarihli karara konu olan davada, geçirdiği iş kazası sonucu on gün çalışamayacak bir şekilde yaralanan kişinin anne baba ve kardeşinin manevi tazminat talebini, “...İş göremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre B. Ağır bir cismani zarara uğramamıştır. Hal böyle olunca davacıların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir.” demek suretiyle reddetmiştir. Bkz. Yarg. 21. HD., 15.5.2001, 3658/3777 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 1.12.2003 tarihli

göremez duruma geldiği<sup>65</sup>, iş kazası sonucu 45 gün iş ve gücünden kalır şekilde % 0 oranında iş göremezliğe uğradığı<sup>66</sup>, % 5.1 oranında işgöremezliğe uğradığı<sup>67</sup> hallerde ise reddetmekteydi<sup>68</sup>.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından 24.2.2014 tarihinde vermiş olduğu kararında<sup>69</sup>, iş kazası sebe-

---

kararında, "...21.1.1998 tarihinde 22 yaşında olan davacılarından A.A. ile G'nin kızı, diğer davacıların kardeşi S. geçirdiği iş kazası sonucu 10 gün iş ve gücünden kalır şekilde yaralandığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İşgöremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre B. Ağır bir cismani zarara uğramamıştır. Hal böyle olunca, davacıların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir." denmiştir. Yarg. 21. HD., 1.12.2003, 9485/9701 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>65</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 25.10.2005 tarihli karara konu olan davada, oğlunun geçirdiği iş kazası sonucu % 11.2 iş göremez duruma gelmesi nedeniyle davacı babanın manevi tazminat talebini, "...somut olayda işgöremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre davacının oğlu A. Ağır bir cismani zarara uğramamıştır. Davacının ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir." demek suretiyle reddetmiştir. bkz. Yarg. 21. HD., 25.10. 2005, 7868/10156 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>66</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 13.5.2004 tarihli kararında, "...28.05.1997 tarihinde 17 yaşında olan sigortalı D.K.'nin geçirdiği iş kazası sonucu 45 gün iş ve gücünden kalır şekilde % 0 oranında iş göremezliğe uğradığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. İş göremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre sigortalı ağır bir cismani zarara uğramamıştır. Hal böyle olunca, davacı anne ve babanın ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir." denmiştir. Yarg. 21. HD., 13.5.2004 tarihli, 3980/4846 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>67</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 1.12.2003 tarihli kararında, "...29.6.1997 tarihinde 15 yaşında olan davacının oğlu fatihin geçirdiği iş kazası sonucu % 5.1 oranında işgöremezliğe uğradığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmakta olup, yukarıdaki açıklanan ilkeye göre ağır bir cismani zarara uğradığı söylenemez. Hal böyle olunca, davacının ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir." denmiştir. Yarg. 21. HD., 1.12.2003, 9485/9701 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>68</sup> **ERLÜLE**, s. 333.

<sup>69</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 24.2.2014 tarihinde vermiş olduğu kararda özetle, "..Davacı sigortalının davalıya ait iş yerinde çalışmakta iken, 18.3.2008 tarihinde geçirdiği iş kazası sebebiyle oluşan meslekte kazanma gücündeki kayıp oranının % 22 olduğu, dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre, manevi tazminat isteme hakkının doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan kişiye ait olduğu, yansına yoluyla aynı eylem sebebiyle üzüntü duyanların manevi tazminat isteyemeyecekleri, zarar kavramına ruhsal bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bir kişinin cismani zarara uğraması sonucunda onun (ana, baba, karı, koca ve çocuklar gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü bozulmuşsa, onların da manevi tazminat isteyebileceklerinin kabul edilmesi gerektiği, yine karar tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesiyle bu konunun yeniden düzenlenmiş olup "ağır bedensel zarar ya da ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar para ödenmesine karar verilebileceği" hükmünün getirildiği, bu yeni düzenleme ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlük zamanında içtihatlarla düzenlenen hususun yasa koyucu tarafından açıklığa kavuşturulduğu ve yaralanan sigortalının yakınlarının manevi tazminat davası bakımından haksahipliği durumunun ön şartı olarak "ağır bedensel" zarar koşulunun getirildiği, somut olaya gelince; haksız fiil zamanında yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu,

biyle meslekte kazanma gücündeki kayıp oranı % 22 olan davacı sigortalının eşi ve çocuklarının manevi tazminat taleplerini, dava tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı BK m. 47'ye ilişkin olarak öğreti ve uygulamada ileri sürülen görüşler doğrultusunda değerlendirmiş ve kural olarak, yansıma yoluyla zarara uğrayan kişilerin manevi tazminat talep edemeyeceklerini ancak bedensel zarara uğrayan kişinin ana, baba, karı, koca ve çocukları gibi çok yakınlarının aynı fiil nedeniyle BK m. 47 kapsamında korunan ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulduğu hallerde manevi tazminat talep edebileceklerini Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1987 ve 1995 tarihli ilke kararlarına atıfta bulunarak ifade etmiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, söz konusu kararında, karar tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 56. madde hükmü ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlük zamanında içtihatlarla düzenlenen bu durumun kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulduğunu ve yakınların manevi tazminat talepleri açısından haksahipliği önşartı olarak "ağır bedensel zarar" koşulunun getirildiğini belirtmiş; ancak somut olayı haksız fiil zamanında yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu ve Yargıtay HGK kararları ışığında değerlendirerek, olayın özelliğine, yaralanmanın niteliğine, meslekte kazanma gücündeki kayıp oranına ve özellikle sigortalının yaralanmasının ağır bedensel zarar oluşturmaması nedeniyle davacıların manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmiş olmasını doğru bulmayarak yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra vermiş olduğu 24.2.2014 tarihli kararında, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde benimsemiş olduğu içtihadını devam ettirerek, yakınlarla ilk zarar görenin uğramış olduğu "bedensel zararın ağır" olduğu hallerde manevi tazminat talep etme hakkı tanımış olması, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin yakınlar lehine 818 sayılı BK m. 47 uyarınca manevi tazminata hükmettiği yerleşik içtihadına uygun olduğu gibi, karar tarihinde yürürlükte olan 6098 sayılı TBK madde 56/II hükmüne de uygundur<sup>70</sup>.

Belirtelim ki her ne kadar Yargıtay, 24.2.2014 tarihinde vermiş olduğu kararında, karar tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun

---

yukarıda açıklanan ilkeler ve Yargıtay H.G.K. kararları ışığında iş kazası sebebiyle sağlık bütünlüğü bozulan sigortalının anne ve babasının manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğu düşünülse dahi, olayın özelliğine, yaralanmanın niteliğine, meslekte kazanma gücündeki kayıp oranına ve özellikle sigortalının yaralanmasının ağır bedensel zarar oluşturmamasına göre davacı eş ve çocuklar lehine yansıma yoluyla manevi tazminat verilemeyeceğinin anlaşılması karşısında bu davacıların manevi tazminat istemlerinin reddine karar vermek gerekirken, kabulüne karar verilmesinin doğru olmadığı gibi; kaza tarihinde tarafların kusur dağılımıyla sosyal ekonomik durumlarına göre davacı sigortalı lehine hükmedilen manevi tazminatın da fazla olduğu gerekçeyle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur. Bkz. Yarg. 21. HD., 24.2.2014, 22505/2912 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası).

<sup>70</sup> ERLÜLE, s. 335.



56. maddesinin II. fıkrasında yakınların manevi tazminat talepleri söz konusu olduğunda, haksahipliği ön şartı olarak “ağır bedensel zarar” koşulunun getirildiğini açıkça ifade etmişse de; somut olayı haksız fiil zamanında yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre değerlendirmiştir. Halbuki Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra görülmekte olan davaya ilişkin somut olayı 6098 sayılı TBK m. 56/II hükmüne göre değerlendirmesi gerekirdi. Zira, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkındaki 6101 sayılı Kanunu'nun “A. Görülmekte olan davalara ilişkin uygulama” kenar başlıklı 7. maddesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76ncı, faize ilişkin 88inci, temerrüt faizine ilişkin 120nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138inci maddesinin “görülmekte olan davalarda da” uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>71</sup>. Nitekim uygulamada, maddi tazminatın hesaplanmasının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edildiği gibi, manevi tazminatın da kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul edilmektedir<sup>72</sup>.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 24.2.2014 tarihli kararından kısa bir süre sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.3.2014 tarihinde vermiş olduğu karara<sup>73</sup> konu olan uyuşmazlık ise iş kazası nedeniyle % 62 oranında çalışma gücünü sürekli kaybeden sigortalının eşi için takdir edilen manevi tazminat miktarının az olup olmadığı, ayrıca sigortalıyla aynı evde yaşamayan çocukları için manevi tazminat takdir edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.3.2014 tarihinde vermiş olduğu kararda, davacı eş yararına hükmedilen manevi tazminatın az olduğunu, kazaya uğrayan işçinin çocukları olan ve evlenmek suretiyle evden ayrılmış olan davacılar yararına manevi tazminata hükmedilip edilemeyeceğini kaza tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre değerlendirmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu söz konusu kararında, Borçlar Kanunu'nun 46. ve 47. maddeleri ile sadece fiziki sağlık bütünlüğünün değil, ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün de korunduğu hususunun öğreti ve Yargıtay kararlarında benimsendiğini, bir kimsenin bedensel zarara uğraması neticesinde onun ana, baba, eşi, çocukları gibi çok yakınlarının da aynı fiil nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilmişse onların da manevi tazminat talep edebi-

<sup>71</sup> ERLÜLE, s. 335-336.

<sup>72</sup> “...01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı B.K. yürürlüğü ve uygulama şekli hakkındaki 6101 sayılı Kanunun 7. maddesinde Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76. faize ilişkin 88. temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesinin görülmekte olan davalarda da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda maddi tazminat hesabına ilişkin hesabın kamu düzenine ilişkin olduğu yönündeki Yargıtay kararlarına paralel olarak manevi tazminatın da kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Denmiştir. Bkz. Zonguldak 1. İş Mahkemesinin, 4.10.2012 tarihli, 351/480 sayılı Kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>73</sup> Yarg. HGK., 28.3.2014 tarih ve 21-2219/411 sayılı kararı (UYAP).

leceklerini, bu durumda zararlarının niteliği itibariyle onların da ihlal edilen normun (818 sayılı BK. m. 47) koruma amacının kapsamı içinde bulduklarını, hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğini, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zararın söz konusu olduğunu, İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarına atfen belirtmiş, somut uyuşmazlık incelendiğinde, iş kazası nedeni ile her iki kolu dirsekten bilek altına kadar 3. derecede yanan, eller ve kollar işlevini kaybeden, bu nedenle her iki kolunu organik ve fonksiyonel olarak yitirerek % 62 oranında malul kalan İ.G.'nin çocukları olan davacıların, babalarının bu derece ağır vücut bütünlüğünün ihlalden dolayı ruhi ve asabi sağlık bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edildiğini, bu nedenle iş kazası neticesinde ağır bedensel zarara uğrayan işçinin yaralanması nedeniyle çocukların duyacakları üzüntü ve kederin varlığının onların babalarıyla aynı evde olmamalarına bağlanmasının hukuk uygulamalarına aykırı olduğunu, bu davacı çocuklar lehine de manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, özel daire bozma kararına uyulmayarak önceki kararda direnilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuş ve yerel mahkemenin direme kararını bozmuştur.

Öncelikle belirtelim ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 24.2.2014 tarihli kararında olduğu gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 2012 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 6101 sayılı Kanun'un 7. maddesini dikkate almayarak, uyuşmazlık konusunu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre değerlendirmesi yerinde olmamıştır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 24.2.2014 tarihli kararını değerlendirirken belirtmiş olduğumuz üzere, uygulamada maddi tazminatın hesaplanmasının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edildiği gibi; manevi tazminatın belirlenmesinin de kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun söz konusu uyuşmazlığı haksız fiilin işlendiği tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı BK m. 47'ye göre değil de; davanın görüldüğü sırada yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK m. 56 'ya göre çözüme kavuşturması gerekirdi. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen somut uyuşmazlığa, BK m. 47 hükmünü değil de; TBK m. 56 hükmünü uygulaysaydı, babalarının uğramış olduğu ağır bedensel zarar nedeniyle manevi tazminat talep eden çocukların aynı fiil nedeniyle ruhsal bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edilmiş olup olmadığına bakmaksızın, çocukların uğramış oldukları manevi zararı, TBK m. 56/II'ye göre tazmin edebilecekti. Zira TBK m. 56/II'nin koruma amacının kapsamına sadece bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin uğramış olduğu manevi zarar değil; bedensel zararın ağır olduğu hallerde bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının yansıma yoluyla uğramış oldukları manevi zarar da girmektedir<sup>74</sup>.

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, söz konusu uyuşmazlığa BK m. 47 hükmünü değil de TBK m. 56/II hükmünü uygulamış olsaydı, babaları ağır bedensel zarara

<sup>74</sup> ERLÜLE, s. 338.

uğramış olan çocukların manevi tazminat talepleri çerçevesinde, onların zarar gören ile aynı evde yaşayıp yaşamadıkları hususunu da göz önünde bulundurması gerekcekti. Daha önce ifade etmiş olduğumuz üzere, yakınların uğramış oldukları manevi zararın tazmin edilebilmesi için ilk zarar görenin uğramış olduğu ihlalin ağır olması yeterli değildir; aynı zamanda manevi tazminat talebinde bulunan yakının ağır bedensel zarara uğrayan kişi ile aynı evde yaşaması ya da aynı evde yaşamasa bile onun bakımını üstlenmiş olması gerekir. *Zira Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, TBK m. 56/II uyarınca yakınların uğramış oldukları manevi zararın tazmin edilebilmesi için ilk zarar görenin uğramış olduğu ihlalin onun yakınlarının yaşamlarını üstlenmiş oldukları yükümlülüklerle bağlı olarak sürekli ve ciddi şekilde etkilemiş veya geri dönülmez bir şekilde değiştirmiş olması gerekir.* Bu tür bir durumun varlığı ise ancak ağır bedensel zarara uğrayan kişi ile aynı evde yaşayan ya da aynı evde yaşamayan ancak onun bakımını üstlenmiş olan yakınlar için kabul edilebilir. Bu nedenle, somut uyuşmazlık açısından ağır bedensel zarara uğramış olan babaları ile aynı evde yaşamayan çocukların manevi tazminat taleplerinin reddedilmesi gerekirdi<sup>75</sup>.

Belirtelim ki somut uyuşmazlığı BK m. 47'ye göre değerlendirmiş olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun çocukların uğramış olduğu manevi zararın, çocukların babaları ile aynı evde yaşayıp yaşamadıkları olgusuna bağlanmaksızın tazmin edilmesi gerektiği şeklindeki değerlendirmesi Yargıtay'ın 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde benimsediği yaklaşıma da uygun değildir. Zira 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde yakınların manevi zararlarını sadece ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde onların BK m. 47 kapsamında korunan ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edildiği gerekçesiyle tazmini yoluna giden Yargıtay, yakınların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için tazminat talebinde bulunan yakınların ilk zarar görenin ile birlikte oturup oturmadıkları olgusunu da dikkate almaktaydı. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu 6.3.2006 tarihinde vermiş olduğu kararda<sup>76</sup>, "...somut olayda iş kazası sonucu kollarını ve ayağının birini kaybettiği, ömür boyu başkasının bakımına muhtaç hale geldiği, iş göremezlik oranının % 86 olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılan sigortalı H.İ ile birlikte oturmeyan kardeşleri H.İ ile F.U'nun bu olay nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüklerinin ağır biçimde ihlal edildiği söylenemez. Bu nedenle kardeşler lehine manevi tazminata hükmedilmesi doğru değildir.", demek suretiyle, ilk zarar görenin uğramış olduğu bedensel zarar ağır olmasına rağmen manevi tazminat talebinde bulunan çocukların, ilk zarar gören ile birlikte oturmadıkları için bu durumun onların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüklerini ağır şekilde etkilememiş olduğu gerekçesiyle yakınların manevi tazminat taleplerini haklı olarak reddetmiştir.

<sup>75</sup> ERLÜLE, s. 338.

<sup>76</sup> Yarg. 21. HD., 6.3.2006, 152/1979 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

## SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk Hukukunda ilk kez TBK m. 56/II düzenlemesiyle, ölenin yakınları yanında ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarına da yansıma yoluyla uğramış oldukları manevi zararın tazminini talep etme imkanı tanınmıştır. Yukarıda etraflıca açıklamış olduğumuz üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu'muzun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay önce 1995 yılında vermiş olduğu ilke kararı ile bir kimsenin bedensel zarara uğraması sonucunda, onun yakınlarının da aynı fiil nedeniyle ruhsal bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edilmiş olması halinde yakınların, BK m. 47 hükmüne dayanarak, manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmiş, 1998 yılında vermiş olduğu ilke kararında ise yakınların ruhsal bütünlüklerinin ihlal edilmiş olup olmadığına bakmaksızın bir kimsenin yakınlarının ağır şekilde yaralandığı hallerde, BK m. 49 kapsamında korunan duygusal değerlerin ihlal edilmiş olmasından hareketle yakınların, BK m. 49 hükmüne dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmiştir.

Hukukumuz bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, bedensel zararın ağır olduğu hallerde yakınların manevi zararlarının tazmin edilmesine ilişkin yerleşik içtihat yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, yakınların manevi tazminat taleplerini TBK m. 56/II çerçevesinde değerlendiren Yargıtay 4. Hukuk Dairesi vermiş olduğu 14.1.2013, 1.4.2013 ve 30.9.2013 tarihli her üç kararda *"...6098 sayılı TBK'nun 56/2. maddesi ile; bedensel bütünlüğün saldırıya uğraması durumunda sadece saldırıya uğrayan kişi için değil, onun "yakınlarının" da bu saldırının ağır olması koşulu ile manevi zararlarının tazmin edilebilmesini kabul ederek yasal bir düzenlemeye kavuşturmuştur.*" ifadesine yer vermişse de, kendi müstekar kararlarından ayrılarak "ağır" olarak nitelendirilemeyecek türdeki bedensel zararları TBK m. 56/II kapsamında değerlendirmiş ve bu nitelikte bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının TBK m. 58 (BK m. 49) kapsamında korunan kişisel değerlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle onların uğramış oldukları manevi zararların tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Belirtelim ki Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesinin ardından TBK m. 56/II'nin uygulama alanına ilişkin değerlendirmesi, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 818 sayılı BK'nın yürürlükte olduğu dönemde yakınların manevi zararlarını bedensel zararın sadece ağır olduğu hallerde tazmin ettiği kendi yerleşik içtihadına uygun olmadığı gibi; TBK m. 56/II düzenlemesine esas olan İsviçre 45/IIIe tasarısına ve İsviçre-Türk hukuk öğretisinde ileri sürülen görüşlere de uygun değildir. Zira hem İsviçre – Türk hukuk öğreti ve uygulamasında hem de Yargıtay'ın 1998 tarihli ilke kararında benimsenen yaklaşıma göre, kişilik hakkı çerçevesinde korunan değerler kapsamına bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi ile yakın-

ları arasındaki “duygusal bağ” da dahil olup, yakınların manevi tazminat taleplerinin temelini bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi ile manevi tazminat talebinde bulunan yakınlar arasındaki bu “duygusal bağın” ihlali oluşturmaktadır. Ancak yakınların TBK m. 58 (BK m.49) kapsamında korunan “duygusal bütünlük değerlerinin” ihlal edildiğini söyleyebilmemiz için ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmiş olması gerekir.

Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından yakınların manevi tazminat taleplerinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklara TBK m. 56 hükmünü uygulamaya başlayan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, kendi yerleşik içtihadından ayrılmış ve TBK m. 56'nın açık ifadesine rağmen ağır bedensel zarar olarak nitelendirilemeyecek türdeki bedensel zararların da TBK m. 56/II uyarınca yakınların manevi tazminat taleplerine esas olabileceğini kabul etmiştir.

Buna karşılık Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına rağmen; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 6101 sayılı Kanun'un 7. maddesini dikkate almayarak, önlerine gelen uyuşmazlık konusunu davanın görüldüğü sırada yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK m. 56/II hükmüne göre değil de; haksız fiilin işlendiği sırada yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 47. maddesine göre değerlendirmiş ve yansıma yoluyla zarara uğrayan yakınların kural olarak manevi tazminat talep edemeyeceklerini ancak aynı eylem nedeniyle onların da BK m. 47 kapsamında korunan ruhsal bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edildiği hallerde manevi tazminata hak kazanacakları şeklindeki eski içtihadını devam ettirmiştir. Halbuki Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önlerine gelen somut uyuşmazlığı TBK m. 56/II hükmü çerçevesinde değerlendirmiş olsalardı, yakınların manevi zararlarını, onların bedensel ve ruhsal bütünlüklerinin ihlal edilmiş olup olmadığına bakmaksızın tazmin edebilecekti.

Öte yandan Yargıtay 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde özgü olarak vermiş olduğu ilke kararlarında, manevi tazminat talep edebilecek kişiler çevresini, ana – baba, karı – koca ve çocuklar ile sınırlı tutmuş başka bir deyişle, ağır bedensel zarar söz konusu olduğunda bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen ilk zarar görenin sadece çok yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra vermiş olduğu kararlarda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, TBK m. 56/II uyarınca, manevi tazminat talep edebilecek yakınlar kapsamında ilk zarar görenin anne ve babası ile eşi lehine manevi tazminata hükmedilmesine karar vermiş, manevi tazminat talep edebilecek kişiler çevresini 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde olduğu gibi anne, baba, karı, koca gibi yakınlar ile sınırlı tutmuştur.

Aynı şekilde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra vermiş olduğu kararlarda; somut uyuşmazlığı haksız fiil zamanında yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre değerlendirmiş ve kural olarak yansıma yoluyla zarara uğrayanların manevi tazminat isteyemeyeceklerini ancak beden bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen kişinin ana, baba, karı, koca ve çocukları gibi yine sadece çok yakınlarının aynı fiil nedeniyle BK m. 47 kapsamında korunan ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulduğu hallerde manevi tazminat isteyebilecekleri şeklindeki içtihadını devam ettirmiştir.

Son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi çerçevesinde değerlendirmiş olduğu 28.3.2014 tarihli kararında, iş kazası nedeniyle ağır bedensel zarara uğrayan sigortalının yaralanması nedeniyle çocukların duyacakları üzüntü ve kederin varlığının babalarıyla aynı evde olmamalarına bağlanmasının hukuk uygulamalarına aykırı olduğunu, çocukların uğramış olduğu manevi zararın, babaları ile aynı evde yaşayıp yaşamadıkları olgusuna bağlanmaksızın tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Oysa Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu yaklaşımı Yargıtay'ın 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde yakınların ilk zarar gören ile birlikte oturup oturmadıkları hususunu dikkate aldığı uygulamasına uygun olmadığı gibi; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 6101 sayılı Kanun'un 7. maddesini ihmal ederek uygulamadığı TBK m. 56/II hükmünün yakınlarla manevi tazminat verilmesine esas olan düzenlenme amacına da uygun değildir. Zira yukarıda etraflıca belirtmiş olduğumuz üzere, TBK m. 56/II'nin düzenlenme amacı her durumda bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararı tazmin etmek değildir. TBK m. 56/II hükmünün amacı, sadece ağır bedensel zararlar söz konusu olduğunda bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının TBK m. 58 (BK m. 49) kapsamında korunan kişisel değerlerinin ihlal edilmiş olmasından hareketle onların uğramış oldukları manevi zararları tazmin etmektir. Bu ise ilk zarar görenin uğramış olduğu bedensel zararın onun yakınlarının yaşamlarını sürekli ve ciddi bir şekilde etkilediği, örneğin ağır şekilde sakatlanarak bakıma ve yardıma muhtaç hale gelen ilk zarar gören ile yakının aynı evde yaşadığı ve onun bakımını üstlendiği hallerde söz konusu olabilir.

## KAYNAKÇA

**ANTALYA, O. Gökhan**, Sunuşlu, Genel ve Madde Gereççeli, Adalet Komisyonu Raporu ve TBMM. Tutanakları ile Kaynak ve İlgili Kanun Maddesi, YİBK. ve BGE Atıfı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.

**BEISTEINER, Lisa Barbara**, Angehörigenschmerzensgeld, Der Ersatz von Schock- und Trauerschäden bei Tötung oder Schwerverletzung naher Angehöriger, Wien 2009.  
**OFTINGER, Karl/STARK, Emil, W.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995.

- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014. **TANDOĞAN, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Ankara 1961.
- ERLÜLE, Fulya**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015.
- GÜRSOY, Kemal, Tahir**, Manevi Zarar ve Tazmini, AÜHFHD, C. 30, Yıl: 1973, S. 1-4, s. 7 vd.
- HATEMİ, Hüseyin**, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, II. Cilt, İstanbul 1998 .
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.
- HÜTTE, Klaus**, Genugtuungsrecht im Wandel, SJZ 1988, s. 169 vd.
- KARAHASAN, Mustafa, Reşit**, Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- KELLER, Alfred**, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009.
- PFLÜGER, Stephanie**, Schmerzensgeld für Angehörige, Bielefeld 2005.
- REİSOĞLU, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014. **GENÇ, ARIDEMİR, Arzu**, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008.
- SAYMEN, Ferit Hakkı**, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940.
- TAMAN, Şülkran**, Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat (BK. m. 47), İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1984.
- TEKİNAY, Selahattin, S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976.
- WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre**, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts Vorentwurf eines Bundesgesetzes, 2004.
- WILDHABER, Patricia**, Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzensgeld, Unter Berücksichtigung des liechtensteinischen, schweizerischen und österreichischen Rechts, Diss., Zürich 1999.





# ELEKTRONİK TİCARET HUKUKÎ İŞLEMLERİNİN AYRIMI – DİJİTAL İÇERİK VE HUKUKÎ NİTELİĞİ\*

## (Classification of Legal Transactions in E-Commerce – Digital Content and its Legal Nature)

Doç. Dr. Ümit GEZDER\*\*

### ÖZET

Bilgisayar teknolojisinin ticari hayatta getirdiği büyük dönüşüm, birçok yasal sorunu da ortaya çıkarmaktadır. Elektronik ortamda gerçekleştirilen hukuki işlemler, Elektronik Ticaret (E-Ticaret), dolaylı (offline) ve doğrudan (online) E-Ticaret hukukî işlemleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Gelişen bilgisayar teknolojisi, verinin naklini ve yükleme zamanlarını da hızlandırmış, bu da dijital içeriğin, mesela bilgisayar yazılımının, müziğin, videonun vs. doğrudan (online) E-Ticaret hukukî işlemlerine konu olmasını sağlamıştır. Dijital içeriğin çoğunlukla CD gibi bir maddî veri taşıyıcı ile tesliminden, indirilerek teslimine geçiş, bazı hukukî sorunlar çıkarmaktadır. Makalemizde bu konular, haklarındaki özel yasal düzenlemelerle birlikte ele alınmaya çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Elektronik Ticaret, e-ticaret, dijital içerik, veri, maddî veri taşıyıcı

### *Abstract*

The great transformations in trade brought on by computer technology results in various legal problems. The legal actions carried out electronically, the Electronic Commerce (E-Commerce), are classified as either indirect (offline) or direct (online) e-commerce legal transactions. Developments in computer technology have increased the speed of transfer of data and decreased the loading time, enabling digital content, such as computer software, music, videos, etc. to be subject to direct (online) E-commerce legal transactions. The shift from delivering digital content mainly on tangible mediums such as CD's, to delivering the content as downloads, creates some legal problems. Our article discusses these and the specific legal rules, which were laid down for them.

**Keywords:** Electronic Commerce, e-commerce, digital content, data, tangible medium

---

\* Bu makalenin temelini, 11.04.2013'te İ.Ü.H.F. B.H.K. Bilişim Hukuku Konferansları-6'da "Dijital Ürünlerin Hukukî Niteliği" başlığıyla sunduğumuz Tebliğ teşkil etmektedir.

\*\* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

Günümüz bilgisayar teknolojisindeki gelişmeler, Bilgisayar Hukuku'nu<sup>1</sup> ortaya çıkarmıştır. Buna göre, bilgisayar teknolojisinin beraberinde getirdiği dönüşüm, günümüzde, mesela mal ve hizmetlerin pazarlanmasında, satışında ve sağlanmasında yeni yöntemler sunarak, örneğin 1970'li yılların başlarında Electronic Data Interchange (EDI) teknolojisi aracılığıyla elektronik yolla akdedilen sözleşmelerin varlığının belirmesi<sup>2</sup> ve özellikle açık dijital sistemlerin ve bunların en yaygın olan internetin hızlı gelişmesi ve buna paralel olarak sunduğu araçlar, sınırları olmayan siber âlemde her geçen gün daha fazla bir şekilde elektronik yolla akdedilen sözleşmeleri günlük hayatımıza dâhil etmesi gibi olumlu katkıları yanında, farklı tiplerde yasal sorunları da gündeme getirmiş ve getirmeye devam etmektedir. Gelişen bilgi teknolojisi, eskiden gelip geçici bir olgu olarak kabul edilen bilgiyi sanki fiziksel bir varlığa sahip olan bir eşyaymış gibi ticaretinin yapılabileceği bir şeye dönüşümünü olanaklı kılmıştır. Böylece mesela bilgisayar yazılım ticarethaneleri, bilgisayar programları şeklinde uygulanan bilgileri satmakta ve bu bilgilerin çoğu insanın çabasıyla değil de bilgisayar kontrollü işlemlerin sonucu olarak meydana getirilmektedir<sup>3</sup>.

Bu bağlamda, bu Makalenin ilgisi açısından, mademki ticaretin konusu geleneksel hukukta eşya ve hizmet olarak sınıflandırılmaktadır<sup>4</sup>, özellikle dijital içeriğin, mesela bir bilgisayar yazılımının, geleneksel ayırmada nerede yer alacağı tartışılacaktır. Bu nedenle bu Makalede, dijital içeriğin, bu geleneksel ayırmada nereye ait olduğu belirlenmeye çalışılacak, onun öncesinde ise Elektronik Ticaret (E-Ticaret) ve bu kapsamda yapılan hukukî işlemler ele alınacaktır.

## I. Elektronik Ticaret (E-Ticaret)

### A. Tanımı

E-Ticaret, kimler arasında gerçekleştiğine bakmaksızın, elektronik bilişim ağı'nın<sup>5</sup> (Network), yani EDI için kullanılan kapalı bilişim ağları ya da internet gibi elektronik bilişim ağının açık bir şekli, içinde ya da elektronik bilişim ağı ile gerçek-

<sup>1</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Chris **Reed**, **Computer Law**, Ed. by Chris Reed, Fourth Edition, London, Blackstone Press Limited, London 2000, s. 2 ve dnt. 2; Ümit **Gezder**, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, 1.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul Mart 2004, s. 2.

<sup>2</sup> Bkz.: **Gezder**, s. 1, 21.

<sup>3</sup> Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.: **Reed**, s. 2 vd.

<sup>4</sup> Bkz.: **Reed**, s. 2; **Gezder**, s. 2.

<sup>5</sup> "Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik" ("ET Yönetmelik") (bkz.: **RG.**: 26.08.2015, Sayı: 29457) m.4 f.1 b.a'ya göre, "(1) *Bu Yönetmelikte geçen; a) Ağ: Elektronik ticarete dair işlemlerin yapılmasına imkân sağlayan internet gibi bilgisayar tabanlı ortamları, ifade eder.*"

leşen hukukî işlemleri içermektedir. E-Ticaret sayılması açısından tek önemli faktör, hukukî işlemleri düzenleyen çeşitli elektronik iletişim araçlarının bizzat kendileridir. Bu nedenle, hukukî işlemlerin elektronik iletişimin bir şeklini kullanması tek önemli faktör olduğundan, bu iletişimlerin kapalı bilişim ağı olan EDI<sup>6</sup> aracılığıyla ya da açık bilişim ağı olan internet gibi elektronik bilişim ağının diğer bir şekliyle veya hatta bu sistemlerin bir bileşimi ile meydana gelip gelmediği, E-Ticaretin, doktrin- de kabul gören, tanımı açısından önem taşımamaktadır. Elektronik iletişim araçları ile, mesela pazarlamanın ilk aşamasından siparişlerin verilmesine kadar gerçekleşen hukukî işlemler ve hatta sözleşmenin ifası dâhi gerçekleştirilebilmektedir<sup>7</sup>. Şu hâlde, E-Ticaret, ancak elektronik bilişim ağında gerçekleşen ticarete, konumuz itibariyle hukukî işlemlere verilen addır<sup>8</sup>.

01.05.2015 tarihinde yürürlüğe giren 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun<sup>9</sup> (E-Ticaret Kanunu) m.2 f.1 b.âya göre, “(1) *Bu Kanunun uygulanmasında; a) Elektronik ticaret: Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti, ifade eder.*” Bu tanıma göre, E-Ticaret Kanunu’nun uygulama alanı açısından, E-Ticaret, sadece çevrim içi (online) faaliyetleri kapsamaktadır. ET Yönetmelik m.4 f.1 b.êde de “(1) *Bu Yönetmelikte geçen; .... e) Elektronik ticaret: Fizikî olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadî ve ticari her türlü faaliyeti, ifade eder.*” denerek, aynı tanım tekrar edilmiştir. E-Ticaret için bir üst paragrafta verdiğimiz tanım ve belki bundan da önemlisi yasal düzenlemenin kendi içerisindeki uyumunu sağlamak için, mesela E-Ticaret Kanunu m.2 f.1 b.c’deki “ticari elektronik ileti” için yapılan tanım<sup>10</sup> nazara alındığında, bu tanım/tanımların tekrar gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

E-Ticaret Kanunu m.2 f.1 b.âdaki tanıma göre E-Ticaret, **elektronik ortamda** gerçekleştirilen her türlü faaliyettir. Buna göre elektronik ortamdan ne anlaşıldığına bakılmalıdır. E-Ticaret Kanunu “elektronik ortamı” özel olarak tanımlamış değildir. Ancak m.2 f.1 b.c’de “ticari elektronik ileti”yi tanımlarken, “... *Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen .....*, ifade eder.” denmektedir. “Gibi” ibaresi ile de bu sayılanların örnek

<sup>6</sup> Electronic data interchange (EDI): elektronik veri değişimi.

<sup>7</sup> Bkz.: Chris Reed/Lars Davies, iç: **Computer Law**, Ed. by Chris Reed, Fourth Edition, London, Blackstone Press Limited, London 2000, s. 300; **Gezder**, s. 8-9.

<sup>8</sup> **Gezder**, s. 9. Farklı görüş için bkz.: **a.g.e.**, s. 9.

<sup>9</sup> **RG**. 05.11.2014, Sayı: 29166.

<sup>10</sup> E-Ticaret Kanunu m.2 f.1 b.c’ya göre, “c) **Ticari elektronik ileti: Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri, ifade eder.**”

kabilinden olduğu da belirtilmektedir. Buna göre, E-Ticaret Kanunu, elektronik ortamı, telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti vs.'yi kapsayan bir şekilde, çok geniş olarak değerlendirmektedir, sonucu çıkarılabilecektir. Oysa m.2 f.1 b.â'daki, "(1) Bu Kanunun uygulanmasında; a) **Elektronik ticaret**: .... **elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi** iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti, ifade eder." ibaresi ile E-Ticaret Kanunu, E-Ticareti, ancak **elektronik bilişim ağında** gerçekleşen ticaret olarak, bu yönüyle isabetli bir şekilde, kabul ettiği görülmektedir. ET Yönetmelik m.4 f.1 b.d'ye göre ise, "(1) Bu Yönetmelikte geçen; d) **Elektronik ortam**: Verilerin sayısallaştırılarak depolanması, işlenmesi, saklanması ve iletilmesinin sağlandığı ortamı, ifade eder."

Ağlarda ve özellikle internet gibi elektronik bilişim ağının açık bir şekilde yapılan işlemler, E-Ticaret Kanunu m.2 f.1 b.â'nın ifadesiyle faaliyetler, her geçen gün farklı amaçlarla artarak devam etmektedir. Konumuz itibarıyla önem arzeden, elektronik bilişim ağının açık bir şekli olan ve şu anda en yaygın olarak kullanılan internette gerçekleşen ticarete, E-Ticarette, dijital içeriğin hukukî niteliği olduğundan, buna göre bir ayımla anlatım yapmaya çalışacağız.

## B. E-Ticaret Hukukî İşlemlerinin Ayırımı

### 1. Genel olarak

E-Ticaret işlemlerinin konumuz açısından önem taşıyan ayırımında, internet üzerinde yapılan hukukî işlemler, dolaylı (offline) ve doğrudan (online) E-Ticaret hukukî işlemleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre herhangi bir E-Ticaret hukukî işlemi ya offline hukukî işlemi, yani dolaylı E-Ticaret hukukî işlemi ya da online hukukî işlemi, yani doğrudan E-Ticaret hukukî işlemi olarak vasıflandırılabilir<sup>11</sup>.

### 2. Offline Hukukî İşlemler

Offline hukukî işlemler olarak adlandırılan dolaylı E-Ticaret işlemleri, tarafların internette online olarak bir sözleşme kurmaları, ancak sözleşmesel yükümlülüklerini, mesela, kitabın, oyuncağın, elbisenin teslimini, hizmetlerin ifasını, satış bedelinin ödenmesini internette değil de geleneksel bir yolla, yani "offline" yerine getirmeleridir<sup>12</sup>. Bu nedenle, internette mesela maddî bir malın satışı daima bir dolaylı E-Ticaret işlemi teşkil edecektir. Bir hizmetin sağlanmasıyla alakalı maddî malların teslimi,

<sup>11</sup> Bkz.: **Gezder**, s. 106.

<sup>12</sup> Markus **Köhler**/Hans-Wolfgang **Arndt**, **Rechts des Internet**, 2. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2000, s. 27; Petra **Dilger**, **Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet**, Verlag C.H. Beck, München 2002, s. 33; Alexander **Duisberg**/Wolfgang **Fritzemeyer**/Serge **Gjirath**, **Doing E-Commerce in Europe**, Baker&Mc Kenzie, 2001, s. 5; **Gezder**, s. 107; Offline hukukî işlemler ile online hukukî işlemler arasındaki farklar için özellikle bkz.: Hans-Werner **Moritz**, "Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr", **CR** 2000, s. 61-62.

mesela, internet aracılığıyla satılan bir uçak biletinin alıcıya fiziki olarak teslimi, keza bir dolaylı E-Ticaret işlemi oluşturacaktır<sup>13</sup>. Sadece offline hukukî işlemler yapan internet siteleri yanında, internette online hukukî işlemler yapan web siteleri de bulunmaktadır<sup>14</sup>.

### 3. Online Hukukî İşlemler

Tarafların sadece sözleşme kurmaları değil, aynı zamanda tüm sözleşmesel yükümlülüklerini de internet aracılığıyla, yani “online” ifa etmeleri halinde ise, online hukukî işlemler olarak adlandırılan doğrudan E-Ticaret işlemleri söz konusudur<sup>15</sup>. Şu hâlde, bunlarda sözleşmesel ifalar da doğrudan doğruya online gerçekleştirilmektedir.

Bunlarda internet üzerinde mal ya da hizmetler dijitalize edilmiş olarak doğrudan doğruya mevcut olmakta, sözleşmenin kuruluşu ve ifa internet üzerinde online yerine getirilmektedir<sup>16</sup>. Böyle bir online hukukî işlem sadece eğer fiziksel varlığı olmayan mallar, yani gayri maddî mallar ya da hizmetler münhasıran elektronik yollarla, konumuz açısından internet ile, ifa ediliyorsa olanak dahilindedir<sup>17</sup>. Teslim eden için mal veya sağlayan için hizmet dijital ya da dijitalize edilebilir olması gerektiğinden, alıcıya internet aracılığıyla yüklenen bilgisayar yazılımı, film, müzik ya da elektronik kitap vb.’nin satışı bir online hukukî işlemi teşkil edecektir<sup>18</sup>. Sözleşme derhal online ifa edilebildiğinden, internet veritabanı sözleşmeleri, online hukukî işlemlerin en tipik örneklerinden birisidir. İnternet veritabanı sözleşmelerinde de edim dijital formda gerçekleştiğinden, tek bir kopyası bile kaldığı sürece sözleşme konusu ürünün stoku tükenememektedir<sup>19</sup>.

## III. Dijital İçerik ve Hukukî Niteliği

### A. Dijital içerik

#### 1. Genel olarak

Sürekli gelişen teknoloji, verinin naklini ve yükleme zamanlarını da hızlandırarak, internet üzerinde ses, görüntü vb. de dâhil, doğrudan E-Ticaret için büyük bir

<sup>13</sup> Bkz.: **Duisberg/Fritzemeyer/Gijrath**, s. 5; **Gezder**, s. 107.

<sup>14</sup> Bkz.: **Dilger**, s. 33.

<sup>15</sup> **Köhler/Arndt**, s. 28; **Dilger**, s. 33; **Gezder**, s. 107; **Duisberg/Fritzemeyer/Gijrath**, s. 5.

<sup>16</sup> **Dilger**, s. 33; **Köhler/Arndt**, s. 28; **Gezder**, s. 107.

<sup>17</sup> **Gezder**, s. 107; **Duisberg/Fritzemeyer/Gijrath**, s. 5.

<sup>18</sup> **Köhler/Arndt**, s. 28; **Dilger**, s. 33; **Gezder**, s. 107-108; **Duisberg/Fritzemeyer/Gijrath**, s. 5.

<sup>19</sup> Bkz.: **Gezder**, s. 109; Oliver **Frei**, *Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet*, y.y., Zürich 2001, s. 59-60; Heinrich **Honsell/Thomas Pietruszak**, “Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr”, **AJP** 2001, s. 772.

potansiyel yaratmaktadır<sup>20</sup>. Bu sebeple günümüzde, mesela bilgisayarımıza yükleyeceğimiz bir bilgisayar yazılımını ya da programını<sup>21</sup>, beğendiğimiz bir sanatçının müzik albümünü birkaç farklı şekilde edinebiliriz:

a) Bunun için birinci yol geleneksel olandır. Yani bu ürünleri satan dükkâna fiziksel olarak gidip bu yazılımın ve/veya müzik albümünün CD'sini<sup>22</sup> satın alabiliriz. Bu durumda, kolayca anlaşılacağı üzere, bir E-Ticaret işlemi söz konusu değildir.

b) Diğer bir yol ise, mesela internet araçlarıyla sözleşme kurup geleneksel postanın teslimi aracılığıyla bu CD'leri satın alabilecek olmamızdır. Bu durumun az yukarıda açıkladığımız geleneksel yoldan farkı, bizim bilgisayar ürünleri ve/veya müzik ürünleri satan dükkâna fiziksel olarak gitmememiz, örneğin evde koltuğumuzda otururken bilgisayarımızda veya akıllı telefonumuzda bu sözleşmeyi yapabilmemizdir. Ancak bu şıkta, ilgili ürünlerin teslimi geleneksel yolla yapılmakta, yani bilgisayar yazılımını veya müzik albümünü içeren CD'ler, başka bir ifadeyle içerik, ilk şıkta olduğu gibi, bize maddî veri taşıyıcılar, yani maddî mallar ile teslim edilmektedir. Yukarıda bunları dolaylı E-Ticaret hukukî işlemleri, yani offline hukukî işlemler olarak adlandırdık.

c) Diğer bir yol ise, bu bilgisayar yazılımı ve/veya müzik albümü için sözleşmeyi, ikinci şıkta olduğu gibi, internet araçlarıyla kurabilmemiz, ancak bu ürünlerin tesliminin, ikinci şıkta olduğu gibi, maddî bir veri taşıyıcının, yani mesela bir CD'nin geleneksel posta aracılığıyla teslimiyle değil de, normalde maddî veri taşıyıcılarda, mesela CD'lerde yer alan bir müzik albümünün bizim bilgisayarımıza bit olarak gönderilip yüklenmesiyle vuku bulabilmesidir<sup>23</sup>. Yukarıda bunları doğrudan E-Ticaret hukukî işlemleri, yani online hukukî işlemler olarak adlandırdık. Şu hâlde, dijital içeriğin, mesela bilgisayar yazılımlarının, videoların, ses kayıtlarının vs. ya maddî bir veri taşıyıcı ile ya da elektronik iletişim aracı kullanılarak teslimi yapılabilir.

## 2. Yasal düzenleme

Daha hızlı ağlar ve teknik olarak gelişmiş cihazlar, dijital içeriğin mesafeli sözleş-

<sup>20</sup> Duisberg/Fritzemeyer/Gjirath, s. 5; Gezder, s. 106.

<sup>21</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (RG. 13.12.1951, Sayı: 7981) m.1/B f.1'e göre, "Bu Kanunda geçen tanımlardan; .... g) **Bilgisayar programı:** Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını, ... ifade eder."

<sup>22</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu "5.Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesi" kenar başlıklı m.44'ün 2.fıkrasına göre, "(Değişik fıkra: 03/03/2001 - 4630/23. md.) Her türlü boş video kaseti, ses kaseti, bilgisayar disketi, CD, DVD gibi taşıyıcı materyaller ile, **fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmasına yarayan her türlü teknik cihazı** ticari amaçlı imal veya ithal eden gerçek ve tüzel kişiler, ...."

<sup>23</sup> Bu konuda özellikle bkz.: Philipp Wittgenstein, "Über die negativen Auswirkungen einer Verstärkung des Urheberrechts auf die Entwicklung des Internet," UFITA, 2000/I, s. 65-66.

meler ile ticaretinin yapılmasını daha etkili hale getirmiştir<sup>24</sup>. Bunu dikkate alan Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, “Tüketici Hakları Hakkındaki 25 Ekim 2011 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2011/83/EU sayılı Direktifi” (“Tüketici Hakları Direktifi”)<sup>25</sup> ile, 04 Haziran 1997’de yayımlanıp yürürlüğe konulan ve Tüketici Hakları Direktifi ile değiştirilen, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicilerin Korunması Hakkındaki 20 Mayıs 1997 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 97/7/EC sayılı Direktifi”nde (“EMS Direktifi”)<sup>26</sup> ayrıca yer verilmeyen dijital içerik için, özel bir düzenleme getirmiştir.

Böylece Tüketici Hakları Direktifi sadece maddî şeyleri değil, keza dijital içeriği de kapsamına aldığı açık bir şekilde göstermektedir (bkz.: Tüketici Hakları Direktifi m.2 (11)). Her ne kadar Tüketici Hakları Direktifi’nin maddî uygulama alanı, orijinal planların aksine özellikle mesafeli ve işyeri dışındaki işlemlerle sınırlandırılmış olsa da, Tüketici Hakları Direktifi, bugün ekonomik hayatta dijital içeriğin ticaretinin yapılabildiği mal olarak kabulüne katıldığını, bu düzenleme ile, açıkça ortaya koymaktadır<sup>27</sup>.

Avrupa Birliği’ndeki (AB) bu gelişmeye uygun olarak, Türkiye’de de, ilk defa 2003 tarihli 4822 SK.’da m.9/A ile eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a (ETKHK) ilave edilen mesafeli sözleşmeler hükmünde ve ona dayanılarak çıkarılan Yönetmeliklerde açıkça yer almamasına rağmen, Tüketici Hakları Direktifi’ni de hukukumuza uyarlamayı amaçlayan 07.11.2013 tarihli 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>28</sup> (TKHK) m.48 f.6’nın, “(6) *Mesafeli sözleşmelerde, kapsam dışı sözleşmeler, tüketici ile satıcı ve sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.*” hükmüne ve yine TKHK’nın 84.maddesi hükmüne dayanılarak çıkarılan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde (MSY)<sup>29</sup> dijital içerik özel olarak düzenlenmiştir.

Mademki mehzaz Tüketici Hakları Direktifi ve bunu uyarlamaya çalışan MSY’i sadece maddî şeyleri değil, keza dijital içeriği de açıkça kapsamaktadır, dijital içeriğin sadece yasal tanımının değil aynı zamanda hukukî niteliğinin de, özellikle Tüketici

<sup>24</sup> Felix **Buchmann**, “Das neue Fernabsatzrecht 2014 (Teil 6) - Besonderheiten bei digitalen Inhalten”, **K&R** 2014, s. 621.

<sup>25</sup> Tüketici Hakları Direktifi için bkz.: OJ L 304/64, 22.11.2011.

<sup>26</sup> EMS Direktifi için bkz.: OJ L 144, 04.06.1997, s. 19-27.

<sup>27</sup> Michael **Lehmann**, “E-Commerce in der EU und die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher”, **CR** 2012, s. 264; Johannes **Druschel**/Mike **Oehmichen**, “Digitaler Wandel 3.0? – Anregungen aus Verbrauchersicht Teil I – Aktueller Stand der Rechtsordnung für digitale Güter auf nationaler und europarechtlicher Ebene”, **CR** 2015, s. 175.

<sup>28</sup> **RG.** 28.11.2013 - Sayı: 28835.

<sup>29</sup> **RG.** 27.11.2014 - Sayısı: 29188.

Hakları Direktifi Recital 19'un aşağıda belirtilecek olan ifadeleri karşısında, belirlenmesi gerekmektedir.

### 3. Tanımı

Mehaz Tüketici Hakları Direktifi m.2 (11)'e göre, "*dijital içerik, dijital şekilde üretilen ve sunulan veriler anlamına gelmektedir.*" MSY m.4 f.1 b.a'da ise dijital içerik, bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital şekilde sunulan her türlü veri, olarak tarif edilmektedir. Mehaz Tüketici Hakları Direktifi Recital 19'a göre dijital içerik, bilgisayar programları, uygulamalar (Apps), oyunlar, müzik, videolar ve metinler gibi dijital şekilde üretilen ve sunulan, maddî bir veri taşıyıcıdan veya diğer bir araç aracılığıyla, indirilerek (downloading) veya veri akışıyla (streaming) ulaşıp ulaşılmadığına bakmaksızın, veri anlamına gelmektedir. Şu hâlde, dijital içerik olması için dijital şekilde üretilmesi ve sunulması gereken veriye, maddî bir veri taşıyıcıdan veya diğer bir araç aracılığıyla, indirilerek veya veri akışıyla ulaşıp ulaşılmadığının, onun dijital içerik sayılması açısından ehemmiyetsiz olacağı, mehaz Tüketici Hakları Direktifi Recital 19'a dayanılarak, söylenebilecektir.

## B. Hukukî Niteliği

### 1. Genel Olarak

Dijital içeriğin hukukî niteliğinin belirlenmesinde, mehaz Tüketici Hakları Direktifi Recital 19'daki ifadeler çerçevesinde, dijital içeriğin maddî bir veri taşıyıcıyla sunulup sunulmamasına göre ikili bir ayırım yapmak fayda sağlayacaktır.

### 2. Dijital içerik maddî bir veri taşıyıcıyla sunulmuş ise

#### a. Genel olarak

Mehaz Tüketici Hakları Direktifi Recital 19'a göre, dijital içerik, bir CD veya DVD gibi maddî bir veri taşıyıcıda sunulmuş ise, bu Direktif anlamında, **mal** olarak değerlendirilmelidir.

Mal parasal değeri ve böylece ticari işlemlerin konusu olabilecek bir şeydir<sup>30</sup>. Hukukî açıdan mal, haklara konu olabilecek bütün şeyleri ifade eder. Haklara ancak malların konu olabileceği, kural olarak kabul edilmektedir. Haklara hangi malların konu olacağı ise hukuk düzeni tarafından belirlendiğinden, mal hem doğal hem de hukukî bir kavramdır. Malın bu niteliği, onun şey ile eşanlamda olmadığını da göstermektedir<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Bkz.: **Dilger**, s. 97-99.

<sup>31</sup> Jale G. **Akıpek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku**, Beta, İstanbul 2009, s. 25.



### **b. Tüketici Hakları Direktifi ve TKHK’da mal kavramı**

Mehaz Tüketici Hakları Direktifi m.2 (3) malı, genel olarak<sup>32</sup>, taşınabilen maddî şey olarak tarif etmekte ve su, gaz ve elektriği ise, bu Direktifin anladığı çerçevede, ancak sınırlı hacimde ve miktarda satışa sunulmuş ise mal olarak kabul etmektedir. TKHK m.3 f.1 b.h’de yapılan, “*b) Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddî malları, ifade eder.*” hükmü, MSY m.4 f.1 b.d’de de aynen tekrar edilmiştir.

### **c. Malların çeşitleri**

Mallar, kural olarak, maddî ve gayri maddî mallar<sup>33</sup> olmak üzere ikiye ayrılır.

#### 1) Maddî mallar

Doğal anlamda maddî mallar, cismani varlığı olan, hissedilen veya bir mekânda sınırlı bir yer kaplayan şeylerdir. Bu nedenle katı şeyler, sıvılar ve hatta mekânda sınırlı bir yer kapladıklarından dolayı gazlar da maddî mallardandır. Mal kavramı hem doğal hem de hukukî bir kavram olduğundan, nelerin maddî mal kavramına gireceğini yine hukuk düzeni belirleyecektir<sup>34</sup>.

#### 2) Gayri maddî mallar

Gayri maddî mallar, cismani bir varlığı olmayan, yani elle tutulup gözle görülemeyen, hissedilemeyen, mekânda bir yer kaplamayan şeylerdir. Gayri maddî mallar, cismani bir varlığı olmamasına rağmen, haklara konu olabileceği hukuk düzenince kabul edilen, para ile ölçülebilen ekonomik değerler olduğundan, bunlara maddî olmayan (gayri maddî) mallar denmektedir<sup>35</sup>.

Gayri maddî mallar iki türdür: a) Malvarlığı hakları ve b) fikir ürünü olan eserler.

<sup>32</sup> İstisnalar için bkz.: Tüketici Hakları Direktifi m.2 (3).

<sup>33</sup> Belirtilmelidir ki, eşya için maddî eşya-gayri maddî eşya ayırımı Roma Hukuku’ndan gelmektedir. Fransız Hukuku’nda da benimsenen bu ayırım, fikrî haklar için “fikrî mülkiyet” deyiminin kullanılmasını getirmiştir. Uluslararası Örgüt de bu deyimini kullanmaktadır (M.Kemal **Oğuzman/Özer Selçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul 2009, s. 6, dnt.18). Nitekim Türkiye’nin de 12 Mayıs 1976’dan itibaren üyesi olduğu ve şu an itibarıyla 188 üyesi bulunan bu Örgüt, “**Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü**” (The World Intellectual Property Organization / L’organisation mondiale de la propriété intellectuelle (WIPO-OMPI)) olarak anılmaktadır (bkz.: <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>; <http://www.telifhaklari.gov.tr/ana/sayfa.asp?id=350>).

<sup>34</sup> **Akipek/Akıntürk**, s. 25.

<sup>35</sup> **Akipek/Akıntürk**, s. 26.

a) *Malvarlığı hakları*

Gayri maddî mallardan ilki, parasal bir değer taşıyan, para ile ölçülebilir bir değeri olan, yani malvarlığını oluşturan malvarlığı haklarıdır<sup>36</sup>.

b) *Fikir ve San'at Eserleri*<sup>37</sup>

Fikir ürünü olan eserler<sup>38</sup>, insan çabası ve yaratıcılığı ile vücuda gelirler ve sınırlı sayıda ve belirli yollardan biriyle kullanılabilir statik sonuçlarla üretilirler<sup>39</sup>. Gayri maddî mallardan olan fikir ürünü olan eserler de, parasal bir değer taşırlar, para ile ölçülebilir bir değeri vardır. Bunlara, icat, şiir, roman veya beste gibi insan zekâsının ve düşüncesinin ürünü olan şeyler örnek olarak verilebilecektir. İnsan zekâsının ve düşüncesinin ürünlerinin, yani fikir ürünlerinin örneğin edebi bir eserin bir kitapta, resmin bir tabloda, şarkının notalara yazılarak maddî bir şekilde, tabir caizse, cisimlendirilmesi ve böylece birer maddî malda şekillendirilmeleri mümkündür. Ancak bu fikir ürünlerinin varlığı, mutlaka onların cisimlendirilmesine bağlı da değildir<sup>40</sup>.

### 3. Dijital içerik maddî bir veri taşıyıcıyla sunulmamış ise

#### a. Genel olarak

Mehaz Tüketici Hakları Direktifi Recital 19'a göre, maddî bir veri taşıyıcıda sunulmayan dijital içeriğe yönelik sözleşmeler, bu Direktifin amacı açısından, ne satış sözleşmeleri ne de hizmet sözleşmeleri olarak sınıflandırılabilirler. Ancak, bu ifadeye rağmen, Tüketici Hakları Direktifi Recital 19, maddî bir veri taşıyıcıda sunulmayan dijital içerik için herhangi bir hukukî nitelendirme yapmamaktadır. Bu konuda yeni düzenlemeler yapılması gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>36</sup> Akipek/Akıntürk, s. 26.

<sup>37</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu "B-Fikir ve Sanat Eserlerinin Çeşitleri, I- İlim ve Edebiyat Eserleri:" kenar başlıklı m.2'ye göre, "İlim ve edebiyat eserleri şunlardır: 1. (Değişik bent: 07/06/1995 - 4110/1 md.) **Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları, ...**"

<sup>38</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.1/B f.1'e göre, "Bu Kanunda geçen tanımlardan; **a) Eser:** Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini, **b) Eser sahibi:** Eseri meydana getiren ...\* kişiyi, ... ifade eder."

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu "Amaç" kenar başlıklı m.1'e göre, "(Değişik madde: 03/03/2001 - 4630/1. md.) Bu Kanunun amacı, **fikir ve sanat eserlerini** meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmektir."

<sup>39</sup> Reed, s. 2; Gezder, s. 3.

<sup>40</sup> Bkz.: Akipek/Akıntürk, s. 26.

TKHK m.3 f.1 b.h'de, ve bunu aynen tekrar eden MSY m.4 f.1 b.d'de, “h) **Mal:** *Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları, ifade eder.*” hükmü ile, dijital içeriğin maddî bir veri taşıyıcısıyla sunulup sunulmadığına yönelik bir ayırım açıkça ifade edilmeden bir düzenleme yapılmıştır. Yukarıda yapılan tasnife göre gayri maddî mallar da malın bir çeşidi olduğundan, burada yapılan nitelendirmenin isabetli olup olmadığına, mal olarak nitelendirmede gerekli olan kriterlerin burada gerçekleşip gerçekleşmediğine göre karar verilecektir.

### **b. Mal olarak nitelenmek için hangi kriterlerin uygulanacağı**

#### 1) Maddî kriter

Maddî bir veri taşıyıcıda sunulmayan dijital içeriği, mesela bir yazılımı, mal olarak nitelenmek için ilgili kriterlere uygunluğunun ortaya konulması gerekir. Mal olarak nitelendirebilmek için Alman doktrininde her şeyden önce maddî kriter ileri sürülmektedir. Bu maddî kriter, elektronik ortamda yapılan çoğu sözleşme kuruluşunda mal ve hizmet arasında bir sınırlama getirmektedir. Eğer somut olayda mal ile hizmetin bir karışımı söz konusu ise, ağırlık noktası teorisine göre bir belirleme yapılmaktadır<sup>41</sup>. Ancak mehaz Tüketici Hakları Direktifi m.2 (5)'de satış sözleşmesinin konusunu malların teşkil edeceği, ayrıca konusunu hem mal hem de hizmet teşkil eden her bir sözleşmenin de satış sözleşmesi olarak addedileceğinin hükme bağlandığı, burada belirtilmelidir.

Doktrinde bir görüşe göre<sup>42</sup>, dijital içeriğin mal ya da hizmet olarak sınıflandırılması her bir ürünün şahsi karakterine göre yapılmalıdır.

Alman doktrinindeki baskın görüşe göre, yazılım maddî bir veri taşıyıcıyla, mesela bir CD ile satılırsa, mal satışı söz konusudur. Aynı yazılım internet yoluyla maddî bir veri taşıyıcı olmadan satılırsa bir sorun ortaya çıkmaktadır. Zira maddî kriter burada yardımcı olmamaktadır. Bu durumda mal olup olmadığını belirlemede maddi kriterin karar verici olmadığı belirtilmekte ve buna gerekçe olarak da maddî olmayan elektrikliğin mal olarak kabul edilmesi gösterilmektedir<sup>43</sup>. Madem ki maddî kriter karar verici olamamaktadır, şu hâlde, malın diğer iki karakterine, yani standartlaştırılma ve stok edilebilme karakterlerine bakmak gereklidir.

#### 2) Standartlaştırılma

Malın standartlaştırılması, onun ilk karakteristiğini teşkil etmektedir. Hizmet ise kişinin şahsına yöneliktir. Mesela, bir online danışma müşterinin detaylı isteklerine cevap vermektedir.

<sup>41</sup> Bu konuda özellikle bkz.: Dilger, s. 97-99.

<sup>42</sup> Bkz.: Peter Lenda, **Internet and Choice – of – Law**, Unipub Forlag, Oslo 2001, s. 81.

<sup>43</sup> Bu konuda geniş bilgi ve mahkeme kararları için bkz.: Dilger, s. 97-99.

### 3) Stok edilebilme

Malın genellikle stok edilebilmesi onun ikinci karakteristiğidir. Hizmet ise genellikle saklanamaz, stok edilemez, çoğu zaman hemen tüketilir.

Şu hâlde, dijital içerik, mesela bilgisayar yazılımı, maddî bir veri taşıyıcıyla sunulmayıp da örneğin internet araçlarıyla indirilerek ya da veri akışıyla teslim edilirse, kişi genellikle bilgisayar yazılımının teslim şekline bakmaksızın standardize edilen yazılımı sipariş ettiğinden, **standardize edilmesi** yazılımın mal olması lehine bir nokta teşkil edecek ve ayrıca bu kişi kendi bilgisayarında hard diske kaydettiği bilgisayar yazılımını, kural olarak, mesela bir CD ROM'a, bir USB Flash Belleğine kaydedebileceğinden ve böylece onu maddî olarak **stoklayabileceğinden**, dijital içerik, örneğimizde bilgisayar yazılımı, mal olarak addedilebilmek için gerekli olan iki kriteri yerine getirdiğinden, mal olarak nitelendirilebilecektir<sup>44</sup>.

### c. *Tüketici Hakları Direktifi'ndeki düzenleme*

Yukarıda da belirtildiği gibi, Mehaz Tüketici Hakları Direktifi Recital 19'a göre, maddî bir veri taşıyıcıda sunulmayan dijital içeriğe yönelik sözleşmeler, bu Direktifin amacı açısından, ne satış sözleşmeleri ne de hizmet sözleşmeleri olarak sınıflandırılabilirler. Buna göre aşağıda satış ve hizmet sözleşmesini Tüketici Hakları Direktifi çerçevesinde belirlemeye çalışırken, Türk Hukuku'ndaki ilgili hükümlere de yer-  
receğiz.

#### 1) Satış sözleşmesi

Mehaz Tüketici Hakları Direktifi m.2 (5)'de satış sözleşmesinin konusunu malların teşkil edeceği, ayrıca konusunu hem mal hem de hizmet teşkil eden her bir sözleşmenin de satış sözleşmesi olarak addedileceği hükme bağlanmaktadır. TKHK ve MSY'de satış sözleşmesi tanımlanmadığı gibi hizmet sözleşmesi de tanımlanmamakta, bunun yerine tüketici işlemi tanımına yer verilmektedir. TKHK m.3 f.1 b.l'deki, "*1) Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ifade eder.*" tanımı nazara alındığında, tüketici işleminin konusunu mal veya hizmetin teşkil edeceği söylenebilecektir. "Satış Sözleşmesi" Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.207 f.1'de, "*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Satışın konusu, bu hükümde "satılan" olarak ifadesini bulmuştur. Buna göre para ile değiştirilebilir ve iktisadî değeri olan bütün

<sup>44</sup> Bkz.: Dilger, s. 99 vd.

maddî ve maddî olmayan varlıkların satış sözleşmesinin konusunu, yani satılanı teşkil edebileceği, doktrin ve yargı kararlarında belirtilmektedir<sup>45</sup>.

## 2) Hizmet sözleşmesi

Daha önce de belirtildiği gibi, ticaretin konusu olan hizmetler, mesela danışmanlık ya da iş görme gibi, esas olarak devamlı mevcudiyeti bulunmayan gelip geçici konulardır<sup>46</sup>.

Mehaz Tüketici Hakları Direktifi m.2 (6)'da hizmet sözleşmesi şöyle tanımlanmıştır: “*Hizmet sözleşmesi, tacirin bir hizmeti tüketiciye sağladığı ya da sağlamayı taahhüt ettiği ve tüketicinin de buna ilişkin ücreti ödediği veya ödemeyi taahhüt ettiği, satış sözleşmesi dışındaki herhangi bir sözleşme anlamına gelmektedir.*” Yukarıda belirtildiği gibi, ne TKHK'da ne de MSY'de hizmet sözleşmesi tanımlanmış değildir. Ancak tüketici işlemi ve ayrıca hizmet için de birer tanım yapılmıştır. Nitekim TKHK m.3 f.1 b.d'ye göre, “*d) Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ... ifade eder.*” MSY m.4 f.1 b.b'de de kelimesi kelimesine aynı tanıma yer verilmiştir.

## SONUÇ

Mademki maddî bir veri taşıyıcı olmadan online teslim edilen dijital içerik için bir malın iki karakteristiği, yani **standartlaştırılma** ve **stok edilebilme** mevcut olacaktır, dijital içerik, kural olarak, mal olarak kabul edilebilecektir. TKHK m.3 f.1 b.h'de, ve bunu aynen tekrar eden MSY m.4 f.1 b.d'de, “*h) Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları, ifade eder.*” denmektedir.

Mehaz Tüketici Hakları Direktifi Recital 19'da, maddî bir veri taşıyıcıda sunulmayan dijital içeriğe yönelik sözleşmelerin, bu Direktifin amacı açısından, ne satış sözleşmeleri ne de hizmet sözleşmeleri olarak sınıflandırılabilmesi belirtilmiş, ancak maddî bir veri taşıyıcıda sunulmayan bu dijital içerik için herhangi bir hukukî nitelendirmeye yer verilmemiştir. Dijital içerik için yeni düzenlemeler yapılması, kaçınılmaz olarak görülmektedir.

Dijital olarak gönderilebilen içerikler, kural olarak, sınırsız şekilde kopyalanabileceğinden, dijital içeriği konu alan sözleşmelerde cayma hakkının kullanılmasında, haklı olarak, sınırlandırmalar getirilmektedir. Nitekim “Cayma hakkının istisnaları”

<sup>45</sup> Bkz.: Cevdet **Yavuz**, **Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler**, 9. Bası, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Beta, İstanbul 2014, s. 55 ve dnt. 19, 20.

<sup>46</sup> Bkz.: **Reed**, s. 2.

kenar başlıklı MSY m.15 f.1 b.e ve ğ'ye göre, "(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tüketicici aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanamaz: ...

e) Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler. ....

ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayri maddi mallara ilişkin sözleşmeler."

## KAYNAKÇA

**Akipek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta, İstanbul 2009.

**Buchmann**, Felix, "Das neue Fernabsatzrecht 2014 (Teil 6) - Besonderheiten bei digitalen Inhalten", **K&R** 2014, s. 621 vd.

**Dilger**, Petra, **Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet**, Verlag C.H. Beck, München 2002.

**Druschel**, Johannes/**Oehmichen**, Mike, "Digitaler Wandel 3.0? – Anregungen aus Verbrauchersicht Teil I – Aktueller Stand der Rechtsordnung für digitale Güter auf nationaler und europarechtlicher Ebene", **CR** 2015, s. 173 vd.

**Duisberg**, Alexander/**Fritzemeyer**, Wolfgang/**Gjirath**, Serge, **Doing E-Commerce in Europe**, Baker&Mc Kenzie, 2001, www.bakernet.com (3 Eylül 2001).

**Frei**, Oliver, **Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet**, y.y., Zürich 2001.

**Gezder**, Ümit, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, 1.Bası, Beta, İstanbul Mart 2004.

**Honsell**, Heinrich/**Pietruszak**, Thomas, "Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr", **AJP** 2001, s. 771 vd.

**Köhler**, Markus/**Arndt**, Hans-Wolfgang, **Rechts des Internet**, 2. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2000.

**Lehmann**, Michael, "E-Commerce in der EU und die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher", **CR** 2012, s. 261 vd.

**Lenda**, Peter, **Internet and Choice – of – Law**, Unipub Forlag, Oslo 2001.

**Moritz**, Hans-Werner, "Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr", **CR** 2000, s. 61 vd.

**Oğuzman**, M.Kemal/**Seliçi Özer/Oktay-Özdemir**, Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz, İstanbul 2009.

**Reed**, Chris, **Computer Law**, Ed. Chris Reed, Fourth Edition, Blackstone Press Limited, London 2000.

**Reed**, Chris/**Davies**, Lars, iç: **Computer Law**, Ed. by Chris Reed, Fourth Edition, London, Blackstone Press Limited, London 2000.

**Yavuz**, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler**, 9. Bası, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Beta, İstanbul 2014.

**Wittgenstein**, Philipp, "Über die negativen Auswirkungen einer Verstärkung des Urheberrechts auf die Entwicklung des Internet," **UFITA** 2000/I, s. 39 vd.

# YAYIM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

## (The Subject of The Publishing Contract)

Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA\*

### ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yayım sözleşmesine ilişkin bazı hükümler değiştirilmiştir. Sözleşmenin tanımı da değişen hükümlerdendir (TBK m. 487). Tanımdaki değişiklik, sözleşmenin konusu da etkileyecek niteliktedir. Bu çalışmada da, yapılan değişikliğin sözleşmenin konusu üzerindeki etkisi incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Yayım sözleşmesi, eser, eser sahibi, eser üzerindeki haklar, Borçlar Kanunu

### *Abstract*

With Turkish Code of Obligations law no.6098 certain provisions relating to the publishing contract were amended. Also the description of contract was amended (Art.487). Amendments in description have the capacity to change the subject of the contract. Also in this study, focused the effects of the amendments that related subject of the contract.

**Keywords:** The publishing contract, work, the author, the author's rights, Code of Obligations

### GİRİŞ

Bir eserden yararlanmak için eser üzerindeki haklara dair hukukî işlemlerin yapılması, özellikle de sözleşmelerin akdedilmesi gerekir. Eserin, geniş bir kitleye ulaşması da çoğu zaman üzerindeki haklara dair tasarruflarla gerçekleşir. Yayım sözleşmesi de, eser sahibi ile eserden yararlanacaklar arasında adeta bir köprü vazifesi görür. Bu yönüyle, özellikle basılı ya da basılmaya elverişli eserler bakımından yayım sözleşmesinin özel bir önemi vardır.

Akdedilecek sözleşmeler ile devralanın ya da lisans alanın sözleşme konusu hakkı/hakları kullanması, onlardan yararlanması şart koşulabilir ya da hakkın/hakların

---

\* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

kullanılması, onlardan yararlanılması zorunlu olmaksızın sadece hakkın devri ya da lisans verilmesi ile yetinilebilir. Birinci ihtimalde ortada amaçlı devri hedef tutan bir sözleşme (*Verträge auf Zweckübertragung*), ikinci ihtimalde ise devir amaçlı bir sözleşme (*Verträge auf Veräusserungsübertragung*) söz konusu olur. Fikir ve sanat eserleri hukukunda, sözleşmelerin genellikle amaçlı devri hedef aldıkları ve sözleşme konusu hakkın/hakların (ister hakların devrine ister haklar üzerinde lisans tanınmasına ilişkin olsun), kural olarak kullanılmasının bir borç olarak ortaya çıktığı görülür. Amaçlı devri hedef tutan sözleşmelere verilebilecek tipik örneklerden biri de TBK m. 487 vd. hükümlerinde düzenlenen yayım sözleşmesidir. Bu sözleşme ile eser sahibi ya da halefi yayımlanmak üzere bir eseri yayımcıya bırakmayı, yayımcı da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlenir (TBK m. 487). Yayım sözleşmesinin tanımını içeren madde, eBK'daki düzenlemeye nazaran değiştirilmiştir. Değişikliğin ardından, özellikle de TBK m. 487 hükmünün lafzı karşısında, yayım sözleşmesinin konusunun ne olduğu tartışmaya açık hâle gelmiştir. Bu çalışmada, kanun değişikliğiyle birlikte tartışmaya açık hâle gelen yayım sözleşmesinin konusu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

## I. Temel kavramlar

Sözleşmenin konusunun anlaşılabilmesi ve ortaya konması için, yayım sözleşmesiyle ilgili bazı temel kavram ve hususların açıklanmasında yarar vardır. Aşağıda açıklamaya çalıştığımız temel kavramları, özellikle kısa tutuyoruz:

1. Yayım sözleşmesi yukarıda belirtildiği gibi amaçlı devri hedef tutan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile yayımcı, sadece çoğaltarak piyasaya sürme hakkını iktisap etmez, aynı zamanda eseri çoğaltarak piyasaya sürmeyi borçlanır (*bkz. Franko, Nisim: Türk Borçlar Kanununa göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (B.K. 373-381), Ankara 1981, s. 11*). Yayımcı, kararlaştırılan telif ücretini ödeyerek, sözleşmeden doğan asli borcunu ifa ettiğini ileri süremez; o, ayrıca eseri çoğaltarak piyasaya sunmalıdır. Bu esasın izlerini, çeşitli kanun maddelerinde görmek mümkündür. Eser üzerindeki haklar kullanılmaz ya da gereği gibi kullanılmazsa, sözleşme ile bağlılıktan kurtulma imkânını düzenleyen FSEK m. 58'de yer alan cayma hakkı örnek olarak verilebilir.

2. Yayım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Çoğaltılarak piyasaya sürülecek eseri için yazarına ya da hak sahibine ücret ödenmemesi, başka bir deyişle, ücretsiz olarak sözleşmenin akdedilmesi de bu sonucu değiştirmez. Zira ücret herhalde sözleşmenin zorunlu bir unsuru değildir fakat devredilen hakların kullanılması yayımcı açısından zorunludur.

3. Yayım sözleşmesi şekle bağlıdır. TBK m. 488 hükmünde, yayım sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlı olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

eBK'da, yayım sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme bulunmuyordu. Bu



yönüyle eBK, OR (İsviçre Borçlar Kanunu) ile paralellik taşıyordu. 1952 yılında yürürlüğe giren Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 52. maddesinde, eser üzerindeki haklara dair sözleşme ve tasarruflar yazılı şekle bağlandığı için yayım sözleşmesi hakkında da FSEK m. 52'nin uygulanması gerektiği kabul ediliyordu.

*Ayrıca doktrinde, eBK döneminde olduğu gibi bugün de, yayım sözleşmesinin şekli ile ilgili tartışılan bir konu vardır: FSEK m. 52'de, eser üzerindeki mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı şekilde yapılması ve konusu olan hakların da sözleşmede ayrı ayrı gösterilmesi zorunlu tutulmuştur. FSEK m. 52'de yer alan, "sözleşmeye konu hakların ayrı ayrı gösterilmesi" zorunluluğuna TBK m. 488 hükmünde yer verilmemiştir. Fakat doktrinde, yayım sözleşmesi bakımından da sözleşmeye konu hakların ayrı ayrı belirtilmesinin gerekli olup olmadığı hususunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre (Bkz. **Cumaloğlu/Erverdi**: "Türk Borçlar Kanunu'nun Yayım Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ile Yapılan Değişiklikler ve Getirilen Yenilikler", (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 397), FSEK m. 52 yayım sözleşmesi için de uygulanmalı ve sözleşmeye konu haklar ayrı ayrı gösterilmelidir. Yargıtay da, eBK'nın yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında bu görüşü benimsemiştir (bkz. Yarg. 11. HD, 15.07.2005, E. 2004/10681, K. 2005/7713, Kazancı içtihat bankası). Hatta, TBK m. 488 hükmünün gerekçesinde de FSEK m. 52'de kabul edilen kuralın (yanlılıkla 51. madde olarak yazılmıştır) yayım sözleşmesi için de kabul edilmesi gereğinden söz edilmektedir. Fakat benimsenmesi gereken görüşe göre ise (Bkz. **Zevkliler/Gökyayla**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Ankara 2014, s. 600-601), yayım sözleşmesine konu hakların neler olduğunun TBK m. 487 hükmünde belirtilmiş olması karşısında, ayrı ayrı hakların sözleşmede yazılması bir geçerlilik şartı değildir.*

4. Yayım sözleşmesi, Türk hukukunda, nispeten geride kalmış (terkedilmiş) bir ayrıma göre gerçek ve gerçek olmayan yayım sözleşmesi biçimde sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre, çoğaltma ve yayma (piyasa sürme) hakkının yayımcıya bırakıldığı sözleşme gerçek yayım sözleşmesi; buna karşılık örneğin koruma süresinin dolmuş olması yüzünden korunmayan bir eserin çoğaltma ve yayma hakkına dair sözleşme ise gerçek olmayan yayım sözleşmesi olarak kabul edilir. Belirtmek gerekir ki, TBK ve FSEK hükümleri göz önünde tutulduğunda, gerçek olmayan yayım sözleşmesi kavramına hukuk sistemimizde yer yoktur (krş. **Ayiter**, *Nüsin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara 1981, s. 233-234; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 597-598; **Cumaloğlu/Erverdi**, s. 394. Ayrıca bkz. **Hatemi** (Serozan/Arpacı), *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 379. Aksi görüş için bkz. **Tekinalp**, *Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2012, § 16, 8; **Yılmaz**, *Canan: Türk – İsviçre Borçlar Kanunlarına göre Yayın (neşir) Sözleşmesi*, İstanbul 2007, (Yayımlanmamış doktora tezi), s. 46-47. Görüşler için bkz. **Giritlioğlu**, *Necla: Yayın Sözleşmeleri*, İstanbul 1967, s. 31). Zira koruma süresi dolmuş ya da başka bir sebeple korunmayan bir eserin çoğaltılıp yayılmasına ilişkin bir sözleşme TBK m. 487 vd. hükümlerinde düzenlenen yayım sözleşmesinin konusunu oluşturmaz, genellikle bir eser sözleşmesinin (TBK m. 470 vd.) konusunu oluşturur.

5. Eser sahibi ile hak sahibi kavramları birbirinden farklıdır. Bir eseri meydana getiren onun sahibidir ve meydana getirdiği eser üzerindeki hakları kendiliğinden iktisap eder. Zira eserin meydana getirilmesi bir maddî fiildir; buna bağlı olarak eser sahibinin fiil ehliyetine sahip olması dahi şart değildir. Fakat bir eser sahibi, herhâlde, aynı zamanda hak sahibi sıfatını taşımaz. Eseri üzerindeki malî hakları kısmen ya da tamamen bir başkasına devreden eser sahibi, eser üzerindeki malî hakların kısmen ya da tamamen, herhâlde sözleşme hükümleri kapsamında, sahibi olmaktan çıkar. Benzer şekilde, eser sahibinin ölümünde malî haklar mirasçılara intikal eder. Bazen, kanun gereği, eser üzerindeki haklara dair tasarruf yetkisi eser sahibine değil bir başkasına ait olabilir. Fakat bir eseri meydana getiren, hem eser sahibi hem hak sahibi sıfatını kazanır. Daha sonra eser üzerindeki malî haklar başkasına bırakılabilir. İki kavram birbirinden farklı olsa da, “hak sahibi” terimi “eser sahibi”ni de kapsar. TBK m. 487 hükmünde de, eser sahibi ve hak sahibi kavramlarının farklı olduğu gözetilmiştir. Hükümde geçen “*eser sahibinin ve halefinin*” ifadesi, “eser sahibi ve hak sahibi” ile kural olarak aynı anlamda değerlendirilmelidir.

6. Yayım sözleşmesine, TBK m. 487 vd hükümlerinin uygulanacağı hususunda bir tereddüt yoktur. TBK hükümleri haricinde FSEK hükümleri de yayım sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulur. Bazı kavramlar TBK’da düzenlenmediği hâlde FSEK’de yer alır (örneğin eser, eser sahibinin hakları, eser üzerindeki sınırlandırmalar vs.), bazı konular ise sadece TBK’da ve yayım sözleşmesine inhisar edecek biçimde (ya da yayım sözleşmesine özgü olarak) düzenlenmiştir (örneğin TBK m. 501 hükmünde yer alan “sipariş üzerine yayım sözleşmesi” başlıklı düzenleme).

*FSEK hükümleri ile TBK hükümleri arasında genel geçer bir özel hüküm – genel hüküm ilişkisinin bulunduğunu söylemek güçtür. Gerçi FSEK, TBK karşısında özel bir kanundur. Fakat somut vakıa ve uygulanması ihtimali bulunan hüküm göz önünde tutularak karar verilmesi daha uygundur.*

## II. Yayım sözleşmesinin konusu hakkında Türk Borçlar Kanununda ve Mehaz Kanunda yer alan düzenlemeler

### 1. Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme

Türk Borçlar Kanunu’nun 487. maddesinde yayım sözleşmesi, *bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşme* olarak tanımlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu’ndan önce yürürlükte bulunan 818 sayılı eBK’nın 372. maddesinde ise neşir mukavelesi, *bir akittir ki onunla edebî ve sınaî bir eserin müellifi veya halefi, o eseri bir naşire terk etmeği taahhüt ve naşir de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşir etmeği iltizam eder* biçiminde tanımlanmaktaydı. eBK’da yer alan tanım, aşağıda belirtildiği gibi bazı yönlerden eleştirilmekle birlikte, yayım sözleşmesinin konusu-

nun eser üzerindeki bazı hakların yayımcıya bırakılması olduğu eski ve yeni kanun maddesinden anlaşılmaktadır. Fakat eski ve yeni kanun maddeleri arasında, eser ya da hak sahibi olduğu eseri üzerindeki hakları yayımcıya bırakacak kişinin sıfatı konusunda –en azından kullanılan sözcük bakımından– bir farklılık bulunmaktadır. eBK m. 372 hükmünde “*müellif*”ten söz edilirken, TBK m. 487 hükmünde “*eser sahibi*”nden bahsedilmektedir.

Yine eBK’da, sözleşmenin adı “neşir mukavelesi” olarak ifade edildiği hâlde, TBK’da “yayım sözleşmesi”nden söz edilmektedir. Bir yandan neşir mukavelesinin yayım sözleşmesi, diğer yandan müellif sözcüğünün yerine eser sahibi sıfatının kullanılması, öncelikle sözleşmenin konusunda ve buna bağlı olarak sözleşmenin taraflarında, kapsamında vs. bir değişiklik yapılmak istenip istenmediği sorusunu gündeme getirmektedir.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde, yayım sözcüğünün karşılığı, “1. Yayma işi. 2. Kitap, gazete vb. okunacak şeylerin basılıp dağıtılması, neşir. 3. Herhangi bir eserin radyo ve televizyon aracılığıyla dinleyiciye, seyirciye ulaştırılması, neşir.” olarak verilmiştir. Neşir ise, “1. Yayma, saçma, dağıtma. 2. Yayım” biçiminde tanımlanmıştır. “Müellif” sözcüğünün Türk Dil Kurumunun sözlüğündeki karşılığı “yazar”dır. “Eser sahibi” ise yazarı (ve müellifi) da içine alan fakat ondan daha geniş bir anlama sahiptir. Bir eseri meydana getiren kişiye eser sahibi denir (FSEK m. 8). Eser sahibi bir yazar olabileceği gibi, bir ressam, heykeltıraş, mimar, besteci, şair, çizer, senarist, çevirmen, programcı vs. de olabilir. İşte, eser sahibinin, yazara nazaran daha geniş bir anlama sahip olması, konunun tartışılmasına yol açabilecek niteliktedir. “Eser sahibi” “yazar”dan daha geniş bir kavramdır, fakat yayım sözleşmesine ilişkin TBK hükümlerinin bütün olarak değerlendirilmesi durumunda, eser sahiplerinin tamamının eserleri hakkında yayım sözleşmesi akdedilme imkânının hedeflendiğini söylemek mümkün değildir. Özellikle, aşağıda incelenen, sözleşmeye konu olabilecek haklar ve yayma ve çoğaltma hakkı yayımcıya bırakılan eserler bir arada düşünüldüğünde, kanunkoyucunun “eser sahibi” ifadesi ile, yazarı ve ayrıca eseri basılı hâle getirilerek çoğaltılması mümkün olan diğer eserlerin sahiplerini kastettiğini şüphesizdir. Roman, hikâye, şiir, piyes vb. eserlerin basılarak çoğaltılması mümkün olduğu gibi, bir karikatüristin eserlerinin de yayım sözleşmesine konu olması mümkündür. Buna karşılık, bir müzik albümünün ya da bir filmin (sinema eserinin) de CD ya da DVD’ye basılarak çoğaltılması ve piyasaya sürülmesi mümkün olabilir. TBK m. 487 hükmünde, “eser sahibi” ifadesi geçtiği için, müzik eserlerinin sahibi ve sinema eserlerinin sahiplerinin de kastedildiği söylemek en azından teorik olarak mümkündür. Konu, aşağıda tartışılmıştır.

*Ayrıca, eBK’da, neşir mukavelesinin tanımında yer alan “sınâî eser” kavramı, doktrinde ileri sürülen görüşler göz önünde tutularak, TBK’dan çıkarıldı ve*

yerine “sanat eseri” kavramı dahil edildi. “Sınâî eser” kavramının TBK’den çıkarılması isabetli olmuştur (Konu hakkında açıklamalar için bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1119-1120).

## 2. İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenleme

Mehaz Kanunda ise, edebî ya da sanatsal bir eserin (*eines literarischen oder künstlerischen Werkes*) çoğaltılması ve sürümünden (*das Werk zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen*) söz etmektedir (OR Art. 380). Çoğaltma ve sürüm için eser sahibi ya da halefi (*Urheber eines Werkes*) sözü edilen hakları bir yayımcıya (*Verleger*) bırakmalıdır. OR Art. 380 hükmünde yer alan “edebî ya da sanatsal eser” ifadesi URG (Schweizerische Urheberrechtsgesetz) Art. 2’de yer alan eser tanımıyla da uyumludur.

Dikkat edilirse, OR Art. 380 hükmünde, yayım sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek eserlerin, TBK m. 487 hükmündekine nazaran farklı düzenlendiği görülür. Gerçekten *edebî ya da sanatsal eser* kavramı ile *fikir ve sanat eseri* kavramı birbiriyle tam olarak örtüşmez.

OR Art. 380 hükmünde yer alan tanım karşısında, kitaplar, diğer yazılı eserler, müzik notaları, ses ve görüntü taşıyıcıları, posterler, fotoğraflar, grafik sayfalar, tercüme gibi işlenmelerin yayım sözleşmesinin konusu oluşturabileceği kabul edilmektedir (**Rebbinder**, *Manfred: Schweizerisches Urheberrecht*, 3. Aufl., Bern 2000, § 20, N. 164). Hatta müzik ve sinema eserlerinin dahi yayım sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği ifade edilmektedir (**Troller**, *Alois: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Das Verlagsrecht*, Zürich 1976, Vorbem. Zu Art. 380-393, N. 2).

İsviçre hukukunda yayım sözleşmesi hakkında özel bir şekil kuralı bulunmamaktadır.

İsviçre’de, yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerin emredici değil tamamlayıcı nitelik taşıdığı<sup>1</sup>, çoğu zaman önceden hazırlanmış sözleşmelerin kullanıldığı görülür (**Rebbinder**, § 20, N. 164).

İsviçre hukukunda, yayım sözleşmesine konu olabilecek eserin, fikir ve sanat eserleri hukukuna göre korunan (koruma süresi dolmamış) bir eser olması da zorunlu değildir. “Unechte Verlagsvertrag” olarak ifade edilen gerçek olmayan yayım sözleşmesine de OR Art. 380 ff. hükümleri uygulanabilir (Örneğin bkz. **Rebbinder**,

<sup>1</sup> Türk hukukunda da yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerin tamamlayıcı nitelik taşıdığı, genellikle formüle eden tip sözleşmelerin kullanıldığı belirtilmektedir. Bkz. **Öztaş**, Fırat: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2008, s. 779. Özellikle, Türk Borçlar Kanununda ilk defa düzenlenen yayım sözleşmesinin şekline ilişkin TBK m. 488 ise emredici nitelik taşır.

§ 20, N. 164; **Hilty**, Reto M.: *Basler Kommentar (Hrsg. Honsell/ Vogt/ Wiegand), Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, Der Verlagsvertrag, Art. 380, N. 5).*

Eser üzerindeki hakların devrine ilişkin, kanunda açıkça düzenlenen yegâne sözleşme yayım sözleşmesidir. Bu yönüyle, İsviçre hukukuyla Türk hukukunun paralel olduğu söylenebilir. Fakat yayım sözleşmesinin konusunun, basım (yayımlı) ve çoğaltmaya konu olabilecek eserlerle sınırlı olduğu göz ardı edilmemelidir.

### III. Yayımlı sözleşmesinin konusu olan haklar

Bir eser üzerinde sahibinin manevî ve malî hakları mevcuttur. Sözleşme ile tasarruf edilebilecek olan sadece eser üzerindeki malî haklardır. Malî haklar da FSEK'de, işleme (FSEK m. 21), çoğaltma (FSEK m. 22), yayma (FSEK m. 23), temsil (FSEK m. 24) ve umuma iletim (FSEK m. 25) olarak sayılmıştır. Eser sahibi ya da hak sahibi, malî nitelikteki bu haklardan dilediğini, zaman, yer veya içerik bakımından sınırlı ya da sınırsız olarak, bir karşılık alarak ya da almaksızın devredebilir ya da lisans verebilir (FSEK m. 48). Yayımlı sözleşmesine konu olabilecek malî haklar ise çoğaltma ve yaymadan ibarettir. Diğer malî haklar, başka sözleşmelere konu olabilirse de yayım sözleşmesinin konusunu oluşturamaz (*Örneğin bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 1121; Bak, B.: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Yayımlı Sözleşmesine" İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler", (TBBD, Temmuz Ağustos 2012, S. 101, s. 14-15).* Ayrıca bu haklar, zorunlu olarak bir arada tasarruf edilmeyi gerektirir. Sadece yayma ya da sadece çoğaltma hakkına ilişkin bir hukukî işlem yayım sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Deyim yerindeyse, yayım sözleşmesi bakımından yayma ve çoğaltma hakkı arasında kader ortaklığı söz konusudur.

*Bugün artık bazı eser türlerinde malî haklar yanında manevî haklar üzerinde de tasarruf edilip edilmeyeceği tartışılabilir hâle gelmiştir. Klasik anlayışa göre, özellikle eserde adın belirtilmesi (FSEK m. 14) ve eserde değişiklik yapılmasını men (FSEK m. 15) haklarından feragat etmek, bunları hukukî işlemlere konu etmek, söz konusu hakların miras yoluyla intikalinden söz etmek mümkün değildir. Esas itibarıyla FSEK'de, bu anlayışın hâkim olduğu, Kanunun bu anlayış ile hazırlandığı ve hâlen de aynı düşüncenin varlığını sürdürdüğü görülür. Fakat bugün karşılaşılan bir çok vakaada, eser sahibinin adının belirtilmesinden sarfi nazar edilebileceği ya da bizzat eser sahibi tarafından eserinde değişiklik yapılmasına ilişkin izin verildiğine örneklere rastlanmaktadır.*

Eser yayımı ile iştegal eden bir işletme, bir eserin basılarak piyasaya sürülmesi için gerekli yayma ve çoğaltma hakkını iktisap eden bir hukukî işlem ile birlikte, diğer bazı malî hakları da devralmış olabilir. Esas itibarıyla yayımcının, sadece çoğaltma ve yayma hakkını yayımlatandan devralmasını, diğer haklara dair hiçbir tasarrufta bulunulmamasını şart koşan bir hukukî düzenleme yoktur. Sadece, yayım sözleşmesinden söz edebilmek ve yayım sözleşmesinin gereklerini yerine getirebilmek için

çoğaltma ve yayma haklarına dair tasarruf yetkisinin bırakılması zorunludur. Sözü edilen hakları da kapsayacak, ancak bunları aşacak biçimde hukukî işlem yapılabilir.

Öte yandan yayım sözleşmesinin konusu, yayımcının çoğaltma ve yayma hakkını kullanarak, çoğalttığı eser nüshalarını piyasaya sunmaktır. Eser sahibi açısından, eserinin (eser nüshalarının) mümkün olduğu kadar geniş bir kitleye ulaşması büyük önem taşımaktadır. Piyasaya sunmanın (yani yaymanın) söz konusu olmadığı, sözleşmenin, sadece eserin basılıp çoğaltılmasından ibaret olduğu sözleşmeler, yayım sözleşmesi değil ilke olarak eser sözleşmesi niteliğini taşır (*Yavuz/Acar/Özen, s. 1121*).

TBK m. 487 hükmünde, bir eserin *çoğaltılarak yayımlanmasının* yayımcıya bırakılmasından bahsedilmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, (kapsamdaki) eserler üzerindeki çoğaltma hakkının yayım sözleşmesinin konu bakımından kapsamında olduğu hususunda tereddüt yoktur. Çoğaltma hakkı ile TBK'nın yayım sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçi TBK m 492 hükmü "Çoğaltma ve dağıtım" başlığını taşımaktadır, fakat madde yayım sözleşmesinin hükümleri arasındadır; yoksa maddede çoğaltma hakkı tanımlanmış değildir. Çoğaltma hakkı, TBK'da değil 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenmiştir. Kaba bir tanımla çoğaltma, tek bir nüshası olan eserin, insan duyularıyla anlaşılacak şekilde, duruma göre, birden fazla ya da çok sayıda nüshasının çıkarılmasıdır. Çoğaltmanın varlığını kabul edebilmek için, nüsha sayısının önemi yoktur. Çoğaltmada kullanılan madde de ilke olarak önem taşımaz. Bir eserin çoğaltılabilmesi için, öncelikle insan zihninden çıkarak somutlaşması, bir şekle bürünmesi gerekir (*krş. Yılmaz, s. 42*). İnsan zihnindeki fikirler, ne kadar yeni ne kadar hususî ne derece orijinal olursa olsun dış aleme yansımakça hukuken korunmaya elverişli değildir. Fikrin cisimlendiği, somutlaştığı maddeye, kağıt, taş, mermer, kalıp, bant vs. örnek gösterilebilir. Yayım sözleşmesine ve çoğaltmaya konu olacak madde, çoğu zaman kağıt ya da daha sonra kağıda dökülmeye elverişli başka bir cisimdir.

Yayma hakkı ise, çoğu zaman çoğaltma ve yayma hakkının tamamlayıcısıdır ve çoğaltılan eserden kazanç sağlamak için onun piyasaya sürülmesi anlamına gelir. TBK'da, yayma hakkına dair ayrıntılı bir düzenlemeye (çoğaltma hakkı bakımından söz konusu olduğu gibi) yer verilmemiştir. Yayma hakkına dair FSEK m. 23 hükmünden yararlanmak uygun olur.

FSEK, manevî hakların devrine imkân vermemektedir. Fakat FSEK m. 14'de düzenlenen "*umuma arz*" (kamuya sunma) yetkisi, manevî hakların devredilemeyeceği kuralına adeta istisna teşkil eder. Eserin çoğaltma ve yayma hakkına dair bir tasarruf işlemi, onun, aynı zamanda piyasaya sürülmesini zorunlu kılar ve bu umuma arz yetkisinin yayımcı tarafından kullanılması anlamına gelir.

Özetle, yayım sözleşmesine konu olan haklar çoğaltma haklarıdır. Bu haklar, bir arada sözleşmeye konu olur. Manevî haklardan umuma arz yetkisi de yayımcı tarafından kullanılır.

#### IV. Çoğaltma ve yayma hakkının yayımcıya bırakılabileceği eserler

##### 1. Genel olarak

TBK m. 487 hükmünde, yayımcıya bırakılacak şey, bir *eser* olarak belirtilmiştir. Eser kavramı TBK’da ne yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerde ne de genel hükümlerde tanımlanmıştır. “Eser” kavramı FSEK’de, “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder*” biçiminde tanımlanmıştır (FSEK m. 1/B, (a)). FSEK m. 2-5 arasında da eser türlerine yer verildiği görülür. Bir fikir veya sanat ürününün eser sayılabilmesi için Kanunda sayılan eser kategorilerinden birine dahil olması gerektiği gibi sahibinin hususiyetini (özelliğini) de taşımalıdır. Sahibinin hususiyetini taşıdığını söyleyebilmek için bir ürünün, bağımsız fikri, sanatsal, edebî ya da düşünsel çalışma ürünü olması ve az – çok sahibinin zekâ, bilgi ve yaratıcılığını yansıtmaması gerekir (Örneğin bkz. *Arslanlı, Halil: Fikrî Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 7; Öztrak, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971, s. 16; Ayiter, s. 40; Erel, Şafak: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, s. 52-53*). Herkes tarafından kolayca meydana getirilebilen bir ürün eser niteliğine sahip değildir. Fakat, hususiyet şartı bakımından aranan bağımsızlık mutlak değildir; her eser az ya da çok kendisinden önce meydana getirilenlerden yararlanılarak ortaya çıkarılır.

*Hususiyet şartı bakımından kalite ve sahibinin eserde bıraktığı iz konusunda durmakta yarar vardır: Öyle bazı eserler vardır ki, duyu organlarıyla temasa geçildiğinde sahibinin kimliği kolayca anlaşılabilir. Örneğin okunduğunda ya da dinlendiğinde bir şiirin Yahya Kemal’e, seyredildiğinde bir filmın Steven Spielberg’e, dinlendiğinde bestenin Goran Bregović’e ait olduğu kolayca anlaşılabilir. Sayılan kişilere ait fikir ürünlerinin eser niteliğine sahip olduğu hususunda tereddüt yoktur. Hukuk terminolojisi bakımından değil fakat günlük konuşma bakımından sözü edilenlerin eserleri için şaheser terimini kullanmak da mümkündür. Fakat bir fikir veya sanat ürününün eser niteliğine sahip olması için duyu organlarıyla temas edildiğinde sahibinin kolayca teşhis edilmesi zorunlu değildir. Aksi hâlde eser vasfına sahip olmanın çıtası yükseltilmiş olur.*

Yayım sözleşmesine konu ürünün de bir eser olması zorunludur. Tespiti gereken hangi eserlerin bu sözleşmeye konu olduğudur.

Yukarıda da belirtildiği gibi, yayım sözleşmesinin tanımını içeren TBK m. 487 hükmü (eBK m. 373) değiştirilmiştir. Yayım sözleşmesine ilişkin TBK’nın genel gerekçesi, yayım sözleşmesi ile ilgili madde gerekçeleri incelendiğinde, aslında, kanun koyucunun, daha önce neşir mukavelesi, artık yayım sözleşmesi olarak anılan sözleşmenin konusunu değiştirme amacının bulunmadığı görülür. Fakat konunun tartışmaya yol açan yönü itibarıyla ortaya konulmasında yarar vardır.

## 2. Yasal düzenlemeler ve kullanılan terimler

Eser üzerindeki hakları bırakan taraf olarak, sözleşmenin tanımının yer aldığı TBK m. 487 hükmünde, “bir fikir ve sanat eseri sahibi ya da halefi” ifadesinin kullanıldığı, bazı maddelerde ise, “eser sahibi ya da halefi” ifadesinin yerini “yayımlatan” a bıraktığı görülür. Gerçekten, “Yayımlatma hakkının geçişi ve sorumluluk” başlıklı 489. maddenin üçüncü fıkrasında, “Yayımlatanın tasarruf hakkı” başlıklı 490. maddede, “Basım sayısı ve baskı adedinin belirlenmesi” başlıklı 491. maddenin üçüncü fıkrasında, “Bedelin belirlenmesi” başlıklı 496. maddede, “Bedelin ödenme zamanı, satış hesapları ve bedelsiz alma hakkı” başlıklı 497. maddede, “Basılanın yok olması” başlıklı 499. maddede, “Kişisel sebeplerle sona ermesi” başlıklı 500. maddede, “yayımlatan” terimi tercih edilmiştir.

Bu arada, TBK m. 487 hükmü haricindeki bazı maddelerde de “eser sahibi” teriminin kullanıldığı görülür. “Yayımlatma hakkının geçişi ve sorumluluk” başlıklı 489. maddenin birinci fıkrası “eser sahibinin hakları”<sup>2</sup>, “Düzeltilme ve iyileştirme” başlıklı 493. madde, “Birazda basım ve ayrı ayrı yayım” başlıklı 494. madde, “Eserin sona ermesi” başlıklı 498. maddede, “Kişisel sebeplerle sona ermesi” başlıklı 500. madde örnek verilebilir. eBK’da, yukarıda da belirtildiği gibi, eser sahibi yerine “müellif” terimi tercih edilmişti. “Eser sahibi”, hiç şüphesiz “müellif”i de içine alan fakat ondan daha geniş bir kavramdır.

İlk bakışta, “eser sahibi” ya da “yayımlatan” veya “müellif” terimlerinin çoğaltma ve yayma hakkı yayımcıya bırakılacak eserlerle ilgili olmadığı düşünülebilir. Fakat bu terimlerin her biri, sahip oldukları anlamlar itibarıyla, çoğaltma ve yaymaya konu olabilecek eserlerin de sınırlı ya da sınırsız olması sonucunu doğurmaktadır. Bu yüzden yasal düzenlemelerin ortaya konulmasında yarar vardır.

Yayımlatanın eser sahibi olması zorunluluğu yoktur. TBK m. 487 hükmünde de belirtildiği gibi onun halefi de yayımlatan sıfatına sahip olabilir. Başka bir deyişle, yayımlatanın aynı zamanda eser sahibi olması zorunlu değildir. Hükümde geçen “halefi” ifadesi hem miras hukuku bakımından malî hakları iktisap eden mirasçıları hem de hukukî işlem ile malî haklar üzerinde tasarruf yetkisine sahip olanları ifade eder. Bu itibarla, bir eser üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmak için hak sahibi olmanın gerekli olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Eser sahibi, eseri üzerinde ilelebet hak sahibi sıfatını taşımak zorunda olmadığına göre, bir eser üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişiyi vurgulamak için Kanunda “yayımlatan” ifadesinin kullanılması yerindedir.

<sup>2</sup> Doğru ifade “eser sahipliğinden doğan haklar” olmalıdır. Zira her zaman eser sahibi aynı zamanda hak sahibi olmayabilir. Ayrıca, ister eser sahibi aynı zamanda hak sahibi olsun ister ifade “eser sahipliğinden doğan haklar” biçimde kullanılsın, bütün haklar yayım sözleşmesine konu olmaz.



Yayımlatan ifadesinin kullanılmasının yerinde olduğu belirtildikten sonra, kanunda ayrıca “Eser sahibi” teriminin kullanılmasının yerinde olup olmadığı tereddütle karşılanabilir. Belirtmek gerekir ki, kanunda “eser sahibi” ifadesi, ilke olarak, yerinde ve doğru olarak kullanılmıştır. Hak sahibi, eser sahibi haricinde bir kişi olsa bile, bir eserin basılması ya da basılıp basılmaması veya piyasaya sürülüp sürülmemesi ile ilgili bazı işlemlerin zorunlu olarak eser sahibi tarafından yapılması gerekir. Örneğin eseri tamamlama imkânı ilke olarak sadece eser sahibine ait bir tasarruftur, eser sahibinin ölümü ya da tamamlama imkânını kaybetmesine ilişkin 500. maddede yayımlatan yerine eser sahibi ifadesinin kullanılması yerindedir.

Yasal düzenlemelere bakıldığında, müellife nazaran daha geniş bir anlamı olan eser sahibinin kullanıldığı ve yayım sözleşmesinin konusunun genişletilmek istenildiği söylenebilir. Fakat bir çok maddede, sadece, kitaplar gibi klasik yöntemlerle basılmaya elverişli eserlerin yayım sözleşmesine konu olabileceğini düşünmeye sevkeden düzenlemelere rastlanmaktadır.

### 3. Yayım sözleşmesine konu olabilecek eserlerin klasik yöntemlerle basılmaya elverişli eserlerle sınırlı olup olmadığı

TBK m. 487 hükmü karşısında, özellikle hükümde “fikir ve sanat eseri”nden söz edilmesi de göz önünde tutularak yayım sözleşmesinin konusunun bütün fikir ve sanat eserlerini kapsayacak şekilde genişletildiği ifade edilmektedir (*Yavuz/Acar/Özen, s. 1119, dn. 9*). Benzer şekilde, yayma ve çoğaltmaya elverişli bütün eser türlerinin yayım sözleşmesine konu olabileceği de ileri sürülmektedir (*Bak, s. 17*). Hatta, doktrinde daha açık olarak, CD ya da DVD üzerine kaydedilen ve çoğaltılan müzik ve sinema eserlerinin, bilgisayar programlarının da yayım sözleşmesine konu olabileceği belirtilmektedir (*Örneğin bkz. Tekinalp, § 16, N. 6; Kılıçoğlu, s. 303; Öztan, s. 779*). Kanunun yayım sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, bu görüşü destekleyen düzenlemelere rastlanır. TBK m. 487 hükmünde yer alan tanımda, özellikle ilim ve edebiyat eserleri bakımından bir sınırlama yapılmamış olması; eseri yayımlanacak olan kişinin yazar değil eser sahibi olarak ifade edilmesi örnek gösterilebilir. Fakat, yayım sözleşmesinin, sadece kağıda basılmaya elverişli olan eser türleriyle sınırlı olduğuna dair düzenlemelere de rastlanmaktadır:

i. TBK m. 490/II hükmünde, açıkça “sürelî yayım” ve “kısa yazı”dan söz edilmektedir. Sözü edilenlerin kağıt üzerine basılarak çoğaltılan eserler bakımından söz edilebileceği açıktır.

ii. TBK m. 491 hükmünde düzenlenen basım sayısı ve baskı adedinin belirlenmesine ilişkin hüküm, kitaplar göz önünde tutularak kaleme alınmıştır. Müzik ve sinema eseri CD ya da DVD’lerinin çoğaltma ve yaymaya konu olması mümkündür,

fakat TBK m. 491 hükmü sözü edilenleri de kapsayacak şekilde tanzim edilmediği de ileri sürülebilir.

iii. TBK m. 495'de çeviri hakkının düzenlenmesi de örnek gösterilebilir. Bilindiği gibi çeviriden söz edebilmek için, tercümeyle elverişli bir eserin olması gerekir. Güzel sanat eserleri ile müzik eserleri bakımından, prensip olarak tercümeden söz edilemez. Daha çok ilim ve edebiyat eserleri açısından çeviri hakkının varlığından söz edilebilir. Gerçi sinema eserlerinde, seslendirmenin de tercümesi söz konusu olabilir, fakat sinema eserlerinde tercüme eserin kendisinin değil seslendirme (ya da diyaloglar, anlatımlar) bakımından söz konusudur.

iv. “Bedelin ödenme zamanı, satış hesapları ve bedelsiz alma hakkı” başlıklı TBK'nın 497. maddesinin birinci fıkrasında, eser bütün olarak yayımlanacaksa tamamının; cilt, fasikül, forma gibi bölümler hâlinde yayımlanacaksa, her bölümün basımından ve satışa hazır durumuna getirilmesinden sonra bedel ödenir. Hükümde geçen cilt, fasikül, forma gibi bölümlerin kitaplar için söz konusu olduğu açıktır. Dolayısıyla bu hüküm de yayım sözleşmesinin konusunun, basılıp yaymaya elverişli eserlerle sınırlandırıldığı kanaatini doğurmaktadır.

v. “Sipariş üzerine yayım sözleşmesi” başlıklı TBK m. 501 hükmü de kağıt üzerine basılarak dağıtılacak eserler haricinde uygulanması mümkün olmayan bir düzenlemedir. Zira sinema eserleri bakımından FSEK m. 10/son hükmünde ve ayrıca yapımcının hak sahipliği ile ilgili olarak FSEK m. 18/III hükmünde özel düzenlemeler yer almaktadır.

vi. Yukarıda sayılanlar kadar açık değilse de, Kanunun başka hükümlerinde de (örneğin bkz. TBK m. 493, 494), yayım sözleşmesi ile çoğaltılarak yayılacak eserlerin kağıda basılmaya elverişli olanlarla sınırlandırıldığı kanaatini destekler niteliktedir.

Bu sayılanlar, çoğaltma ve yaymaya konu olacak eserlerin aslında kanun tarafından sınırlandırıldığı sonucunun benimsenmesini zorunlu kılar. Nitekim doktrinde de (bkz. *Cumalioğlu/Erverdi*, s. 397), yukarıda sayılan hükümlerin çoğuna vurgu yapılarak Kanunun sözü ve ruhu itibarıyla yalnızca kağıt üzerine basılmak suretiyle çoğaltma ve yaymaya elverişli fikir ve sanat eserlerinin yayım sözleşmesine konu olabileceği şeklindeki düşüncenin savunulabileceği belirtilmekte, fakat yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerin, kağıt üzerinde tespit edilmemiş fikir ve sanat eserleri bakımından, eserin türü ve o alandaki örf –adet dikkate alınarak, niteliğine uygun düşüğü ölçüde uygulanmasının doğru olduğu savunulmaktadır. Tartışılması ve tespiti gereken husus, kağıt üzerine basılmaya elverişli olanlar haricindeki eserlerin çoğaltma ve yaymaya konu olması durumunda, söz konusu eserlere ilişkin sözleşmelerin yayım sözleşmesinin kapsamında yer alıp almayacağı ile ilgilidir. Yukarıda yapılan açıklamalar ve verilen örnekler, kanun koyucunun, (bugünkü teknik itibarıyla)

kağıda basılmaya elverişli olanlar haricindeki eserlerin çoğaltma ve yayma hakkına ilişkin sözleşmeleri yayım sözleşmesi olarak nitelendirmeyi engeller. Yayım sözleşmesi niteliği bulunmayan bu tip sözleşmelere, sözleşme hükümleri, FSEK'in özellikle dördüncü bölümünde yer alan sözleşme ve tasarruflara ilişkin düzenlemeleri uygulanır. İşin niteliği, tarafların amacı, ilgili alandaki örf ve adet dikkate alınarak yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması düşünülebilir. Fakat diğer taraftan, OR'den farklı olarak TBK'da açıkça ve yayım sözleşmesine ilişkin hükümler arasında çeşitli kereler "eser sahibi" ifadesine ve m. 487'de "fikir ve sanat eseri" terimine yer verilmesi, sözleşmeye konu olacak eserlerin kitaplarla sınırlı olmadığı sonucunun benimsenmesini zorunlu kılar. Bu durumda, bir yandan kanunkoyucunun, eser türleri bakımından yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanma alanını genişletme çabasından, diğer yandan da, eskiden olduğu gibi kitap gibi basılı eserlere ilişkin düzenlemelerin hemen aynen Kanunda muhafaza edilmesinden söz edilebilir. Başka bir deyişle, TBK hazırlanırken, kanunkoyucu bilinçli olarak TBK m. 487'de "fikir ve sanat eseri"nden söz etmiş ve böylece yayım sözleşmesinin konusunu eser türleri bakımından genişletmiş, fakat diğer hükümleri eskisi gibi özellikle kitaplara inhisar edecek şekilde muhafaza etmiştir. Bu durumda, kanunkoyucunun iradesini de gözeterek, niteliği elverişli olan her türlü eserin yayım sözleşmesine konu olabileceği, ancak yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerin çoğaltma ve yaymaya konu olabilen eserlerin tamamına uygulanamayacağı sonucu ortaya çıkar. Fakat kağıda basılmaya elverişli olmayan eserler bakımından m. 487 vd. hükümlerinin aynen uygulanması mümkün olmayabilir.

Kağıt üzerine basılarak çoğaltılmaya elverişli olan eserler yayım sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bunlar ilim ve edebiyat eserleri ile sınırlı değildir. Bilimsel bir kitap, dergi, roman, hikâye, şiir kitabı yayım sözleşmesine konu olabilir. Ayrıca, güzel sanat eserlerinin resmedildiği ya da fotoğraflarının sunulduğu bir kitap; karikatür ve çizimlerin yer aldığı bir çizgi roman ya da aynı zamanda tiplmelerin kullanıldığı bir sanat ürünü; kroki, plan, projelerin ayrı ayrı ya da bir arada sunulduğu bir eser; grafiklerden oluşan bir sanatsal çalışma; bir sinema eserinin senaryosu; sabit bir cisim üzerine (tipik olarak kağıda) tespit edilen müzik eserlerinin notaları; kağıt üzerinde tespit edilen işlenmeler yayım sözleşmesine konu haklarla ilişkilidir. Bir kitaba ek olarak bir posterin, afişin ya da CD ya da DVD'nin verilmesi de sözleşmeyi yayım sözleşme olmaktan çıkarmaz.

Çoğaltmanın hangi cisim üzerine yapıldığı önemli değildir. Kağıt yerine başka bir malzeme de kullanılabilir.

Kararlarda açıkça tartışılmış değilse de, Yargıtay tarafından denetime tâbi tutulan yayım sözleşmesi ile ilgili uyumsuzlukların kitaplarla ilgili olduğu görülmektedir

(örneğin bkz. Yarg. HGK, 13.06.2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380; Yarg. 11. HD, 15.07.2005, E. 2004/10681, K. 2005/7713, Kazancı içtihat bankası).

Tek bir nüshası bulunan ve mevcut olan tek nüsha dolayısıyla bir değeri olan sanat eserlerinin, yayım sözleşmesine konu olması mümkün değildir (krş. *Kılıçoğlu, Ahmet: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 303*). Tablolar bu konuda verilebilecek tipik örnektir.

Özet olarak, kağıda basılmaya elverişli olan eserlerin yayım sözleşmesine konu olabileceği hususunda bir tereddüt yoktur; bunlar haricinde çoğaltma ve yaymanın konusu olabilecek eserler de yayım sözleşmesi niteliği taşıyabilir. Fakat sayılan sonuncu eserler bakımından m. 487 vd. hükümlerinin olduğu gibi uygulanması doğru ve mümkün olmayabilir.

#### 4. E- Kitap Uygulaması

E-kitap (elektronik kitap) kavramıyla, günden güne daha fazla karşılaşılacaktır. Özellikle kitapların (bu arada başka bazı eserlerin), klasik basım ve dağıtım yöntemleri kullanılmadan okuyucuya ulaştırıldığına tanık olunmaktadır. İnternet üzerinden, bir elektronik kitap okuyucusu aracılığıyla ya da başka teknik yöntemlerle de eserlere erişilebilmektedir.

Yayım sözleşmesiyle, bir eserin elektronik olarak piyasaya sürülmesine ilişkin sözleşme arasında, amaç bakımından bir farklılık yoktur. Temel farklılık kendisini, basım ve yayım şekil ve yönteminde gösterir.

Elektronik yayım sözleşmesine de TBK'nın yayım sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanabilir. Fakat, TBK'nın yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, klasik basım ve dağıtım şekil ve yönteminin uygulandığı eserler için kaleme alındığı; hükümlerin tamamının aynen uygulanmaya elverişli olmadığı göz ardı edilmemelidir.

#### SONUÇ

Yayım sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinin özellikle de tanımın yer aldığı TBK m. 487 (eBK m. 373) hükmünün değiştirilmesi, sözleşmenin konusunun ne olduğunun tartışılmasına yol açacak niteliktedir. Tartışılmayacak husus, sadece çoğaltma ve yaymaya elverişli olan eserlerin sözleşmenin konusunu oluşturabilmesidir. Buna karşılık m. 487'de "fikir ve sanat eseri"nden söz edilmesi, sözleşmenin konusunu oluşturabilecek eserlerin kitap gibi özellikle kağıda basılmaya elverişli olanlarla sınırlı olup olmadığı hususu tereddüde yol açar. Bir yandan yayım sözleşmesine ilişkin bir çok düzenlemede, sadece kitaplar hakkında geçerli olabilecek ifadelerle yer verilmesi diğer yandan eser kavramının geniş tutulması tereddüdün temel sebebidir.

“Fikir ve sanat eseri” kavramının bilinçli olarak tercih edildiği düşünülürse, kitaplar haricinde çoğaltma ve yaymaya konu olabilecek bütün eserlerin yayım sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmelidir. Fakat bu ihtimalde, kitaplar (ya da kağıda basılmaya elverişli olanlar) haricindeki eserler hakkında çoğaltma ve yayma hakkına dair tasarruflara m. 487 vd. hükümlerinin olduğu gibi uygulanmasının mümkün olmadığı, duruma göre, sözleşme hükümleri ve FSEK hükümlerinin de uygulanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.



# İLİŞKİLENDİRME HAKKI VE ÖRNEK UYGULAMALAR

(Association Right and Examples of Practice)

Yard. Doç. Dr. Doruk GÖNEN\*  
Av. Coşku GÖNEN\*\*

## ÖZET

Çalışmamızın konusunu tuzak pazarlama uygulamalarının uluslararası çapta artan görünümüne paralel olarak yaygınlık kazanan ve başlıca işlevi tuzak pazarlama ile mücadele olan görece yeni bir hak; ilişkilendirme hakkı oluşturmaktadır. Bu çerçevede, tuzak pazarlama konusu uygulamadan örneklerle açıklanmış, hukuka aykırı tuzak pazarlama uygulamaları ile mücadele konusunda mukayeseli hukuktaki düzenlemelere değinilmiş ve ilişkilendirme hakkını kabul eden başlıca hukuk sistemlerine yer verilmiştir. Son olarak, bu konudaki en çarpıcı ve güncel örnekler olan Londra 2012 Olimpiyat Oyunları ve Brezilya 2014 FIFA Dünya Kupası için özel olarak kabul edilen düzenlemeler ayrı bir bölümde incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** İlişkilendirme Hakkı, Londra Olimpiyatları İlişkilendirme Hakkı, Tuzak Pazarlama, Parazit Pazarlama, Londra 2012 Olimpiyat Oyunları, Brezilya 2014 FIFA Dünya Kupası.

## Abstract

This study handles a relatively new right; the association right, main function of which is to contend with ambush marketing, and which has become internationally widespread in parallel with the increasing significance of undesired marketing practices. In this regard, some primary examples of ambush marketing are given, relevant legal measures taken in different legal regimes against such way of marketing are examined and leading legal systems in adopting association rights are analysed. Finally, legal texts and tools purely tailored for London 2012 Olympic Games and 2014 FIFA World Cup Brazil are evaluated in a separate chapter, as they are by far the most noteworthy examples in this respect.

**Keywords:** Association Right, London Olympics Association Right, Ambush Marketing, Parasitic Marketing, London 2012 Olympic Games, 2014 FIFA World Cup Brazil.

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Avukat (İstanbul Barosu, 2009), LL.M (İstanbul Üniversitesi, 2010; London School of Economics, 2013), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

## 1. İlişkilendirme Hakkının Kaynağı: Tuzak Pazarlama

### 1.1. Genel Olarak

Ulusal ve özellikle uluslararası spor organizasyonları, kültür ve sanat festivalleri, moda haftaları, fuarlar gibi büyük çaplı etkinlikler, aynı oranda büyük bir mali kaynak gerektirmektedir. Bu nedenle, etkinlik organizatörlerinin ihtiyaç duydukları mali kaynağı kendi bütçeleri yanında, sponsorluk uygulamaları yolu ile de karşılamasına sıkça rastlanmaktadır. Özellikle uluslararası spor organizasyonları hazırlık komitelerinin gereksinim duydukları mali kaynakları temin etme ihtiyacı; ulusal ve uluslararası düzeyde faaliyet gösteren ticari işletmelerin de, müşteri çevrelerini geliştirmeyi sağlamak ve markalarının bilinirliğini/itibarını arttırma gayretleri, sponsorluk uygulamalarını daha yaygın, çeşitli ve önemli duruma getirmiştir.

Sponsor işletmeler, etkinlik organizatörlerine, desteklenen etkinliğin hitap ettiği kitle ile doğru orantılı olarak yüksek sponsorluk ücretleri öderken, genellikle sponsor işletmelere rakip işletmeler, hiçbir sponsorluk ücreti ödemeksizin ve dolayısıyla sponsor statüsünde olmaksızın, çeşitli pazarlama yöntemleri izlemek suretiyle markalarını veya mal ve hizmetlerini sponsor olmadıkları kurum veya organizasyon ile ilişkilendirmektedir. Dolayısıyla sponsor olmayan rakip işletmeler, bir yandan izleyicilerin ilgisini resmi sponsorlardan uzaklaştırarak onların sponsorluk yolu ile elde etmeyi amaçladıkları gelirleri düşürmekte, diğer yandan da organizasyonun topladığı ilgiden yararlanarak kendi reklam ve pazarlama amaçlarını gerçekleştirmektedir<sup>1</sup>. Çok çeşitli ve yaratıcı görünümde karşımıza çıkan bu pazarlama şekli, genellikle kabul edildiği şekliyle tuzak pazarlama olarak adlandırılmaktadır. Çalışmanın asıl konusu olan ilişkilendirme hakkının bir anlamda doğum sebebini oluşturması nedeniyle, ilk bölümünde genel hatları ile açıklanacaktır.

Son yıllarda tuzak pazarlama faaliyetleri, büyük çaplı spor etkinlikleri organizatörlerinin, uluslararası etkinliklerin uluslararası ve ulusal düzeydeki organizasyon komitelerinin ve tabii ki bu etkinliklere resmi sponsor olmak yolu ile yatırım yapan ticari işletmelerin korkulu rüyası haline gelmiştir. Özellikle geride bıraktığımız 25 yılda, uluslararası etkinliklere sponsor olan işletmelerin sponsorluk yatırımlarını ve sponsor olunan etkinliğin ve markalarının ticari itibarını korumak amacıyla uluslararası düzeyde bir takım çerçeve düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu çerçeve düzenlemelerin ulusal düzeydeki yansımaları ise, marka ve rekabet hukuku mevzuatları kapsamında güçlü önlemlerin alınması şeklinde gözlemlenmiştir. Ne var ki tüm bu düzenlemeler, hukuka aykırı yolla gerçekleştirilen tuzak pazarlama faaliyetleri ile mücadelede arzulanan etkin sonuçların elde edilmesi için yeterli olmamıştır<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> **Emrehan İnal/Başak Baysal**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008, s. 162.

<sup>2</sup> **Seth Ericsson**, Ambush Marketing: Examining the Development of an Event Organizer Right of Association, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-19, 2011, s. 1-2.



Özellikle 90'lı yıllardan başlayarak, başta Uluslararası Olimpiyat Komitesi (International Olympic Committee / IOC) ve Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (Fédération Internationale de Football Association / FIFA) olmak üzere uluslararası spor etkinliklerinin organizatörleri, hükümetlere, söz konusu organizasyonlara ev sahipliği yapabilmelerinin koşulu olarak, kendi fikri mülkiyet haklarını koruyan ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelerden ayrı ve bağımsız olarak, hukuka aykırı tuzak pazarlama faaliyetleri ile etkin şekilde mücadele etmeye yönelik yasal düzenlemeleri hayata geçirmelerini şart koşmaktadır. Bu amaca hizmet eden yasal düzenlemeler, Birleşik Krallık, Kanada, Çin, Güney Afrika ve Avustralya gibi bazı ülkelerde kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Örneğin, Birleşik Krallık'ta 1995 yılında kabul edilen Olimpik Sembol Koruma Kanunu ("*Olympic Symbol etc. (Protection) Act 1995*") ile "*Olimpik İlişkilendirme Hakkı*" ihdas olunmuş ve bu yolla "ilişkilendirme hakkı" konsepti ilk kez açıkça yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ne var ki, izni olmayan kişilere ilişkilendirmeye konu edilmesi yasaklanan unsurların çok sınırlı tutulduğu bu düzenleme yeterli görülmedikçe, tuzak pazarlama konusunda o tarihe kadar görülmüş en kapsamlı düzenlemelere yer veren, özgün ve süreli bir ilişkilendirme hakkı olan "*Londra Olimpiyatları İlişkilendirme Hakkı*"nın ("*London Olympics Association Right*") ihdas edildiği Londra Olimpiyatları Kanunu<sup>4</sup> ("*London Olympic Games and Paralympics Act 2006*"), Londra'nın adaylık statüsünden ev sahipliği statüsüne geçmesinin hemen ardından, 2006 yılında yasallaşmıştır. Yine, Brezilya 2014 FIFA Dünya Kupası organizasyonu ile ilgili olarak FIFA tarafından yayınlanan ve FIFA'nın resmi markalarının kullanımına ilişkin kılavuz<sup>5</sup> da, hukuka aykırı tuzak pazarlama ve ilişkilendirme hakkı ile ilgili ayrıntılı açıklamalar ve çerçeve niteliğinde düzenlemeler içeren güncel bir metindir.

Londra 2012 Olimpiyat Oyunları ve Brezilya 2014 FIFA Dünya Kupası ile bağlantılı olarak ihdas edilmiş olan özel ilişkilendirme hakları, bu haklara dayanak teşkil eden ulusal ve uluslararası mevzuat çerçevesinde aşağıda ele alınacaktır. Ancak buna geçmeden önce, uluslararası organizasyonlara ev sahipliği yapacak olan devletlerin kanun koyucularını özel ilişkilendirme hakları ihdas etmek suretiyle yasal önlemler almaya sevk eden tuzak pazarlama faaliyetlerine ve bu faaliyetlerin hangi hallerde hukuka aykırı sayıldığına değinmek isabetli olacaktır.

<sup>3</sup> **Teresa Scassa**, Ambush Marketing and the Right of Association: Clamping Down on References to That Big Event With All the Athletes in a Couple of Years, *Journal of Sport Management*, Cilt: 25, Sayı: 4, 2011, s. 354.

<sup>4</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/12/contents> (Son erişim tarihi: 02.03.2015).

<sup>5</sup> [http://www.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014\\_fifapublicguidelines\\_eng\\_13032014\\_neutral.pdf](http://www.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014_fifapublicguidelines_eng_13032014_neutral.pdf) (Son erişim tarihi: 02.03.2015).

## 1.2. Tuzak Pazarlama

Günümüzün rekabet koşullarında işletmeler, piyasaya sundukları mal ve hizmetlere ilişkin olarak çok çeşitli pazarlama ve ticari iletişim yöntemlerine başvurmaktadır. Bu kapsamda, ekonomik açıdan azımsanmayacak meblağlara karşılık gelen sponsorluk uygulamalarına da ticari işletmeler tarafından sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Sponsorluk uygulamaları ile işletmeler, mal ve hizmetlerini sundukları piyasadaki hedef kitlelerine, alışlagelmiş reklam faaliyetleri ile değil de, söz konusu kitlelerin hoşlandıkları, ilgi duydukları sportif, sanatsal veya sosyal etkinliklerin gerçekleşmesine katkıda bulunmak suretiyle ulaşmaktadır<sup>6</sup>. Bu sayede işletmeler, hedef kitleye yönelik klasik reklamlar yapmak yerine, markaları ile ilgili olarak zihinlerde farkındalık yaratmak ve olumlu bir izlenim bırakmayı; bu yolla da müşteri portföylerini genişletmeyi hedeflemektedir. Sponsorluk uygulaması ile sponsor, desteklediği kurumun ya da organizasyonun itibarından, marka algısından<sup>7</sup>, gördüğü ilgi ve topladığı beğeniden yararlanırken, desteklenen ise sponsorluk uygulamasına konu etkinlik için kaynak elde etmektedir<sup>8</sup>.

Uluslararası organizasyonların giderlerinin bir kısmının ya da tamamının sponsorluk uygulamaları ile karşılanması, desteklenen etkinliğin büyüklüğüne göre çok yüksek sponsorluk ücretlerinin ödenmesini gerektirebilmektedir. Tam da bu nedenle bazı işletmeler, herhangi bir sponsorluk ücreti ödemeksizin, yani aslında söz konusu organizasyona herhangi bir maddi destekte bulunmaksızın, çeşitli reklam ve pazarlama faaliyetleri yolu ile markalarını veya mal ve hizmetlerini sponsor olmadıkları kurum veya organizasyon ile ilişkilendirmekte ya da hiç değilse, ilgili kurum veya organizasyonun gördüğü ilgiden, yarattığı çekim gücünden azami düzeyde yararlanabilmek için çeşitli reklam ve pazarlama taktikleri geliştirmektedir. Bu yöntemle esasen sponsor sıfatı olmayan işletmeler, bir taraftan izleyicilerin ilgisini resmi sponsor olan rakiplerinden uzaklaştırarak onların sponsorluk yolu ile elde etmeyi amaçladıkları başarıları gölgelemekte, diğer taraftan da söz konusu organizasyonun topladığı ilgiden yararlanarak kendi reklam ve pazarlama amaçlarını gerçekleştirmektedir. İşte bu amaca yönelik faaliyetler tuzak pazarlama ("*ambush marketing*") olarak adlandırılmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> **Gülçin Elçin Grassinger**, Sponsorluk Sözleşmesi, Ankara, 2003, s. 30.

<sup>7</sup> **Dev Saif Gangjee**, Property in Brands, LSE Law, Society and Economy Working Papers 8/2013, London School of Economics and Political Science, Law Department, [http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-08\\_Gangjee.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-08_Gangjee.pdf) (Son erişim tarihi: 02.03.2015).

<sup>8</sup> **İnal/Baysal**, s. 161; **Selma Hülya İmamoğlu**, Sponsorluk Sözleşmesi, Ankara, 2003, s. 49. Sponsor, desteklediği etkinlik yolu ile etkinliğin takipçilerinin dikkatini kendi üzerine çekmek istemektedir ki bu, imaj transferi olarak adlandırılmaktadır. Bu yolla sponsor, desteklediği etkinliğin kamuoyunda bıraktığı memnuniyet, hayranlık gibi olumlu duygu ve izlenimlerin, böyle bir etkinliğin destekleyicisi olması sıfatıyla kendisine yansımaları amaçlamaktadır: **Grassinger**, s. 26.

<sup>9</sup> **İnal/Baysal**, s. 162; **Ericsson**, s. 5 vd. Doktrinde, ambush marketing/tuzak pazarlama ifadesi yerine, "gerilla pazarlama", "sinsi pazarlama" veya "parazit pazarlama" kavramlarının da kullanıldığı

Mevzuatımızda tuzak pazarlama tanımlanmamıştır. Olimpiyat oyunlarında tuzak pazarlamanın önlenmesi ile ilgili olarak bazı devletlerde kabul edilen özel düzenlemelerde dahi çoğu zaman açık bir tanıma yer verilmemektedir<sup>10</sup>. Diğer yandan, tuzak pazarlama doktrinde dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde tanımlanmaktadır<sup>11</sup>: Dar anlamda tuzak pazarlama, sponsor rakip işletmeyi hedef alarak onun sponsorluk bedeli karşılığında elde ettiği sponsorluk konumunu ve sponsorluktan beklentilerini zayıflatma girişimleri; geniş anlamda tuzak pazarlama ise, bir işletmenin, sponsor olmadığı bir organizasyon ile markası ya da sunduğu mal veya hizmetler arasında ilişki kurarak, rakip işletmenin sponsor olduğu organizasyonun itibarından, gördüğü ilgiden yararlanma girişimleri olarak ifade edilmektedir. Bu çerçevede, en geniş anlamda tuzak pazarlama, sponsor olmayan bir işletmenin, sponsor olan rakibi hedef almasından bağımsız olarak, sponsorluğa konu organizasyon ile kendisi arasında ilişki kurmak suretiyle izleyicilerin ilgisini kendine çekmeye yönelik her türlü faaliyetini ifade eder<sup>12</sup>.

Bugüne değin gerçekleştirilmiş olan tuzak pazarlama uygulamalarından öne çıkan bazıları şunlardır<sup>13</sup>:

(1) *Sponsorluğa konu organizasyonun televizyon velveya radyo yayınlarının sponsorluğunu üstlenmek*: En tartışılabilirlerinden biri olmakla birlikte en yaygın şekilde başvurulan tuzak pazarlama yöntemlerinden biridir. Doktrinde tuzak pazarlama faaliyetlerinin ilk görüldüğü oyunlar olarak kabul edilen 1984 Los Angeles Olimpiyat Oyunları'nda<sup>14</sup>, Olimpiyat oyunlarının resmi sponsoru Fuji iken, bir Amerikan şirketi olan Kodak, Olimpiyat Oyunlarını yayınlayan televizyon kanalının yayıncı sponsorluğunu ve Amerika Birleşik Devletleri'nin atletizm takımının resmi sponsorluğunu üstlenmiştir. Kodak, Olimpiyat Oyunlarına ilişkin logo ve sembolleri de yayınlarda sıklıkla kullanarak etkili bir tuzak pazarlama faaliyetinde bulunurken, Fuji ise sponsorluk faaliyetinden beklediği yararı sağlayamamıştır<sup>15</sup>.

---

görülmektedir: **Aydemir Okay**, Sponsorluğun Temelleri, İstanbul, 2005, s. 166; **Metin Argan**, Spor Sponsorluğu Yönetimi, Ankara, 2004, s. 227.

<sup>10</sup> **İnal/Baysal**, s. 163.

<sup>11</sup> **Mark James/Guy Osborn**, Guilty by Association: Olympic Law and the IP Effect, Intellectual Property Quarterly, 2013, s. 106-107; **İnal/Baysal**, s. 163 vd.; **Owen H. Dean**, Ambush Event Piracy, European Intellectual Property Review, 2012, s. 762-763; **Argan**, s. 227.

<sup>12</sup> **İnal/Baysal**, s. 163; **David Cran/Simon Griffiths**, Ambush Marketing: Unsporting Behaviour or Fair Play?, Entertainment Law Review, 2010, s. 293; **Sudipta Bhattacharjee/Ganesh Rao**, Tackling Ambush Marketing: The Need for Regulation and Analysing the Present Legislative and Contractual Efforts, Sport in Society, 9 (1), January 2006, s. 130.

<sup>13</sup> **Argan**, s. 228; **İnal/Baysal**, s. 164 vd.; **Okay**, s. 167; **Bhattacharjee/Rao**, s. 129.

<sup>14</sup> **İnal/Baysal**, s. 165, dn. 15'ten naklen, **Janet Hoek/Philip Gendall**, Ambush Marketing: More Than Just a Commercial Irritant?, Entertainment Law, 2002, s. 72; **Lingling Wei**, Legal Regulation of Ambush Marketing: Where Is the Base?, European Policy for Intellectual Property Conference No: 6, 2011, s. 1.

<sup>15</sup> **Argan**, s. 229; **Okay**, s. 168.

(2) *Alt kategorilerdeki sponsorluğu ön plana çıkararak saldırgan bir şekilde kullanmak*: Örneğin, 1988 Seul Olimpiyat Oyunları'nda Kodak, Olimpiyat oyunlarının resmi sponsorluğunu üstlenmişken bu kez de Fuji, Amerika Birleşik Devletleri'nin yüzme takımının resmi sponsoru olmuş ve bu yolla Kodak'ın sponsorluk faaliyetlerinden beklentilerini gölgelemeyi başarmıştır<sup>16</sup>.

(3) *Organizasyonun yayını öncesinde, sırasında ve sonrasında reklam süreleri satın almak*: 2002 FIFA Dünya Kupası devam ederken, özellikle milli takım maçlarının televizyon yayınları sırasında, kırmızı-beyaz renklerini kullanarak "Milli Boya, Milli Boya" şeklinde reklamlar, kamuoyunda, anılan marka ile tanınan boya şirketinin Türk Milli Futbol Takımı'nın resmi sponsorluğunu yapıyormuş gibi bir izlenim bırakılmasını hedeflemiştir. Yine, tuzak pazarlama faaliyetlerinin erken dönem örneklerinden biri olarak, Visa'nın resmi sponsorlarından biri olduğu 1992 Barcelona Olimpiyatları'nda American Express tarafından yapılan reklamlar bu başlık altında incelenebilir. American Express, Olimpiyat oyunlarının yayını süresince, Barcelona şehrinde görüntüler verilen ve "İspanya'ya seyahat etmek için vizeye ihtiyacınız yok" ("You don't need a visa to visit Spain") mesajını içeren televizyon reklamları yayınlamıştır. Visa şirketi bu reklama itirazda bulunmuşsa da, American Express, reklamlarının Visa ile ilgili olmadığı gibi Olimpiyatları da ima etmediklerini beyan ederek herhangi bir yasal yaptırıma maruz kalmaktan kurtulmuştur<sup>17</sup>.

(4) *Rakibin sponsor olduğu organizasyonla eş zamanlı büyük reklam ve pazarlama faaliyetleri yürütmek ve reklamlarda organizasyonla ilişki akla getirebilecek görüntü ve sloganlar kullanmak*: Bu şekilde gerçekleştirilen tuzak pazarlama faaliyetlerinin belki de en son ve etkili örneğini Nike'in Londra 2012 Olimpiyat Oyunları süresince yayınladığı "Find Your Greatness"<sup>18</sup> ("Büyükliğini Bul") reklamı oluşturmaktadır. Anılan reklamda, Londra ve İngiltere dışında dünyanın çeşitli yerlerinde adında Londra geçen mekanlarda ("London Gym", "London Avenue", "London Hotel", "London Plaza", "London Field" gibi), üzerinde Nike spor giysi ve aksesuarları bulunan ve Olimpiyat Oyunlarında yer verilen çeşitli sporları icra eden amatör ve profesyonel sporcuların görüntülerine yer verilmek suretiyle, Nike markası ile Londra Olimpiyat Oyunları'nın ilişkilendirilmesi amaçlanmış ve bu sayede 2012 Londra Olimpiyat Oyunları'nın resmi sponsoru ve Nike'in en büyük rakiplerinden biri olan Adidas'ın sponsorluktan umduğu getiriler engellenmek ve resmi sponsor olması üzerinden gerçekleştirildiği tanıtım faaliyetleri gölgelemek istenmiştir.

<sup>16</sup> **Amandine Garde/Neville Rigby**, Going for Gold – Should Responsible Governments Raise the Bar on Sponsorship of the Olympic Games and other Sporting Events by the Food and Beverage Companies?, Communications Law, 2012, s. 44.

<sup>17</sup> <http://www.wsj.com/articles/SB10001424052970204731804574391102699362862> (Son Erişim Tarihi: 03.03.2015).

<sup>18</sup> <http://nikeinc.com/news/nike-launches-find-your-greatness-campaign-celebrating-inspiration-for-the-everyday-athlete> (Son erişim tarihi: 03.03.2015).

(5) *Organizasyonun gerçekleştiği alanlara yakın satış noktaları kurmak, reklam panoları ve ilanlar yerleştirmek, ücretsiz tişört veya şapka dağıtarak kameralar tarafından görüntülenebilecek izleyicileri reklam panosu olarak kullanmak vb. şekillerle, sponsor olmayan markanın mal ve hizmetlerini ön plana çıkarması:* Örneğin, çok çeşitli spor dalları ile ilgili olarak İnternet üzerinden bahis oynanması faaliyeti yürüten Paddy Power, Londra 2012 Olimpiyat Oyunları süresince Olimpiyat parkının içinde veya çevresinde değil ama, Londra'daki tren istasyonlarında yer alan dev reklam panolarına, önce büyük puntolarla “*Official Sponsor of the Largest Athletics Event in London This Year!*” (“Bu Yıl Londra'daki En Büyük Atletizm Etkinliğinin Resmi Sponsoru”) sloganını, alt kısmına ise görece küçük puntolarla “*London, France*” (“Londra, Fransa”) açıklamasını içeren reklamlar yerleştirmiştir. Bu reklamlar ile Paddy Power esasında Fransa'da bulunan Londra isimli kentteki atletizm etkinliğinin resmi sponsorluğunu üstlendiğini duyurmakla birlikte, Londra Olimpiyat Oyunları izleyicileri üzerinde, olimpiyat oyunlarının resmi sponsoru olduğu izlenimini oluşturmayı hedeflemiştir<sup>19</sup>.

### 1.3. Hukuka Aykırı Tuzak Pazarlama: Parazit Pazarlama

Geniş anlamıyla tuzak pazarlama, sponsor olmayan bir işletmenin, bir organizasyon ile kendi markasını taşıyan mal ve hizmetler arasında ilişki kurmak suretiyle izleyicilerin ilgisini kendi üzerine çekme çabası olarak tarif edilmektedir. Bu amaca yönelik faaliyetlerin hukuka aykırılık unsuru barındırıp barındırmadığı her somut olayın kendine özgü koşullarının incelenmesi neticesinde saptanabilecek; bir işletmenin kendi markasını taşıyan mal ve hizmetleri öne çıkarmaya yönelik reklam faaliyetlerinin her zaman hukuka aykırılık teşkil ettiğini peşinen ileri sürmek doğru olmayacaktır.

Bir işletmenin markasını veya markasını taşıyan mal ve hizmetlerini, sponsor olmadığı veya iznini almadığı bir organizasyon, kişi ya da kurum ile ilişkilendirerek, bu organizasyon, kişi veya kurumun itibarından, gördüğü ilgi ve topladığı beğeniden haksız veya aldatıcı surette yararlanmasına yönelik pazarlama faaliyetleri *parazit pazarlama* teşkil etmektedir. Parazit pazarlama tanımının kapsamına, kısmi ya da tali sponsor olmasına karşın, ana sponsor olduğu algısı yaratma faaliyetlerini de dahil etmek yerinde olacaktır. Bu tanım çerçevesinde, parazit pazarlamanın unsurları şu şekilde sıralanabilir: (i) Tuzak pazarlama faaliyetinde bulunan işletme ile desteklenen arasında bir *ilişkilendirme* olması; (ii) bu ilişkilendirmenin *haksız veya yanıltıcı* olması; (iii) resmi sponsorun ya da desteklenenin *zarar görme ihtimalinin* bulunması. Bu unsurların dışında, parazit pazarlacının kusurunun bulunması, pazarlamanın

<sup>19</sup> <http://www.startupsmart.com.au/sales-and-marketing/advertising/five-great-olympics-ambush-marketing-campaigns/201208027114.html?displaypage=page2> (Son erişim tarihi: 03.03.2015).

başarıya ulaşması ya da resmi sponsorun veya desteklenenin zarar görmesi şart değildir<sup>20</sup>.

Görüleceği üzere, bir tuzak pazarlamayı hukuka aykırı kılan unsur, ilişkilendirmenin haksız ve yanıltıcı olması ve hedef tuttuğu sponsorun bundan zarar görme ihtimalinin bulunmasıdır<sup>21</sup>. Dolayısıyla denilebilir ki, her ne kadar her bir tuzak pazarlama faaliyeti az ya da çok, açık ya da örtülü bir şekilde organizasyonla ilişkilendirmeyi bünyesinde barındırmaktaysa da, bu ilişkilendirme haksız veya aldatıcı değil ise, kural olarak hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. İlişkilendirmenin haksız olması, tuzak pazarlamacının, desteklenen organizasyon, kişi veya kurumun sponsoru olmamasına rağmen desteklenen ile kendisi veya ürünü arasında açık veya gereksiz bir ilişki kurması anlamına gelir. İlişkilendirmenin yanıltıcı olması ise, tuzak pazarlamacının, sponsor olmamasına rağmen tüketiciler nezdinde sponsor olduğu ya da tali veya kısmi sponsor olduğu halde ana sponsor olduğu izlenimi uyandırmasıdır<sup>22</sup>.

#### 1.4. Parazit Pazarlama İle Mücadele

Büyük çaplı uluslararası organizasyonların sponsorluk ücretlerinin de organizasyonun büyüklüğü oranında yüksek olacağı düşünüldüğünde, sponsorluk faaliyetlerinin ne denli hacimli bir piyasa oluşturacağı da anlaşılacaktır. Hal böyleyken, hukuk sistemlerinin bu piyasa koşullarına zarar verecek her türlü girişime karşı gerekli önlemleri alması; yasal düzenlemelerin yetersiz kaldığı noktalarda ise özel hukuk ilişkileri aracılığıyla hakların korunmasının hedeflenmesi kaçınılmaz olmuştur. Bu kapsamda, uygulamada parazit pazarlama ile mücadelede başvuru hukuki olanaklar aşağıda ele alınmıştır.

(1) *Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Mücadele*: Bir işletmenin kendisi hakkında, aslında hiç sponsor olmadığı bir kurum veya organizasyon ile ilişkilendirerek sponsor olduğu, yahut tali veya kısmi sponsor olmasına karşın sanki ana sponsormuş gibi bir izlenim yaratması, yanıltıcı, dolayısıyla aldatıcı olduğundan, rekabet etme hakkının iyiniyet kurallarına uygun kullanılması olarak değerlendirilemeyecektir. Hukuka aykırı tuzak pazarlama uygulamaları, bir taraftan önemli ölçülerde harcama yaparak sponsor olan işletmenin, diğer taraftan sponsor olunan kurum veya organizasyonun menfaatlerini ihlal eder ve zarara uğramalarına yol açar. Dolayısıyla, rekabet etme hakkı kötüye kullanılmak suretiyle parazit pazarlama uygulamalarına başvurmak haksız rekabet teşkil edecek ve bu çerçevede yaptırım uygulanması gerekecektir<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> İnal/Baysal, s. 169.

<sup>21</sup> İnal/Baysal, s. 169.

<sup>22</sup> İnal/Baysal, s. 170-171.

<sup>23</sup> İnal/Baysal, s. 184-185; Ericsson, s. 7.

(2) *Marka Hukuku Kapsamında Mücadele*: Tuzak pazarlama uygulamasında, sponsor olmayan işletme tarafından, ilişkilendirme yapılması hedeflenen kurum veya organizasyona ait isim ve logoların kullanılması gündeme gelebilmektedir. Söz konusu isim ve işaretler ise genellikle marka hukuku kapsamında korunmaktadır. Bu çerçevede, sponsor olmayan bir işletme tarafından, desteklenen kurum veya organizasyonun korunmakta olan markalarının veya benzeri işaretlerin kullanılması, bu konudaki fikri mülkiyet haklarının ihlali anlamına gelecektir. Söz konusu markaların desteklenen organizasyona ait markalar olması durumunda hem uluslararası tescilli markalardan hem de, bu markaların organizasyona ev sahipliği yapan devletin marka mevzuatı gereğince özel olarak korunduğu durumlarda, ulusal düzeyde tescilli markalardan doğan hakların ihlali söz konusu olabilmektedir. Ne var ki, tuzak pazarlama uygulamalarında organizasyona ait markaların veya onları ima eden işaretlerin açıkça kullanılmaması, fakat dolaylı yoldan onları çağrıştıran algılara hitap edilmesi, konvansiyonel anlamda bir marka ihlali teşkil etmediğinden, korumanın marka hukuku kapsamında sağlanması çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

(3) *Reklam Hukuku Kapsamında Mücadele*: Parazit pazarlama uygulamasında reklam veren tuzak pazarlamacı, kendisini, aslında hiç sponsor olmadığı bir kurum veya organizasyonla ilişkilendirerek tüketiciler nezdinde sponsor olduğu ya da tali veya kısmi sponsor olmasına karşın sanki ana sponsormuş gibi bir izlenim yaratmayı hedeflediğinden, bu amaca yönelik bir reklam, başta aldatıcı reklam yasağı olmak üzere, reklam hukuku düzenlemelerinde yer alan bazı hükümlerin ihlali anlamına gelebilmektedir<sup>24</sup>.

Dolayısıyla, aldatıcı reklamın unsurlarını içeren, yani (i) aldatıcı veya yanıltıcı yahut eksik bilgiler içeren reklamlar, (ii) hitap ettiği orta seviyedeki tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklamlar, (iii) içerdiği aldatıcılığın tüketicinin nihai kararını etkileyebilecek derecede olması durumunda, parazit pazarlama teşkil edebilecektir<sup>25</sup>.

(4) *Sözleşmeler Yolu İle Mücadele*: Bir organizasyonun sponsorluğunu büyük bütçeler ayırarak üstlenen sponsor işletme, çok çeşitli ve hatta o aşamada öngöremediği olası tuzak pazarlama uygulamalarına karşı sponsorluk sözleşmelerine veya sponsorluk sözleşmeleri kapsamında yapılan lisans sözleşmelerine<sup>26</sup> özel hükümler koymak suretiyle kendini koruma yoluna gider.

Tuzak pazarlama faaliyetlerinin gerçekleşmesi muhtemel mecralarda doğrudan

<sup>24</sup> **Emrehan İnal**, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, İstanbul, 2000, s. 102 vd.; **İnal/Baysal**, s. 186; **Yılmaz Aslan**, Tüketici Hukuku, Ankara, 2006, s. 239 vd.

<sup>25</sup> **İnal/Baysal**, s. 187.

<sup>26</sup> Sponsorluk sözleşmeleri ile lisans sözleşmeleri arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Grassinger**, s. 71 vd.; **İmamoglu**, s. 156 vd.

sponsorun ve desteklenenin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümler içermesi nedeniyle, sponsorluk sözleşmeleri kapsamında alınan önlemler en yaygın mücadele biçimidir. Özellikle büyük ölçekteki organizasyonlarda sponsorluk faaliyetleri de karmaşık bir yapı olarak karşımıza çıkar ve birlikte sponsorluk<sup>27</sup> daha yaygın bir şekilde görülür. Birlikte sponsorluk durumunda asli sponsor veya sponsorlar bakımından sözleşmede gerekli önlemlerin alınması, faaliyet alanlarının sınırlarının belirgin bir şekilde çizilmesi ayrıca önemlidir<sup>28</sup>. Sponsorluk sözleşmeleri yoluyla tuzak pazarlama ile mücadele konusunda, sözleşmelere münhasırlık koşulunun eklenmesi söz konusu olabilir. Münhasırlık kaydı gibi sınırlayıcı koşullar ile sponsor, sponsorluk yaptığı faaliyet alanının sınırlarını çizebilir. Yine, sponsorluk sözleşmesi ile sponsor, desteklenenden, ticari haklarını ve itibarını korumaya yönelik önlemler almasını isteyebilir. Tuzak pazarlama sonucunda sponsor, sponsorluk sözleşmesinden beklediği yararı elde edememişse ve desteklenen de tuzak pazarlamanın amacına ulaşmasını engellemek adına gerekli önlemleri almaktan kaçınmışsa, desteklenenin kötü ifasından bahsedilebilecektir<sup>29</sup>.

Organizasyonun yapılacağı yerler dışında kalan yerlerde ve özellikle radyo ve televizyon reklamlarında gerçekleştirilen tuzak pazarlama faaliyetlerinin sözleşmeler yoluyla önlenmesi ise çok güçtür. Zira sözleşme hükümleri ancak sözleşmenin tarafları arasında hüküm doğurur ve üçüncü kişilerin faaliyetleri ile ilgili sınırlayıcı hükümler ancak sözleşmenin konusu ile örtüştüğü ölçüde mümkündür<sup>30</sup>.

Sponsorluk sözleşmelerinden doğan tanıtım borcunun ifası aşamasında, desteklenenin gayri maddi haklarının kullanımının devredilmesi gerekebilir. Gayri maddi haklarının kullanımının devredilmesi ise lisans sözleşmeleri yoluyla olur. Desteklenenin, sponsorun faaliyetlerinde kullanması için bırakılan gayri maddi haklara örnek olarak marka hakkı, desteklenene ait sembol, logo, amblem, isim, arma hatta sloganlar örnek gösterilebilir<sup>31</sup>. Sponsorun, desteklenen ile kendi tanıtımı için gerekli gayri maddi hakların münhasır olarak kullanım hakkı konusunda anlaşması ve inhisari lisans devri de tuzak pazarlamayı önlemek açısından etkili bir yöntemdir<sup>32</sup>. Zira, basit lisans verilmesi durumunda lisans veren (desteklenen), sahip olduğu gayri maddi hakları gerek yer olarak gerekse zaman olarak aynı koşullarda bir üçüncü kişiye tanıyabilir<sup>33</sup>. Böyle bir boşluğun bırakılmış olması, tuzak pazarlama faaliyetleri açısından tehlikeli olabilir. Örneğin, sponsor olmasa dahi, lisans sözleşmesi yolu ile Olimpiyat

<sup>27</sup> Grassinger, s. 50.

<sup>28</sup> İnal/Baysal, s. 178.

<sup>29</sup> Grassinger, s. 149; İmamoğlu, s. 193 vd.

<sup>30</sup> İnal/Baysal, s. 179.

<sup>31</sup> Oktay-Özdemir, s. 30.

<sup>32</sup> İnal/Baysal, s. 180-181.

<sup>33</sup> Oktay-Özdemir, s. 13.



Oyunlarının logosu olan beş halkanın devrini sağlayan rakip işletme, kendi markası, mal ve hizmetleri ile Olimpiyat Oyunları arasında ilişki kurmayı başarabilecektir. Bu nedenle, desteklenen, özellikle büyük çaplı organizasyonlarda sponsora sponsorluk faaliyetlerinde kullanması için marka hakkını marka lisans sözleşmesi<sup>34</sup> ile inhisari olarak devreder.

## 2. İlişkilendirme Hakkı ve Gelişimi

İlk bölümde sıklıkla değindiğimiz üzere, tuzak pazarlama uygulamaları özellikle büyük organizasyonlara ev sahipliği yapan ülkelerde, bu organizasyonlar süresince yaygın bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda bir inceleme yapıldığında, tuzak pazarlamaya ilişkin özel düzenlemelerin kabul edildiği ülkelerin Olimpiyat Oyunlarının gerçekleştirildiği ya da gerçekleştirileceği ülkeler olduğu anlaşılmaktadır<sup>35</sup>. Bunun gerekçesi olarak, Olimpiyat Oyunlarında tuzak pazarlama uygulamalarının zamanla hızlı bir şekilde yaygınlaşmış olması ve büyük meblağlar karşılığında elde edilen sponsorlukların<sup>36</sup> tuzak pazarlama uygulamaları karşısında korunmasının artan bir gereklilik olarak ortaya çıkması sayılabilir. Öte yandan, rekabet hukukuna ve marka hukukuna ilişkin düzenlemeler ile reklam uygulamalarını düzenleyen mevzuatın, tuzak pazarlama uygulamaları karşısında sponsorları ve desteklenenleri yeterli derecede, gereken zamanda ve etkin bir şekilde koruyamadığı gözlemlenmiştir. Nitekim bu çerçevede hayata geçirilen hiçbir özel düzenleme, parazit pazarlamayı tümüyle ortadan kaldıramadığı için ne organizasyon sahiplerini yani desteklenenleri ne de sponsorları yani destekleyenleri mutlu edebilmiştir. Bu anlayışla, tuzak pazarlama ile mücadele konusunda hazırlanan özel düzenlemeler sayesinde, yalnızca parazit pazarlamanın değil, aynı zamanda, hukuka aykırılık teşkil etmemekle birlikte özellikle sponsorların arzu etmediği tuzak pazarlama uygulamalarının da engellenmesi amaçlanmıştır<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> **Çağlar Özel**, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002, s. 45; **Grassinger**, s. 71-72. Her ne kadar sponsorluk sözleşmesi için bir şekil şartı öngörülmemişse de, bu kapsamda markanın kullanımının da lisans yolu ile devri söz konusu ise, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ("556 sayılı KHK") 15. maddesinde aranan yazılı şekil şartına uyulması gerekecektir, **Grassinger**, s. 83.

<sup>35</sup> Örneğin Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin, organizasyonun sponsor gelirlerini riske atmamak adına organizasyona ev sahipliği yapmaya aday devletlere ve yerel yönetimlere bir takım şartlar koşarak sponsorlarının ve kendisinin menfaatlerinin korunması amacıyla reklam ve pazarlama uygulamalarına ilişkin bir takım özel düzenlemeler getirmek suretiyle sınırlandırıldıkları gözlemlenmektedir. 1997 yılında, Olimpiyat Oyunlarına ev sahipliği yapmaya talip olan bir şehrin başvurusu sürecinde Uluslararası Olimpiyat Komitesi, Olimpiyat Oyunlarının oynandığı bir ay boyunca şehir içindeki tüm reklam alanlarının sadece resmi sponsorlara ayrılması gerektiğini, aksi halde başvurunun reddedileceğini açıklamıştır; <http://www.olympic.org/sponsors/100-years-of-olympic-marketing> (Son erişim tarihi: 05.03.2015).

<sup>36</sup> Londra 2012 Olimpiyat Oyunları Organizasyon Komitesi'nin 2 trilyon İngiliz Sterlin'i bulan bütçesinin 700 milyon Sterlin'lik kısmını, resmi sponsorluk anlaşmaları aracılığıyla elde edilen gelirler oluşturmuştur: **Jack Anderson**, Sports Law in an Olympic Year: Citius, Altius, Fortius?, Legal Information Management, 2012, s. 72.

<sup>37</sup> **İnal/Baysal**, s. 171.

Bu özel düzenlemeler, özellikle, öncelikle oranla aşırı derecede “ticarileşen” ve reklamlarını yapmak isteyen işletmeler için bir serbest piyasa halini alan ve bu sayede tuzak pazarlama faaliyetlerinin ilk olarak görüldüğü oyunlar olan 1984 Los Angeles Olimpiyat Oyunları’ndan sonra hızlı bir gelişim ve yaygınlık göstermiştir. Olimpik sembollerin korunmasına yönelik uluslararası algının pekişmesinde, 26 Eylül 1981 tarihinde kabul edilen uluslararası Olimpik Sembollerin Korunması Hakkında Nairobi Anlaşması’nın<sup>38</sup> (“*Nairobi Treaty on the Protection of the Olympic Symbol*”) bir milat olduğu söylenebilir. Bu anlaşma uyarınca, anlaşmaya taraf olan devletler, Olimpik sembollerin veya bu sembollerini içeren markaların tesciline izin vermemeyi, tescil yapılmışsa hükümsüz sayılmasını taahhüt etmişlerdir. Yine, IOC tarafından sürekli olarak güncellenen Olimpik Anlaşma Kuralları’na<sup>39</sup> (“*The Olympic Charter*”) uygun olarak, IOC tarafından Olimpiyat Oyunlarına aday olan ve ev sahipliği yapacak olan devletlerden belli başlı bir takım kurula uyulması ve gerekli yasal düzenlemelerin bu kapsamda hayata geçirilmesi beklenmektedir. Olimpik Anlaşma Kuralları’na göre, Olimpiyat sembolünün, Olimpiyat bayrağının, Olimpiyat düsturunun, Olimpiyat amblemlerinin, Olimpiyat marşının, Olimpiyat Oyunları ve bunun gibi ifadelerin, Olimpiyat sloganlarının kullanımı üzerinde tek hak sahibi IOC’dur. Anlaşma uyarınca ulusal Olimpiyat komiteleri, bu kurallara uyulmasını sağlamakla yükümlüdür<sup>40</sup>.

Bu kapsamda devletler -özellikle Olimpiyat Oyunlarına ev sahipliğine aday olanlar ve ev sahipliği yapma hakkı tanınanlar-, bir taraftan ulusal marka mevzuatlarındaki değişiklikler ile Olimpik sembollere özel koruma tanıyarak ya da salt Olimpik semboller için özel marka koruma yasaları kabul ederek bu korumanın gerçekleşmesini hedeflerken, bir taraftan da özel düzenlemeler yolu ile parazit pazarlamayı önleyen ve Olimpik semboller ile izinsiz “bağlantı kurulmasını” ve “ilişkilendirilmeyi” engelleyen önlemler almak yoluna gitmişlerdir. Bu kapsamda, ilişkilendirme hakkının evrim süreci aşağıda kısaca ele alınmıştır.

Türkiye Millî Olimpiyat Komitesi (TMOK), Olimpik Anlaşma Kuralları’na uygun olarak çalışmalarını sürdürmektedir. Hukukumuzda da bu düzenlemeye uygun olarak, 3796 sayılı İstanbul Kentinde Yapılacak Olimpiyat Oyunları Kanunu<sup>41</sup> ile, “*Olimpiyat ad ve amblemlerinin ticaret, propaganda ve benzeri amaçlarla kullanılması İstanbul Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu’nun iznine tabidir.*” şeklinde bir düzenleme kabul edilmiştir (m. 18).

<sup>38</sup> [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/nairobi/trtdocs\\_wo018.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/nairobi/trtdocs_wo018.html) (Son erişim tarihi: 04.03.2015); **James/Osborn**, *Guilty by Association: Olympic Law and the IP Effect*, s. 103; Türkiye bu anlaşmaya taraf olmamıştır: **İnal/Baysal**, s. 189-190.

<sup>39</sup> Olimpik Anlaşma Kuralları’nın 9 Eylül 2013 tarihinden itibaren geçerli olan versiyonu için bkz.: [http://www.olympic.org/Documents/olympic\\_charter\\_en.pdf](http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf) (Son erişim tarihi: 05.03.2015).

<sup>40</sup> **Mark James/Guy Osborn**, *The Sources and Interpretation of Olympic Law*, *Legal Information Management*, 2012, s. 81-82.

<sup>41</sup> 05.05.1992 tarih ve 21219 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Son erişim tarihi: 03.03.2015).

Özellikle tuzak pazarlama uygulamalarının önlenmesi amacıyla kabul edilen düzenlemelerden ilki, Avustralya'nın 1993 yılında 2000 Olimpiyat Oyunlarını düzenlemeye hak kazanmasının ardından 1996 yılında kabul edilen Sidney 2000 Oyunları Koruma Kanunu'dur ("*The Sydney 2000 Games (Indicia and Images) Protection Act 1996*"). Her ne kadar, Avustralya hukukunda bu düzenlemeden önce 1987 tarihli Olimpik İşaretlerin Korunması Kanunu ("*The Olympic Insignia Protection Act 1987*") ile, Olimpiyat meşalesi veya Olimpiyat halkaları gibi klasik semboller korunmakta idiyse de, sonraki tarihli düzenleme ile, makul bir kişide Sidney 2000 oyunları ile bir ilişki olduğu düşüncesi yaratan görsel veya işitsel her türlü kullanım ("Sidney oyunları", "oyunlar şehri", "Olimpiyatlar" gibi ifadeleri de kapsayacak şekilde) da koruma altına alınmıştır<sup>42</sup>.

Torino 2006 Kış Olimpiyatları çerçevesinde de, Olimpik sembollerin korunması ile ilgili çeşitli önlemler alınmıştır. Bu düzenlemenin en önemli özelliği ise, ilk kez bir yasa metninde tuzak pazarlama ifadesine açıkça yer verilmiş olmasıdır. Düzenleme ile, Olimpiyatların yarattığı imajdan, özellikle "Olimpiyat Oyunları" veya "Olimpik" ifadelerinin kullanılması suretiyle izinsiz yararlanmak, bunlarla bir ilişki kurmak; Olimpiyatlara izinsiz göndermede bulunan her türlü ticari girişim yasaklanmıştır<sup>43</sup>.

21 Eylül 1995 tarihinde Birleşik Krallık'ta yürürlüğe giren Olimpik Sembol Koruma Kanunu ile ihdas olunan "*Olimpik İlişkilendirme Hakları*" Birleşik Krallık'ta ilişkilendirme hakkının ilk kez tanındığı ve düzenlendiği yasa metni olmuştur. Ne var ki, bu kanun ile Birleşik Krallık Ulusal Olimpiyat Komitesi'ne (British Olympic Association / BOA) tanınan koruma, (i) olimpik sembolün (iç içe geçmiş beş halkadan oluşan IOC'nin sembolü), (ii) olimpik mottunun ("*Citius, altius, fortius,*" olarak bilinen IOC'nin mottosu ve bunun her dildeki çevirisi) ve (iii) Olimpik markalar olarak bilinen ve korunan "Olympiad", "Olympian" ve "Olympic" sözcükleri ile bunların her dildeki çevirisi ile sınırlı tutulmuştur. Olimpik Sembol Koruma Kanunu ile ilk kez ilişkilendirme hakkının tanınmasının ötesinde, bu kanunun yürürlüğe girmesine paralel olarak Markalar Kanunu'nda ("*Trade Marks Act 1994*") yapılan bir değişiklik ile, "Olympic" ibaresi içeren markalara özel koruma getirilmiş ve Olimpik Sembol Koruma Kanunu'nda özel olarak korunduğu belirtilen işaret, motto ve sembollerini içeren marka başvurularının reddedileceği düzenlenmiştir<sup>44</sup>.

Tuzak pazarlama konusunda oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer veren, süreli<sup>45</sup>

<sup>42</sup> İnal/Baysal, s. 172-173'ten naklen, Graeme Orr, Marketing Games: The Regulation of Olympic Indicia and Images in Australia, European Intellectual Property Review, 1997(9), s. 504.

<sup>43</sup> İnal/Baysal, s. 173.

<sup>44</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/section/4> (Son Erişim Tarihi: 04.03.2015).

<sup>45</sup> Londra Olimpiyatlar Kanunu ile kabul edilen düzenlemeye göre, kanun ile ihdas olunan Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkı, 30 Mart 2006 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 31 Aralık 2012 tarihinde hükmünü yitirmiştir.

ve özgün bir ilişkilendirme hakkı olan “*Londra Olimpiyatları İlişkilendirme Hakkı*”-nin tanındığı, 2006 yılında kabul edilen Londra Olimpiyatları Kanunu ise ilişkilendirme hakkının korunmasına yönelik en kapsamlı düzenlemelere yer verip en saldırgan yaptırımlara olanak tanımıştır. Londra Olimpiyatları Kanunu, getirdiği Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkı ile, Olimpik Sembol Koruma Kanunu ile kabul edilmiş olan Olimpik ilişkilendirme haklarının kapsamını oldukça genişletmiş; doğrudan ilişkilendirme yasağının ötesinde, halkta ilişkilendirme olduğu algısını uyandırma ihtimali olan pazarlama faaliyetlerinin yapılmasını da yasaklamıştır. Londra Olimpiyatları Kanunu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Yine, 2007 yılında Kanada tarafından kabul edilen ve yürürlüğe giren Olimpik ve Paralimpik Markalar Kanunu (“*The Olympic and Paralympic Marks Act*”) ile, yürürlükteki markalar kanununa ilave olara, olimpik markalar için ayrı bir marka korumasının bahşedildiği, Vancouver 2010 Olimpiyat Oyunları için kurulan organizasyon komitesine olimpik markalar ile izinsiz ilişkilendirme yapılmasının önlenmesi için yetki verildiği ve olimpik markalar için getirilen özel korumanın ve izinsiz ilişkilendirme yasağının yalnızca 2010 Olimpiyat Oyunları için geçerli olmadığı, bunun yanında Kanada’nın ileride ev sahipliği yapabileceği muhtemel Olimpiyat Oyunları için de geçerli olacağı düzenleme altına alınmıştır<sup>46</sup>. Kanunun 4. maddesi ile tuzak pazarlama faaliyetlerinin hangi hallerde yasaklandığı açıkça belirtilmiş ve izinsiz ilişkilendirmenin de bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmiştir. Görüleceği üzere, Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkına benzer bir düzenleme getiren bu kanunun ondan ve benzeri uygulamalardan ayrıldığı nokta, bahşettiği ilişkilendirme hakkının süresiz olmasıdır.

İlişkilendirme hakkının en güncel örneklerinden biri olan “Oyunlarla İlişkilendirme Hakkı” ise, Glasgow 2014 Milletler Topluluğu Oyunları (“*Glasgow 2014 Commonwealth Games*”) organizasyonu için çıkarılan Glasgow 2014 Milletler Topluluğu Oyunları Kanunu<sup>47</sup> (“*Glasgow Commonwealth Games Act 2008*”) ile kabul edilmiştir. Anılan kanun uyarınca yayımlanan tebliğe göre, oyunlarla ilişkilendirme hakkı 20 Ocak 2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek ve kapanış töreninin yapıldığı tarihi (3 Ağustos 2014) izleyen altı ay boyunca yürürlükte kalacaktır<sup>48</sup>.

Görüldüğü üzere, özellikle 90’lı yıllardan başlayarak, uluslararası organizasyonlara ev sahipliği yapacak ülkelerde kanun koyucular tarafından kabul edilen yasalara ve yerel yönetimler tarafından uygulamaya koyulan çeşitli düzenlemelerle, sponsor olmayan işletmelerin, organizasyona ait sembollerle herhangi bir şekilde bağ kurmalarının ve ayırt edici işaretlerini organizasyon ile ilişkilendirmelerinin engellenmesi

<sup>46</sup> [http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills\\_ls.asp?ls=c47& Parl=39& Ses=1#3prohibited](http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c47& Parl=39& Ses=1#3prohibited) (Son erişim tarihi: 06.03.2015).

<sup>47</sup> <http://www.legislation.gov.uk/asp/2008/4/contents> (Son erişim tarihi: 06.03.2015).

<sup>48</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukSI/2009/1969/contents/made> (Son erişim tarihi: 06.03.2015).

amaçlanmıştır. İlişkilendirme hakkı uygulamalarının daha iyi anlaşılabilmesi adına, ilişkilendirme hakkının en geniş şekilde yorumlanarak korunduğu ve bu kapsamda tuzak pazarlama konusunda o tarihe kadar görülmüş en kapsamlı düzenlemelere ve sert uygulamalara sahne olan Londra 2012 Olimpiyat Oyunları için kabul edilen yasal düzenlemelere ve Brezilya 2014 FIFA Dünya Kupası için FIFA tarafından hazırlanan ve FIFA'ya ait resmi markaların nasıl ve kimler tarafından, ne şekilde kullanılabileceğinin tüm ayrıntıları ile açıklandığı kılavuza değinmekte yarar görüyoruz.

### 3. İlişkilendirme Hakkı Uygulamalarından Başlıca Örnekler

#### 3.1. Londra 2012 Olimpiyat Oyunlarına İlişkin Düzenlemeler

Resmi sponsorlar ile bizzat anlaşmalar yapmak ve bu sayede gelirlerini azami seviyeye çıkarmak amacıyla, Olimpiyat Oyunları ile ilişkili her türlü ticari hak ve fikri mülkiyet hakkı münhasıran IOC tarafından kullanılmaktadır. IOC, bizzat kabul ettiği genel düzenlemelere ek olarak, Olimpiyat Oyunlarına ev sahipliği yapmaya talip olan ve yapmak üzere seçilen ülkelerle, Ev Sahibi Kent Sözleşmesi ("*Host City Contract*") yapmak suretiyle Olimpiyat markasının ve Olimpiyat Oyunları ile ilişkili diğer tüm ticari ve fikri mülkiyet haklarının en kapsamlı şekilde korunmasını sağlamaktadır<sup>49</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere, bir kentin Olimpiyat Oyunlarına ev sahipliği yapmak üzere seçilmesi halinde, yalnızca IOC tarafından değil, hem ev sahibi ülke tarafından yasal düzeyde, hem de ev sahibi kentin yerel yönetimi tarafından idari düzeyde bir takım düzenlemenin gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır. 2012 yılında düzenlenen Londra Olimpiyat Oyunları'nın hazırlanmasını ve gerçekleştirilmesini etkin bir şekilde organize etmek adına yürürlüğe giren Londra Olimpiyatları Kanunu, Londra'nın adaylık statüsünden ev sahipliği statüsüne geçmesinin hemen ardından, 2006 yılında kabul edilmiş ve bu kanun ile Londra Olimpiyat Oyunları Organizasyon Komitesi ("*London Organising Committee of the Olympic Games*") ("*LOCOG*") ihdas edilmiştir. Londra Olimpiyatları Kanunu ile, oyunların gerçekleştirileceği tesislerin yapımından toplu taşıma sistemlerinin geliştirilmesine, organizasyon öncesinde ve sırasında uyulacak reklam ve sponsorluk uygulamalarından güvenlik önlemlerine kadar çok çeşitli başlıkları kapsayan, yani Londra kentinin Olimpiyat Oyunlarına ev sahipliği yapması için gerekli hazırlıkların koordinasyonu ve organizasyonun sorunsuz bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli, çerçeve niteliğinde genel düzenlemeler kabul edilmiştir.

Londra, 2012 Olimpiyat Oyunları ile birlikte sadece görkemli bir Olimpiyata değil; tuzak pazarlama konusunda o tarihe kadar görülmüş en kapsamlı düzenle-

<sup>49</sup> **James/Osborn**, *The Sources and Interpretation of Olympic Law*, s. 81; **Tony Martino**, *A Plague upon the False Gods of Mount Olympus*, *Entertainment Law Review*, 2013, s. 40.

melere ve sert uygulama ve yaptırımlara da ev sahipliği yapmıştır. Londra Olimpiyatları Kanunu kapsamında, başta tuzak pazarlama ile mücadele amacıyla olmak üzere, Olimpiyat Oyunlarının gerçekleştirileceği alanlardaki reklam uygulamalarını düzenleyen genel hükümler öngörülmüştür. Bu genel hükümlere ek olarak, Londra Olimpiyatları Reklam ve Ticari Faaliyetler Yönetmeliği<sup>50</sup> (“*London Olympic Games and Paralympic Games (Advertising and Trading) (England) Regulations 2011*”) ile resmi sponsorların tuzak pazarlama uygulamalarına karşı korunması için özel önlemler alınmıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, oyunların düzenlendiği alanların civarındaki ve hatta hava sahasındaki her türlü reklam faaliyetlerinin ve bu alanlardaki ticari alışveriş faaliyetlerinin, tüm yönleri itibariyle ve gerekli görülen süre boyunca ilgili bakanlık tarafından yapılacak düzenlemelere tabi olacağı öngörülmüştür<sup>51</sup>. Yine bu düzenlemelere aykırı davranışların suç teşkil edeceği ve cezai yaptırımlara tabi tutulacağı; failerin tutuklanabileceği gibi haklarında 20.000 İngiliz Sterlini’ne kadar ağır para cezalarına hükmedilebileceği öngörülmüştür (Londra Olimpiyatları Kanunu m. 21, m. 27).

Bunlara örnek olarak, Olimpik Oyunların gerçekleştirileceği mekanlarda ve bu mekanların merkez olarak kabul edildiği 500 metrelik çap dahilinde kalan alanlarda sadece izin verilmiş reklamların yayınlanmasını mümkün kılmak gösterilebilir. Nitekim, belirtilen coğrafi sınırlar içinde hangi işletmelerin reklam faaliyeti yürütebileceğine organizasyon komitesi tarafından karar verildiği için, Olimpiyat Oyunlarının resmi sponsorları dışında hiçbir işletmeye reklam yapma izni verilmemiştir<sup>52</sup>. Olimpiyat Oyunlarının gerçekleştirildiği alanlardaki her türlü ticari alışveriş yapma olanağı, sadece bu konuda lisans almış işletmelere ve sadece ilgili Olimpiyat Oyunu sırasında ve sonrasında belli bir süre için tanınmıştır. Tüm bu sıkı uygulamaları denetlemek ve idari yaptırımları yerine getirmek adına, LOCOG tarafından, Olimpiyat Oyunlarının başlamasının 12 gün öncesinden itibaren 286 “marka polisi” (“*brand police*”), resmi sponsorların sponsorluklarının “altını oymayı” hedefleyen tuzak pazarlama uygulamaları ile mücadele için görevlendirilmiştir<sup>53</sup>.

Londra Olimpiyatları Kanunu’nun tuzak pazarlama konusunda getirdiği en büyük yenilik, özgün bir düzenleme olarak ortaya çıkması ve yeni bir hak ihdas etmesi nedeniyle, Kanun’un 33. maddesi ve onun atıf yaptığı 4 numaralı ek ile öngörülmüş olan “Londra Olimpiyatları İlişkilendirme Hakkı”dır.

Londra Olimpiyatları Kanunu ile yaratılmış bu yeni hak, Londra Olimpiyatları ile mal veya hizmetler ya da bu mal veya hizmetleri sunan ya da sağlayanlar arasında,

<sup>50</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/2898/contents/made> (Son erişim tarihi: 07.03.2015).

<sup>51</sup> **Garde/Rigby**, s. 44; **Gillie Abbotts**, London 2012 - Advertising Buyers Beware, *Entertainment Law Review*, 2011, s. 146 vd.

<sup>52</sup> **James/Osborn**, *The Sources and Interpretation of Olympic Law*, s. 84.

<sup>53</sup> **James/Osborn**, *Guilty by Association: Olympic Law and the IP Effect*, s. 97.

halkta bir ilişki kurma ihtimali doğuracak şekilde görsel ve işitsel herhangi bir sunumun kullanılmasına ilişkin münhasır haklar tanımaktadır (Ek-4/m. 1/f. 1). Anılan hükmün 2. fıkrası ile, bu kanun çerçevesinde, Londra Olimpiyatları ile mal veya hizmetler ya da bu mal veya hizmetleri sunan ya da sağlayanlar arasında herhangi bir şekilde (i) sözleşmesel, (ii) ticari, (iii) yapısal ya da (iv) ekonomik bir ilişkinin varlığı algısının yaratılması hakkın kapsamına dahil edilmiştir.

4 numaralı ekin 2. maddesi ile de, söz konusu hakkı ihlal eden davranışlar genel olarak belirtilmiştir. Buna göre, Londra Olimpiyatları ile mal veya hizmetler ya da bu mal veya hizmetleri sunan ya da sağlayanlar arasında, halkta bir ilişki kurma ihtimali doğuracak şekilde görsel ve işitsel herhangi bir sunumun izinsiz olarak gerçekleştirilmesi, hakkın ihlalini oluşturmaktadır. Bu genel düzenlemeye ek olarak, bazı ifadelerin bir arada kullanılmasının kural olarak, halkta Londra Olimpiyatları ile bir ilişki kurma ihtimali sonucunu doğuracağı; bu yolla da Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkının ihlal edileceği kabul edilmiştir. Buna göre, “oyunlar”, “ikibinoniki”, 2012”, “yirmi oniki” ifadelerinin kendi aralarında veya bunlardan birinin, “altın”, “gümüş”, “bronz”, “Londra”, “madalya”, “sponsor”, “yaz” ifadeleri ile bir arada kullanılmasının doğrudan, halkta Londra Olimpiyatları ile ilişki kurulması ihtimali doğuracağı kabul edilmiştir (m. 3).

Bu aşamada, yukarıda değindiğimiz, Paddy Power adlı işletme tarafından Londra 2012 Olimpiyat Oyunları sırasında, Olimpiyat Oyunlarının gerçekleştirildiği alanlarda ya da çevresinde olmamakla birlikte, istasyonlardaki reklam panolarına verilen reklamı incelemekte yarar vardır. Söz konusu reklamlarda, her ne kadar LOCOG, sponsorluk anlaşmalarını ihlal ettiği gerekçesiyle bu reklamların kaldırılmasını talep etme yönünde hukuki mücadele yoluna gitmeyi düşünmüşse de, Paddy Power tarafından derhal yapılan bir kamuoyu açıklaması ile, kendilerinin Londra Olimpiyat Oyunları ile ilişkilendirilemeyeceği, zira reklamlarda açık bir şekilde Fransa’da yer alan Londra kentinde gerçekleştirilen atletizm şampiyonasına sponsor olduklarının belirtildiği vurgulanmıştır<sup>54</sup>. Bu sebeple, söz konusu reklam kampanyası Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkını ihlal etmeyerek Olimpiyat Oyunları boyunca yanında kalabilen başarılı bir tuzak pazarlama uygulaması örneği oluşturmuştur.

Yine belirtmekte yarar gördüğümüz bir diğer husus, Londra Olimpiyatları Kanunu ile ihdas edilen hakkın artık yürürlükte olmadığıdır. Zira Londra Olimpiyatları Kanunu ile kabul edilen düzenlemeye göre, kanun ile ihdas edilen Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkı, 30 Mart 2006 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 31 Aralık 2012 tarihinde hükmünü yitirmiştir.

Görüleceği üzere, Londra Olimpiyatları Kanunu ile ihdas edilen bu yeni hak

<sup>54</sup> **Alex Kelham**, Olympic Law and the IP Effect by Dr. Mark James and Professor Guy Osborn: A Response from Alex Kelham, Intellectual Property Quarterly, 2013, s. 277.

ile, işaret, logo, madalya gibi fikri mülkiyet hukukunun telif hakları hukuku, marka hukuku, tasarım hukuku gibi klasik dalları ile korunan hukuki değerlerin ötesinde ve üzerinde; *Londra 2012 Olimpiyat Oyunları ile ilişkilendirilen ticari itibarın*, söz konusu Olimpiyat Oyunları öncesinde, süresince ve belirtilen tarihe kadar sonrasında da korunması amaçlanmıştır. Hükme aykırı bir şekilde, izinsiz olarak gerçekleştirilmek istenen her türlü “ilişkilendirme” ise cezai yaptırıma bağlanmış; bu kapsamda 20.000 İngiliz Sterlini’ne varan para cezaları öngörülmüştür. LOCOG, daha organizasyonun başlamasından aylar öncesinden yetkilerini en geniş şekilde kullanacağını beyan eden çeşitli açıklamalarda bulunmuştur<sup>55</sup>. Nitekim LOCOG, kendisine yasa ile bahsedilen tüm yetkileri kiskançlıkla kullanmıştır. O kadar ki LOCOG, müşterilerine “Olimpiyat Oyunları Paketi” adı altında fiyat paketi sunan bir otelin dahi Olimpiyat Oyunları temalı bir promosyon yaptığından bahisle ilişkilendirme hakkını ihlal edebileceğini ileri sürmüştür. Tüm bu nedenlerle Londra 2012 Olimpiyat Oyunları tarihi, “ismi telaffuz edilmeye cüret edilemeyen etkinlik” (“*the event that dare not speak its name*”) olarak geçmiştir<sup>56</sup>.

Tüm bu örnekler göstermektedir ki, yaratıcı ve yenilikçi pazarlama faaliyetleri ile hukuka aykırı reklam arasında çok ince bir çizgi bulunmaktadır. Çizginin “yaratıcı” tarafından kalan işletmeler, özel marka düzenlemelerine, ilişkilendirme hakkı korumasına ve diğer cezai yaptırımlara maruz kalmaksızın reklamlarını yapmışlar ve resmi sponsorlara oranla daha akılda kalıcı ve ticari getirisi olan tanıtım faaliyeti yürütmüşlerdir<sup>57</sup>.

Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkının, Olimpiyat Oyunlarına sponsor olmayan işletmelerin, kendilerini Londra Olimpiyat Oyunları Organizasyon Komitesi’nin izni dışında Londra 2012 Olimpiyat Oyunları ile ilişkilendirmelerine izin vermeyen *sui generis* bir hak olduğu tartışılmıştır<sup>58</sup>. İhdas olunan hak ile, Londra Olimpiyatları ile mal veya hizmetler ya da bu mal veya hizmetleri sunan ya da sağlayanlar arasında, halkta bir ilişki kurma ihtimali doğuracak şekilde görsel ve işitsel herhangi bir sunumun izinsiz olarak gerçekleştirilmesinin hakkın ihlalini oluşturacağı kabul edilmiştir. Zaten oldukça geniş yorumlanmaya müsait olan bu düzenleme, kanunda belirtilen bazı ifadelerin bir arada kullanılmasının kural olarak doğrudan, halkta Londra Olimpiyatları ile bir ilişki kurma ihtimali sonucunu doğuracağı ve bu

<sup>55</sup> “LOCOG’s Zero Tolerance Policy”, [https://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id\\_Content=5657](https://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id_Content=5657) (Son erişim tarihi: 07.03.2015).

<sup>56</sup> <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=68bd69aa-7dc6-4f67-83f5-2ff8c16107f0> (Son erişim tarihi: 07.03.2015).

<sup>57</sup> Örneğin 2014 FIFA Dünya Kupası’nın önde gelen resmi sponsorlarından ve aynı zamanda kupada finale kalan iki takım olan Almanya ve Arjantin’in resmi sponsoru olan Adidas’a oranla, organizasyonun resmi sponsoru olmamasına karşın Nike, çok daha düşük bir bütçe ile çok daha fazla getiriler elde edebilmiştir; <http://www.fastcompany.com/1658906/adidas-may-be-official-world-cup-sponsor-nike-wins-battle-buzz> (Son erişim tarihi: 07.03.2015).

<sup>58</sup> **Andre M. Louw**, *Ambush Marketing and the Mega-Event Monopoly: How Laws are Abused to Protect Commercial Rights to Major Sporting Events*, 2012, s. 385.



yolla Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkının ihlal edileceğinin kabul edildiği düzenleme ile desteklenmiştir. Esasında Londra Olimpiyatları Kanunu ile ihdas olunan Londra Olimpiyatları ilişkilendirme hakkı ile Birleşik Krallık, taraf dahi olmadığı Olimpik Sembollerin Korunması Hakkında Nairobi Anlaşması ile taraf devletlere uyulması zorunlu kılınan asgari korumadan ve Ev Sahibi Kent Sözleşmesi ile yükümlendiği sorumluluktan çok daha ileri düzeyde bir koruma mekanizması oluşturmuştur. Bu durumun gerekçesi olarak, sponsorların menfaatlerinin ve IOC'nin haklarının yanında Londra 2012 Olimpiyat Oyunları vesilesi ile ticari itibarı ve marka değeri daha da artan Londra kentinin bu varlığının korunması arzusu gösterilse de, alınan bu denli sert önlemlerin ve uygulanan yaptırımların liberal ekonomi ilkeleri ve özellikle yakın geçmişte hararetle bir şekilde savunulmaya başlanan ticari ifade özgürlüğü ("*commercial free speech*") ile ne denli uyumlu olduğu konusunun tartışmaya açık olduğu kanaatindeyiz.

### 3.2. Brezilya 2014 FIFA Dünya Kupasına İlişkin Düzenlemeler

FIFA Dünya Kupası, tek bir spor dalında yapılan ve en fazla sayıda izleyici tarafından izlenen uluslararası spor organizasyonudur. Bu nedenle her bir dünya kupası organizasyonu, futbol hayranları tarafından çok sıkı bir şekilde takip edilmesinin yanında, sponsorların ve dolayısıyla iş dünyasının da dikkatini çekmeyi başaran bir etkinliktir. Dolayısıyla, girişimciler, işletmeler ve hatta ticari olmayan örgütler dahi bu etkinliklerin bir parçası olmak için çabalamaktadır. Olimpiyat Oyunlarında olduğu gibi, FIFA Dünya Kupası organizasyonları da, FIFA'nın ve organizasyona ev sahipliği yapan devletin ve yerel kent yönetiminin birlikte oluşturacağı bütçenin yeterli olmayacağı derecede büyük çaplı organizasyonlardır. Açıklanan nedenle organizasyonun sponsor gelirleri olmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı gibi, söz konusu organizasyonların bütçelerindeki esaslı payı da sponsorların destekleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla, bu denli önemli katkı sunan sponsorların menfaatlerinin gözetilmesi ve yaptıkları tanıtım yatırımının geri dönüşünü almalarına engel olacak her türlü reklam ve pazarlama faaliyetinin önlenmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması kaçınılmazdır.

Bu yaklaşım ile uygulamaya konan, Brezilya 2014 FIFA Dünya Kupası süresince ticari reklam ve pazarlama faaliyetlerini düzenleyen ve bu arada parazit pazarlama faaliyetleri ile mücadeleye yönelik olarak hükümler içeren iki önemli düzenleme, FIFA'nın resmi markalarının kullanımına ilişkin olarak FIFA tarafından yayınlanan kılavuz<sup>59</sup> ve Brezilya tarafından kabul edilen Dünya Kupası Kanunu'dur<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> [http://www.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014\\_fifapublicguidelines\\_eng\\_13032014\\_neutral.pdf](http://www.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014_fifapublicguidelines_eng_13032014_neutral.pdf) (Son erişim tarihi: 02.03.2015).

<sup>60</sup> LEI N° 12.663, DE 5 DE JUNHO DE 2012 sayı ve tarihli kanunun orijinal metni için bkz. [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm) (Son erişim tarihi: 08.03.2015).

FIFA tarafından yayınlanan kılavuzda, FIFA'nın tescilli markaları arasında, organizasyonun resmi amblemi, resmi maskotu, resmi sloganı, resmi görseli ve posterleri, dünya kupası ödülü olarak kupa tasarımı görsellerine yer verilmiş ve koruma altına alınan terimler arasında "2014 FIFA World Cup Brazil", "2014 FIFA World Cup", "FIFA World Cup", "2014 World Cup", "Brazil 2014", "Copa do Mundo", "Mundial 2014", "Rio 2014" gibi ifadeler listelenmiştir. Kılavuz ile ilan olunduğu üzere, korumaya konu markaların ve sembollerin üçüncü kişiler tarafından haksız şekilde kullanılması yalnızca ev sahibi ülkede değil, tüm dünyada yasaklanmış; buna olanak tanıyan korumanın da marka hukukuna, telif haklarına, haksız rekabeti yasaklayan düzenlemelere ve diğer fikri mülkiyet haklarına dayandığı belirtilmiştir<sup>61</sup>.

Kılavuzda, hangi reklam ve pazarlama şekillerinin hukuka uygun, hangilerinin izinsiz ilişkilendirme addolunacağı oldukça ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Bu kapsamda, gazete ilanları ve broşürlerde, maçların tarih ve saatlerini gösteren çizelgelerde, basın yayın kuruluşlarınınca hazırlanacak haber metinlerinde yer alacak görsel ve ifadelerde, 2014 FIFA Dünya Kupası Brezilya teması ile üretilecek her türlü hediyelik eşyada ve etkinlik alanlarında hizmet veren restoran ve barlardaki dekorasyonda dahi, koruma altına alınan marka, renk ve sembollerin ne şekilde kullanılacağı belirtilmiş; bunlara uymayan her türlü kullanımın haksız ilişkilendirme teşkil edebileceği ifade edilmiştir.

FIFA tarafından hazırlanan ve ilan edilen çerçeve nitelikteki bu kılavuzun yanında, bu konuyu düzenleyen diğer metin, ev sahibi Brezilya tarafından 5 Haziran 2012 tarihinde kabul edilen ve organizasyon ile ilgili birçok düzenlemeye ek olarak 2014 FIFA Dünya Kupası öncesinde ve süresince, ticari reklam ve pazarlamaların ne şekilde yapılacağına düzenlendiği Dünya Kupası Kanunu'dur.

Dünya Kupası Kanunu ile, organizasyon ile bağlantılı markalara ve diğer haklara tanınan özel korumaya ilişkin düzenlemelerin yanında, resmi sembollerden hukuka aykırı şekilde yararlanma, ilişkilendirme yolu ile tuzak pazarlama ve resmi markaların izinsiz olarak kullanılması yolu ile tuzak pazarlama fiillerinin cezai yaptırımları düzenlenmiştir.

Kanun sistematigi incelendiğinde görüleceği üzere Brezilya, resmi FIFA markalarının ve FIFA Dünya Kupası ile ilgili sembollerin, hukuka aykırı şekilde yararlanmaya konu edilmesini, ilişkilendirme yolu ile tuzak pazarlama faaliyetlerine konu edilmesini ve marka hakkına tecavüz sayılacak fiillerle tuzak pazarlama faaliyetlerine konu edilmesini cezai hükümler bölümü altında üç ayrı başlık olarak düzenlemiştir. Buna göre, (i) resmi FIFA markalarının ve sembollerinin izinsiz bir şekilde reproduksiyonu, taklit ve sahte ürünlerde kullanılması üç aydan bir yıla kadar hapis cezası veya

<sup>61</sup> [http://www.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014\\_fifapublicguidelines\\_eng\\_13032014\\_neutral.pdf](http://www.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014_fifapublicguidelines_eng_13032014_neutral.pdf), s. 7 (Son erişim tarihi: 08.03.2015).

para cezasının; (ii) ticari amaçla, resmi FIFA markalarının ve sembollerinin izinsiz olarak kendi mal ve hizmetleri ile ilişkilendirmek suretiyle aslında sponsor olmadığı halde işletmesini sponsor gibi yansıtmak suretiyle tuzak pazarlama faaliyetleri yürüten kişilere üç aydan bir yıla kadar hapis cezası veya para cezasının; (iii) ticari amaçla, resmi FIFA markalarının ve sembollerinin izinsiz olarak etkinlik mekanlarında kullanılması yolu ile tuzak pazarlama faaliyetleri yürüten kişilere üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ve bunun yanında para cezasının verilmesini gerektirmektedir.

Yine Dünya Kupası Kanunu ile, bu kanunda düzenlenen suçların 31 Aralık 2014 tarihinde kadar yürürlükte kalacağı; bu tarihten sonra belirtilen fiillerin işlenmesinin suç teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir. Brezilya örneğinde de görüleceği üzere, kanun ile ihdas olunan koruma süreli niteliktedir.

## SONUÇ

Teknolojinin hızla gelişmesi neticesinde uluslararası organizasyonların çok sayıda izleyici ile buluşmasının mümkün hale gelmesi, bu organizasyonların reklam gücünü de arttırmış ve bu artış doğrultusunda sponsorluk ücretleri ve dolayısıyla sponsor işletmelerin bu iş için ayırdıkları bütçeler de büyük oranda artış göstermiştir. Bu gelişmelere paralel olarak etkinliğin her iki tarafının “değerlerinin” korunması da önem ve öncelik kazanmıştır. Bir taraftan organizasyon sahibinin haklarını ve itibarını korumak, diğer taraftan da sponsor işletmelerin yatırımlarının karşılığını almalarını temin etmek adına, yukarıda yer verilen tuzak pazarlama ile mücadele yöntemlerinin çoğu zaman etkin sonuç vermemesi, hem kanun koyucuları hem de organizasyonu gerçekleştirenleri bu konuda mevcut düzenlemelerden farklı önlemler almaya yönlendirmiştir. Bu kapsamda, son yıllarda uygulamasına sıklıkla başvuru olan yöntem ilişkilendirme hakkı ihdas etmek suretiyle tuzak pazarlama ile mücadele etmektir. Ne var ki, her biri birbirinden bağımsız, genellikle bir uluslararası nitelik taşıyan bir organizasyonun hazırlanması ve devamı sürecinde yürürlükte kalan ilişkilendirme hakkı uygulamalarının, her bir etkinlik özelinde düzenlenmesi ve kapsadığı koruma alanının da kabul edilen özel düzenlemeler ile belirlenmesi nedeniyle, bu hak ile ilgili genel kabul görmüş ilkelerin ve kuralların varlığından söz etmek mümkün olmamaktadır.

Her ne kadar genel hukuk kuralları ve yerel yönetimler tarafından uygulamaya koyulan düzenlemeler ile tuzak pazarlama ile mücadele amacıyla bir takım önlemler alınsa da, tuzak pazarlamanın doğası ve tuzak pazarlama faaliyetlerini icra eden işletmelerin her biri zeka ürünü reklamları ve/veya ilanları dolayısıyla, söz konusu işletmeler aleyhine çoğu kez herhangi bir yaptırım icra edilememektedir. Zira tuzak pazarlama uygulamalarının çoğunda, desteklenen kurum veya organizasyona ait markaların alenen kullanılması değil, fakat yaratıcı göndermelerde bulunmak suretiyle dolaylı yollarla çağrıştırılması söz konusu olmaktadır. Yukarıda da değindiği-

miz Nike reklamında (*Find Your Greatness*), Olimpiyat Oyunları kapsamındaki spor dallarına ve adında “Londra” geçen mekanlara birlikte yapılan göndermeler yolu ile Londra 2012 Olimpiyat Oyunları’na başarılı bir şekilde göndermede bulunulurken, hiçbir şekilde Olimpiyat Oyunlarına ait tescilli bir markanın ya da benzerinin kullanılması veya rakiplerin kötülenmesi ya da aldatıcı bir reklam uygulaması söz konusu olmamıştır. Bu nedenle, bu örnekte olduğu gibi oldukça dikkatli bir şekilde kurgulanmış bir tuzak pazarlama uygulamasında, marka hakkına tecavüz, haksız rekabet teşkil eden fiil veya reklam hukuku kurallarına uyulmadığı iddialarına dayanan bir hukuki girişim temelsiz kalmaya mahkûm olacaktır.

Bunun yanında, bu tip bir tuzak pazarlama uygulamasında ilişkilendirme hakkının ihlal edildiğinden de söz edilemeyecektir. Zira reklamda yapılan çağrıştırmaya, ilgili kanunda kapsamı çok geniş bir şekilde belirlenmiş olan ilişkilendirme kıstasının dahi dışında kalmayı başarmıştır. Ne var ki, bir ticari işletmenin bir etkinliğe, hele ki faaliyet gösterdiği sektörü doğrudan ilgilendiren bir spor etkinliğine atıfla reklamını yapması bu denli sınırlandırılmamalı, zorlaştırılmamalıdır. “İlişkilendirme” kavramının çok muğlak bir ifade olması ve dolayısıyla geniş şekilde yorumlanmaya müsait bir kavram olması nedeniyle ilişkilendirme hakkı, hükmün ihdasının temelinde yatan gerekçeyi, kanun koyucunun gözettiği amacı büyük ölçüde aşan uygulamalara olanak tanımaktadır. Özellikle bu şekilde geniş yorumlamaya müsait olması, markalarının reklamını yapmak isteyen ticari işletmeler için her an bir yaptırım ile karşı karşıya kalma korkusu ve öngörülemez bir ticari alan yaratılmasına neden olabilmektedir. Nitekim ilişkilendirme kavramının ve bu sayede ilişkilendirme hakkının geniş bir şekilde yorumlanması, bir organizasyona sponsor olmayan işletmelerin, özellikle sponsorların rakiplerinin, organizasyon süresince ve hatta öncesinde ve sonrasında reklam ve pazarlama faaliyetlerinde bulunmalarının tümüyle engellenmesine neden olabilmektedir ki bu sonucun serbest ekonomi düzeni ve ticari ifade özgürlüğü ilkeleri ile ve özellikle marka hukukunun evrensel koruma prensipleri ile uyumlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Kanaatimizce, kamuoyunu aldatıcı nitelikte olmayan ve haksız yararlanma teşkil etmeyen tuzak pazarlama uygulamaları, yukarıda örneklerin bir kısmında görülebildiği şekilde, aşırı derecede sınırlayıcı hükümler yolu ile engellenmemelidir. Bununla birlikte, bir tarafta organizasyona ev sahipliği yapan, diğer tarafta bu organizasyonu destekleyen tarafın menfaatleri açısından etkin bir hukuki korumanın sağlanması adına sponsorluk sözleşmelerinin yapılması aşamasında bu konuda özel düzenlemeler kabul etmek suretiyle önlem alınmasında da yarar vardır. Bu iki yaklaşım arasındaki dengenin iyi sağlanması, hem uluslararası organizasyonlara sponsorluk desteği sağlayan girişimcilerin ve organizasyona ev sahipliği yapan devlet ve kentin çıkarlarının korunmasına yarayacak, hem de piyasanın diğer oyuncularının reklam ve tanıtım faaliyetlerine ayrılan hareket alanı öngörülemez derecede sınırlandırılmamış olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Abbotts, Gillie**, “London 2012 – Advertising Buyers Beware”, *Entertainment Law Review*, 2011
- Anderson, Jack**, “Sports Law in an Olympic Year: Citius, Altius, Fortius?”, *Legal Information Management*, 2012
- Argan, Metin**, *Spor Sponsorluğu Yönetimi*, Ankara, 2004
- Aslan, İ. Yılmaz**, *Tüketici Hukuku*, Ankara, 2006
- Bhattacharjee, Sudipta/Rao, Ganesh**, “Tackling Ambush Marketing: The Need for Regulation and Analysing the Present Legislative and Contractual Efforts”, *Sport in Society*, 9 (1), January 2006
- Cran, David/Griffiths, Simon**, “Ambush Marketing: Unsporting Behaviour or Fair Play?”, *Entertainment Law Review*, 2010
- Dean, Owen H.**, “Ambush Event Piracy”, *European Intellectual Property Review*, 2012
- Ericsson, Seth**, *Ambush Marketing: Examining the Development of an Event Organizer Right of Association*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-19, 2011
- Gangjee, Dev Saif**, *Property in Brands*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 8/2013, London School of Economics and Political Science, Law Department, [http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-08\\_Gangjee.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-08_Gangjee.pdf)
- Garde, Amandine/Rigby, Neville**, “Going for Gold – Should Responsible Governments Raise the Bar on Sponsorship of the Olympic Games and other Sporting Events by the Food and Beverage Companies?”, *Communications Law*, 2012
- Grassinger, Gülçin Elçin**, *Sponsorluk Sözleşmesi*, Ankara, 2003
- Hoek, Janet/Gendall, Philip**, “Ambush Marketing: More Than Just a Commercial Irritant?”, *Entertainment Law*, 2002
- İmamoğlu, Selma Hülya**, *Sponsorluk Sözleşmesi*, Ankara, 2003
- İnal, Emrehan**, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, İstanbul, 2000
- İnal, Emrehan/Baysal, Başak**, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 2008
- James, Mark/Osborn, Guy**, “Guilty by Association: Olympic Law and the IP Effect”, *Intellectual Property Quarterly*, 2013
- James, Mark/Osborn, Guy**, “The Sources and Interpretation of Olympic Law”, *Legal Information Management*, 2012
- Kelham, Alex**, “Olympic Law and the IP Effect by Dr. Mark James and Professor Guy Osborn: A Response from Alex Kelham”, *Intellectual Property Quarterly*, 2013
- Louw, Andre M.**, *Ambush Marketing and the Mega-Event Monopoly: How Laws are Abused to Protect Commercial Rights to Major Sporting Events*, 2012
- Martino, Tony**, “A Plague upon the False Gods of Mount Olympus”, *Entertainment Law Review*, 2013
- Okay, Aydemir**, *Sponsorluğun Temelleri*, İstanbul, 2005

**Orr, Graeme**, “Marketing Games: The Regulation of Olympic Indicia and Images in Australia”, *European Intellectual Property Review*, 1997(9)

**Özel, Çağlar**, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, Ankara, 2002

**Scassa, Teresa**, *Ambush Marketing and the Right of Association: Clamping Down on References to That Big Event With All the Athletes in a Couple of Years*, *Journal of Sport Management*, Cilt: 25, Sayı: 4, 2011

**Wei, Lingling**, *Legal Regulation of Ambush Marketing: Where Is the Base?*, *European Policy for Intellectual Property Conference No: 6*, 2011

[https://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id\\_Content=5657](https://www.ashurst.com/publication-item.aspx?id_Content=5657)

<http://www.fastcompany.com/1658906/adidas-may-be-official-world-cup-sponsor-nike-wins-battle-buzz>

[http://www.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014\\_fifapublicguidelines\\_eng\\_13032014\\_neutral.pdf](http://www.fifa.com/mm/document/affederation/marketing/01/37/85/97/2014_fifapublicguidelines_eng_13032014_neutral.pdf)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=68bd69aa-7dc6-4f67-83f5-2ff8c16107f0>

<http://www.legislation.gov.uk/asp/2008/4/contents>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/section/4>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/12/contents>

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/1969/contents/made>

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2011/2898/contents/made>

[http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-08\\_Gangjee.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-08_Gangjee.pdf)

<http://nikeinc.com/news/nike-launches-find-your-greatness-campaign-celebrating-inspiration-for-the-everyday-athlete>

[http://www.olympic.org/Documents/olympic\\_charter\\_en.pdf](http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf)

<http://www.olympic.org/sponsors/100-years-of-olympic-marketing>

[http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills\\_ls.asp?ls=c47&Parl=39&Ses=1#3prohibited](http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c47&Parl=39&Ses=1#3prohibited)

[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm)

<http://www.startupsmart.com.au/sales-and-marketing/advertising/five-great-olympics-ambush-marketing-campaigns/201208027114.html?displaypage=page2>

[http://www.wipo.int/treaties/en/ip/nairobi/trtdocs\\_wo018.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/nairobi/trtdocs_wo018.html)

<http://www.wsj.com/articles/SB10001424052970204731804574391102699362862>

# HUKUKİ VE ETİK BOYUTUYLA MEDİKAL TURİZM

(Medical Tourism With Its Legal and Ethical Extents)

Prof. Dr. Fulya İLÇİN GÖNENÇ\*

## ÖZET

Sağlık turizmi yeni bir kavram olmamakla birlikte, günümüzde sağlık turizminin bileşenleri ve hastanın seçimine etki eden faktörler yeni görünüşleriyle karşımıza çıkmaktadır. Gelişmiş ülkelerdeki sağlık harcamalarının yüksekliği, sosyal güvenlik sistemlerinde yaşanan sıkıntı ve yetersizlikler, hızla yaşlanan nüfus, ulaşım ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler tedavi amaçlı seyahatlere yeni bir yön vermiştir. Günümüzde medikal turizmin hukuki, etik boyutuyla ve farklı bir bakış açısıyla ele alınması özel bir öneme sahiptir. Belli bir hukuk düzeni tarafından yasaklanan veya tıbben kabul edilmiş yöntemler içinde yer almayan bir takım tıbbi uygulamaların sunulduğu ülkelere yönelik hasta hareketliliği bilinen bir gerçektir. Bu durum, medikal turizmde yaşanan gelişmeler karşısında bir tutum belirlemeyi ve toplumsal sonuçları değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** sağlık turizmi, medikal turizm, sağlık hizmetleri, tıp hukuku, tıp etiği

## *Abstract*

Though medical tourism is not a new phenomenon, components of health tourism and the factors feeding into patient's choice appear today in new ways. High medical costs in developed countries, inadequate social security systems, growth in aging population, and advances in communication technologies have introduced new ways of thinking about medical travel. Understanding medical tourism today therefore requires a closer look at its legal and ethical aspects. Certain medical services, while illegal and unapproved in some countries, are available in others which serves as a pull factor for cross-border patient mobility. This requires taking a holistic approach which factors in the new developments regarding medical tourism and their societal impacts.

**Keywords:** health tourism, medical tourism, health services, medical law, medical ethics

---

\* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Günümüzde sağlık hizmetleri ve bu hizmetlerin sunumuna bakış açısı tamamen değişmiştir. Tıp alanında ve sağlık sistemindeki hızlı gelişim, sağlık hizmetlerinin uluslararası sunumu, hastane ve diğer sağlık hizmet sunucuları, hekimler ve diğer sağlık çalışanları, sigorta şirketleri, aracı şirketler, tüm bunlar ve hastalar arasındaki ilişkilerin her boyutuyla ve farklı bir bakış açısıyla yeniden tasarlanmasını gerektirmektedir.

Sağlık turizmi yeni bir kavram olmakla birlikte, fikir antik dönemlere kadar uzanmaktadır. Ancak günümüzde sağlık turizminin bileşenleri ve hastanın seçimine etki eden faktörler yeni görünüşleriyle karşımıza çıkmaktadır. Gelişmiş ülkelerdeki sağlık harcamalarının yüksekliliği, sosyal güvenlik sistemlerinde yaşanan sıkıntı ve yetersizlikler, hızla yaşlanan nüfus, ulaşım ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler tedavi amaçlı seyahatlere yeni bir yön vermiştir<sup>1</sup>. Hükümetlerin bu konudaki destekleri, bu doğrultuda oluşturulan sağlık politikaları ve düzenlemeler yanında, sektörü destekleyen alt ve üst yapı koşulları, uluslararası iletişim olanaklarının gelişimi, sağlık hizmetlerinin her türlü promosyonu, kaliteli sağlık hizmetinin uygun maliyetlerle sunulması, sınır ötesi sağlık hizmetlerini bireylerin tercihleri doğrultusunda daha da erişilebilir hale getirmiştir. Global ölçekte değerlendirildiğinde son 10-15 yılda bazı ülkelerin sağlık turizmi destinasyonları anlamında ön plana çıktıkları gözlemlenmektedir. En fazla ön plana çıkan ülkeler arasında; Türkiye, ABD, Hindistan, Singapur, Malezya, Güney Kore, Tayland, Macaristan, Brezilya, Arjantin, Güney Afrika, Küba, Meksika, Almanya, İtalya, Fransa, Polonya, İspanya, Yunanistan ve Birleşik Arap Emirlikleri gibi ülkeleri belirtmek olanaklıdır<sup>2</sup>.

Sağlık turizmi her açıdan muazzam bir gelişme gösterirken, gerek sağlık hizmetinden yararlananlar gerek ise sağlık hizmeti almak için tercih edilen ülkeler ve hastaların geldikleri ülkeler bakımından ortaya çıkan hukuki, ekonomik, sosyal sorunlar, avantaj ve dezavantajlar da yeni tartışmaları gündeme taşımıştır.

Sağlık turizminin tanımı ve çeşitleri gibi konularda ortak bir dil oluşturmak önemlidir. Burada turizmin yaygın ve geleneksel nosyonunun dışında bir durum söz konusu olduğu açıktır. Sağlık turizmi - sağlık turisti, medikal turizm - medikal turist hatta tedavi amacı olmayan sınırlı bazı durumlarda müşteri vb. ifadelerin kullanılması zaman zaman tarafımızdan da eleştirilmektedir. Farklı tanımları olsa da, sağlık turizmi, ikamet edilen yerden başka bir yere (yurtiçi veya yurtdışı) her hangi bir sağlık sebebiyle, hizmet almak için yapılan seyahatler olarak özetlenmektedir. Sağlık turizminin hedef kitlesi, sağlığı bozulmuş kişiler ile, sağlığını korumaya duyarlı kişilerden oluşmaktadır<sup>3</sup>. Tıbbi amaçlı olarak seyahat yapanlar, benim ifademle “sağlık

<sup>1</sup> Aydın, Oğuz (2012), “Türkiye’de Alternatif bir Turizm: Sağlık Turizmi”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 14:23, s. 92.

<sup>2</sup> <http://www.saglik.gov.tr/SaglikTurizmi/dosya/1-91778/h/turkiye-medikal-turizm-degerlendirme-raporu-2013.pdf> (Erişim Tarihi 01.04.2015)

<sup>3</sup> Aydın, s. 92.



seyyahları”nın öncelikle birer hasta<sup>4</sup> olarak ele alınması ve değerlendirilmesi konunun hukuki ve etik boyutu açısından önemlidir. Sağlık turizminin yaratacağı katma değer in cazibesi içinde tıp hukuku ve etiğinin evrensel ilke ve kurallarını göz ardı etmemek gerektiği unutulmamalıdır.

Sağlık turizminin hukuki ve etik boyutu, sağlık turizminin çeşitleri açısından kendisine özgü farklılıklar ve özellikler içerecektir. Bununla birlikte, sağlık turizminin çeşitleri konusunda da ortak bir sınıflandırma yapılmış değildir. Çok genel ve yaygın olarak sağlık turizmi; termal turizm, spa-wellness, medikal turizm ve ileri yaş turizmi olarak ayrılmaktadır<sup>5</sup>. Ancak sağlık turizmini, bir hekim ve/veya onun nezaretinde sağlanan sağlık hizmetlerini içine alan, sağlık personeli, hastane, klinik gibi donanım kaynaklarını gerektiren medikal turizm, bir diş hekimi ve/veya gözetiminde uygulanan diş tedavileri turizmi, spa turizmi, esenlik turizmi, sağlık bağlantılı spor turizmi, yaşlı- engelli turizmi... gibi farklı ayırımlara tabi tutmak da mümkündür<sup>6</sup>.

Günümüzde sağlık hizmetlerinin uluslararası sunumunun küresel ekonomi bakımından yeni ve büyük bir potansiyele sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Türkiye özellikle termal turizmde önemli adımlar atmakla birlikte, genel olarak medikal turizmin gözde merkezlerinden biri olma yolunda hızla ilerlemektedir<sup>8</sup>. Türkiye sahip olduğu coğrafi konum, ulaşım teknolojisinde yaşanan gelişime bağlı olarak ulaşımın kolay ve ekonomik olması, sağlık hizmetlerinin kaliteli ve sağlık hizmeti bedellerinin karşılanabilir olması, uzman, iyi eğitilmiş ve tecrübeli sağlık personelinin varlığı, hasta ile iletişim becerileri ve hastaya özen gösterilmesi gibi pek çok nedenlerle medikal turizm için önemli bir ülke haline gelmiştir.

Sağlık hizmeti almak için seçilen ülkenin coğrafi konumu hatta iklimi, sosyal, ekonomik, siyasi yapısı, konuya ilişkin hukuki düzenlemeleri, sağlık kurumlarının uluslararası akreditasyonu seçime etki eden faktörler olduğu kadar sağlık çalışanlarının eğitimi, tecrübesi, iletişim becerileri de bu seçim bakımından önemli etkenlerdir<sup>9</sup>. Ancak konunun son derece farklı ve karmaşık bileşenlere sahip olduğu da

<sup>4</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği (RG.01.08.1998/23420) uyarınca hasta “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi” ifade etmektedir (madde 4-b).

<sup>5</sup> Zenginönül/Emeç/İyilikçi/Bingöl (2012), Sağlık Turizmi: İstanbul’a Yönelik Bir Değerlendirme, s.10.

<sup>6</sup> <http://www.healthtourism8.com/THE-8-SEGMENTS/THE-8-SEGMENTS.htm> (Erişim Tarihi 01.04.2015)

<sup>7</sup> Herrick, Devan M.(2007), Medical Tourism: Global Competition in Health Care, NCPA Policy Report No.304, ISBN #1-56808-178-2 Web site: [www.ncpa.org/pub/st/st304](http://www.ncpa.org/pub/st/st304) ; Heung/Kucukusta/Song, s. 995.

<sup>8</sup> Türkiye’de uluslararası hastane akreditasyonu alanında dünyada kullanılmakta olan beş adet sistemden en önemlisi olarak görülen Joint Commission International (JCI) akreditasyonuna sahip pek çok sağlık kuruluşu bulunmaktadır. Veriler için bkz. Zenginönül/Emeç/İyilikçi/Bingöl, s. 8.

<sup>9</sup> Heung/Kucukusta/Song, s. 996.

açıktır. Burada ulaşım hizmetleri, hastane lojistiği, vize (hasta vizesi uygulaması başlatılabilir), tıbbi kayıtların tutulması ve transferi, tek tip şeffaf fiyatlandırma, iletişim, seyahat yönetimi, hasta asistanlığı/desteği gibi konular önem taşımaktadır.

Hiç şüphesiz sağlık turizminin sosyal, ekonomik ve hukuki yapısı temel önem taşımakla birlikte, konunun gerektiği gibi ele alınabilmesi açısından talep boyutu ve bileşenleri ayrıca incelenmelidir. Sağlık turizmine yönelik talep boyutu içinde<sup>10</sup> temel olarak, medikal turizm (medikal turist) ve turistin sağlığı kapsamındaki hastalar yer almaktadır. Turistin sağlığı, sağlık amacı dışında başka bir amaçla turizm faaliyetine katılan kişilerin, turizm hareketi süresince ihtiyaç duymaları halinde turist olarak buldukları yerde sağlık hizmetlerinden yararlanmaları olarak ifade edilmektedir. Seyahat sırasında acil ve plansız sağlık hizmeti alma zorunluluğu doğanlar (geçirilen bir kaza, zehirlenme, böcek sokmaları, akut hastalıklar vb. nedenlerle tıp hizmeti ve tedavi almak durumunda kalanlar) yanında, tatil ve tedavi amaçlı hizmet alanlar bir grup da almaktadır. Burada sağlık hizmetinden yararlananlar için tatil ve tedavi amacı bir arada yer almaktadır. Bu grubun içinde yer alan sağlık hizmetleri genellikle acil ve zorunlu olmayan tıbbi müdahaleler ve estetik amaçlı bazı müdahaleler olabilmektedir.

Türkiye açısından döviz kazandırıcı önemli bir ihracat kalemi olmaya başladığı kabul edilen sağlık turizmi konusunda kurumsal ve hukuki altyapının geliştirilmesi, fiziki ve teknik altyapının iyileştirilmesi, hizmet kalitesinin arttırılması, bu alanda çalışan personelin nitelik ve nicelik olarak geliştirilmesi, sağlık turizmine yönelik hizmet ve tesis standartlarının yükseltilmesi ve sağlık turizmi alanında etkin tanıtım ve pazarlama yapılması<sup>11</sup> hiç şüphesiz önemli hedeflerdir. Sağlık Bakanlığı konuya ilişkin olarak önemli çalışmalar yapmakta ve bakanlık tarafından yabancı hastalara sunulan sağlık hizmetlerinin kayıtları düzenli bir şekilde tutulmaktadır<sup>12</sup>. Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) öncelikli dönüşüm programları arasında yer alan “Sağlık Turizminin Geliştirilmesi Programı”nın eylem planında, “Sağlık Turizmine Yönelik Kurumsal ve Hukuki Altyapının Geliştirilmesi” öngörülmektedir<sup>13</sup>.

Sağlık turizminin en özellikli grubunu oluşturan, tatil amacı olmaksızın bir ülkeden başka bir ülkeye sadece sağlık hizmeti almak için giden medikal turistler ise sağlık turizm kapsamında ayrı ve özel bir öneme sahiptir. İnceleme konumuz olan

<sup>10</sup> Sağlık turizminin talep boyutu içinde yer alanların bir kısmı cepten ödeme yapanlar olmakla birlikte, bir kısmını ise sağlık sigortası kapsamında hizmet alanlar oluşturmaktadır. Söz konusu ayırım konunun hukuki ve özellikle ekonomik boyutu açısından önemli olmakla birlikte inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

<sup>11</sup> <http://www.saglik.gov.tr/SaglikTurizmi/dosya/1-91778/h/turkiye-medikal-turizm-degerlendirme-raporu-2013.pdf> (Erişim tarihi 01.04.2015).

<sup>12</sup> <http://www.saglik.gov.tr/SaglikTurizmi/dosya/1-91778/h/turkiye-medikal-turizm-degerlendirme-raporu-2013.pdf> (Erişim tarihi 01.04.2015)

<sup>13</sup> RG. 7 Şubat 2015/29260, 2015/3 sayılı Sağlık Turizmi Koordinasyon Kurulu Konulu Genelge.

medikal turizmin kapsamına tıbbi müdahalelerin<sup>14</sup> tümü girdiği için bu alan oldukça geniş bir uygulama yelpazesine sahiptir. Genel bir sınıflamaya gitmek gerekirse, medikal turizm kapsamında en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet yer almaktadır. İleri tedaviler olarak adlandırılan çeşitli cerrahi girişimler, radyoterapi, cyberknife tedavileri; infertilite kapsamında tüp bebek (IVF in vitro fertilizasyon) uygulamaları, kanser tedavileri, organ nakilleri, estetik cerrahi, göz, diş, diyaliz tedavileri medikal turizmin önemli tıbbi faaliyetlerini oluşturmaktadır<sup>15</sup>. Uluslararası medikal turizm pazarında ve bireyin mevcut tercihiinde belirleyici olan medikal turistin kendi ülkesinde yüksek teknolojiye sahip sağlık hizmetlerinin az olması veya hiç olmaması, yeterli sağlık insan gücünün olmaması, tedavi amaçlı olarak daha ucuz ve daha kaliteli hizmet almak gibi nedenler olmakla birlikte<sup>16</sup>, çok farklı faktörlerin bireylerin tercihlerinde belirleyici rol oynaması mümkündür. Kişinin kendi ülkesinde uygulanması yasal olarak mümkün olmayan bir tedaviye erişme isteği de bu nedenlerden biri olabilir.

Tıp uygulaması içinde mümkün olanın, hukuken kabul edilmemesi hatta yasaklanması söz konusu uygulamaların yapılmadığı, yapılmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu çalışmada, sunulan sağlık hizmetinin niteliğine ilişkin hukuki bir yaklaşım ile medikal turizmin farklı bir yönü, sınırlı bir şekilde ele alınacaktır. Özellikle aşağıda inceleyeceğimiz 3. kategori açısından Türkiye'den farklı ülkelere yönelik bir hasta hareketliliğinin varlığı gözardı edilmemeli, neden ve sonuçları tıp hukuku ve etiği açısından değerlendirilmelidir.

Bu noktada medikal turizm kapsamında hastanın ulaşmak istediği sağlık hizmetinin niteliğine ilişkin olarak üç grup belirlemenin mümkün olduğu görüşündeyiz:

- 1- Sağlık hizmetinin her iki ülkede (hastanın bulunduğu ve hizmeti sağlayan) yasal olarak sunulması,
- 2- Sağlık hizmetinin gerek hastanın bulunduğu ülkede, gerek ise hizmetin alındığı ülkede yasal olmaması,
- 3- Sağlık hizmetinin hastanın bulunduğu ülkede yasal olmaması, hizmet alınan ülkede yasal olarak sunulması.

<sup>14</sup> Tıbbi müdahale kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir. Tıbbi müdahale kavramı için bkz. Yenerer Çakmut (2003), Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s. 24 vd.; Hakeri (2012): Tıp Hukuku, s.35-36.

<sup>15</sup> Hall, C. Michael (ed.) (2012), Medical Tourism, ISBN 9781136270529, s. 8; Heung/Kucukusta/Song (2011), "Medical Tourism Development in Hong Kong", Tourism Management 32, s. 996.

<sup>16</sup> Smith, Kristen (2012), Developing World Bioethics ISSN 1471-9731(print):1471-8847 (online), s. 1.

Burada üzerinde duracağımız üçüncü grup; özellikle hastanın kendi ülkesinde yasal olmayan tıbbi bir uygulamanın başka bir ülkeden alınmasının yaratacağı hukuki ve etik konular olacaktır. Ancak ilk iki gruba gözatacak olursak:

### **1- Sağlık hizmetinin her iki ülkede (hastanın bulunduğu ve hizmeti sunan) yasal olarak sunulması:**

Sağlık hizmetinin her iki ülkede, başka bir ifade ile hastanın bulunduğu ve hizmet almak için seyahat ettiği ülkede yasal olarak sunulması durumumunda hastanın tercihinde genellikle, söz konusu sağlık hizmetinin hizmeti sunan ülkede daha düşük, karşılanabilir maliyetli olması, daha kaliteli hizmet sunumu, bekleme süresini kısaltma, süreci hızlandırma gibi nedenler rol oynamaktadır. Gelişmiş ülkelerde sağlık hizmetlerinin yüksek maliyeti pek çok hastayı daha düşük maliyetli, yüksek kalitede sağlık hizmeti sunumu arayışına yöneltmiştir. Bir dönem varlıklı bireyler için, sınırlı olanaklarla var olan bu seçenek, zamanla görünüm değiştirmiştir. Gelişmiş ülkelere sağlık hizmeti alma yönündeki eğilim, gelişmekte olan ülkelere kaymıştır. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde 46.6 milyon Amerikalının sağlık sigortasından yoksun olması 1. grup medikal turizmi pek çok Amerikalı için bir zorunluluk haline getirmiştir. Meksika, Alaska, Brezilya, Hindistan, Malezya, Singapur, Tayland bu amaçla tercih edilen ülkelerin başında yer almaktadır<sup>17</sup>. Türkiye bugün 1. grup medikal turizmin önemli bir ülkesi haline gelmiştir. Türkiye'ye gelen uluslararası hasta sayısı her geçen yıl artmaktadır. Özellikle 2010 yılından sonra bu artış büyük bir ivme kazanmış, 2013 yılında Türkiye'ye sağlık turizmi için gelenlerin sayısı 300 bini aşmış durumdadır<sup>18</sup>. Türkiye'de devlet destekli yeni yatırımlarla birlikte çağdaş teknolojilerin gelişimi özellikle büyük kentlerde sağlık hizmetlerinin kalitesini arttırmıştır<sup>19</sup>. Diğer yandan sağlık turizminde çeşitli vergi istisnaları, muafiyetler ve vergi indirimleri yanında sağlık sektöründe faaliyet gösterenler için pazara giriş, yurt dışı tanıtım, yurt dışı birim ve danışmanlık destekleri gibi önemli destekler sağlanmaktadır<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Yorks, Diane (2008), "Journal of Continuing Education in the Health Professions, Medical Tourism: The Trend Towards Outsourcing Medical Procedures to Foreign Countries", 28:2, s. 100.

<sup>18</sup> [http://www.tursab.org.tr/dosya/12186/saglikturizmiraporu\\_12186\\_5485299.pdf](http://www.tursab.org.tr/dosya/12186/saglikturizmiraporu_12186_5485299.pdf) (Erişim Tarihi 01.04.2015)

<sup>19</sup> Jansen, Brigitte E.S. (ed.) (2010), Law, Public Health Care System and Society Vol.II, Legal, ethical and social aspects of the public health care system in Europe and Beyond: Croatia (Nada Gosic), Japan (Chan Chee Khoon (Malaysia), Portugal (Helena Pereira de Melo) and Turkey (Pervin Somer/ Elif Vatanoglu/ Fulya İlçin Gönenç/ Ayşegül Sezgin Huysal).

<sup>20</sup> Bkz. "Döviz Kazandırıcı Hizmet Ticaretinin Desteklenmesi Hakkında 2012/4 sayılı Tebliğ" (25.06.2012 tarih ve 28334 sayılı Resmi Gazete) . Bkz. 23.07.2013 tarihli ve 25541 sayılı Bakan Onayı ile yürürlüğe konulan Sağlık Turizmi ve Turist Sağlığı Kapsamında Sunulacak Sağlık Hizmetleri Hakkında Yönerge.

Bununla birlikte, medikal turizmin temel ve desteklenen bu türünde yer alan hastalar bakımından dahi yolculuğun başlı başına hasta veya hastalık açısından sorun yaratabilmesi, hastanın tıbbi müdahale sonrası takibi, hasta kayıtları ve transferi, kişisel verilerin korunması, hastanın mahremiyeti gibi konular yanında, olası bir hatalı tıbbi uygulama halinde hastanın sahip olduğu hukuki imkanları kullanabilmesi<sup>21</sup> önemli bir sorundur. Sağlık hizmeti almak amacıyla Türkiye'ye gelen yabancıların taraf olduğu hukuki olay veya işlemler neticesinde değişik boyutları olan hukuki problemlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır<sup>22</sup>.

## **2- Hastanın ulaşmak istediği sağlık hizmetinin gerek kendi ülkesi veya bulunduğu ülkede, gerek ise hizmetin alındığı ülkede yasal olmaması:**

Medikal turizmin bu türü özellikle yasal olmayan alternatif tedaviler, organ ve doku nakillerinde karşımıza çıkmaktadır. Transplantasyonda doğallarının yerini alabilecek mükemmellikte yapay organların henüz geliştirilememiş olması, hala insan organlarına duyulan gereksinimi ve bunun sağlanabilirliğini önemli bir sorun haline getirmektedir. Özellikle böbrek yetmezliği çeken hastaların sayısının yüksek olması, yaşam süresi ve kalitesinin bu organa bağlı olması, verici sayısının istenilen oranda olmaması organ ticareti kavramını ortaya çıkarmıştır<sup>23</sup>.

İnsan organlarının satılması ve satın alınması yasal olmamakla birlikte, bunun mümkün olabildiği hepimizce bilinmektedir. Dünya Sağlık Örgütü Kolombia, Hindistan, Pakistan ve Filipinler'in küresel ölçekte organ ticaretinin başını çeken ülkeler olduğuna işaret etmektedir<sup>24</sup>. Zengin diyaliz hastalarının böbrek almak için çaba harcadıkları, İngiltere ve Almanya'dan Hindistan'a, Kuzey Amerika'dan Brezilya ve Peru'ya bu amaçlarla seyahatler yapıldığı iddia edilmektedir<sup>25</sup>. Böbrek dolaşımı rotası Güney'den Kuzey'e, siyahtan beyaza, kadından erkeğe, fakirden zengine doğrudur.

Bu konuda Organ Ticareti ve Nakil Turizmine ilişkin İstanbul Deklarasyonu çok önemli bir belgedir<sup>26</sup>. Yabancı hastaların tedavisinin ancak vatandaşların organ naklinin garanti altına alınması halinde kabul edebileceği belirtilen deklarasyonda

<sup>21</sup> Sağlık turizminde malpraktis için bkz. Mirrer-Singer, Philip (2006), "Medical Malpractise Overseas: "The Legal Uncertainty Surrounding Medical Tourism", Law and Contemporary Problems, 70, s. 211 vd.

<sup>22</sup> Bkz. Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer (2013), Sınır Ötesi Sağlık Hizmeti ve Hukuk, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, s.74-75.

<sup>23</sup> Turner, Leigh (2011), "Quality in Health Care and Globalization of Health Services: Accreditation and Oversight of Medical Tourism Companies", 23;1, s. 2.

<sup>24</sup> Turner, Leigh (2008), Medical Tourism Initiatives Should Exclude Commercial Organ Transplantation, Journal of Royal Society of Medicine, s. 391.

<sup>25</sup> Metin, Sevtap (2010), Biyo-tıp Etiği ve Hukuk, ISBN 978 605 5865 59 7, s. 295.

<sup>26</sup> 30 Nisan- 1 Mayıs 2008 tarihinde İstanbul'da yapılan 78 ülkeden 150 katılımcının yer aldığı toplantı sonucunda oluşturulan İstanbul Deklarasyonu 5 Temmuz 2008 de pek çok dilde tercümesi yapılarak yayınlanmıştır. Tam metin için bkz. <http://www.declarationofistanbul.org>

ulusal hükümetlerin üzerine düşen sorumluluklar, uluslararası işbirliği ve şeffaflık gibi konularda önemli düzenlemeler yer almaktadır<sup>27</sup>.

Yasadışı organ ticareti ve trafiğinde dolaşım, farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Organ nakli, donörün ya da alıcının bulunduğu ülkede yapılabildiği gibi, aynı ülkedeki alıcı ve donörün, nakil için bir başka ülkeye gitmesi ya da farklı ülkedeki bir alıcı (A ülkesinden) ve donör (B ülkesinden) arasındaki transferin başka bir ülkede (C ülkesi) gerçekleşmesi mümkündür.

Organ ve doku nakli başta olmak üzere, tıbben ve hukuken kabul edilen yöntemler dışında kalan pek çok tıbbi uygulama sözünü ettiğimiz ikinci grupta yer almaktadır. Burada ortaya çıkan biyo-tıp etiği ve hukuku sorunlarına uluslararası işbirliği ile çözüm aramak gerektiği açıktır.

### **3- Sağlık hizmetinin hastanın bulunduğu ülkede yasal olmaması, hizmet alınan ülkede yasal olarak sunulması:**

Burada hastanın, ülkesinde yasal olarak sunulması mümkün olmayan bir sağlık hizmetini alabilmek için söz konusu hizmetin yasal olarak sağlandığı yabancı bir ülkeye seyahati söz konusudur. Bu kapsamda çoğunlukla kök hücre tranferleri, kür-taj, gen analizleri, doğacak çocuğun tıbbi amaçlı olmayan cinsiyet seçimi, heterolog dölllenme IVF gibi uygulamalar yer alır.

Bu gruba ilişkin hukuki ve etik sorunların Türkiye açısından önemle incelenmesi gerekmektedir. Türkiye, sağlık hizmetinin sunucusu olarak 1. grup medikal turizm (yasal tıbbi müdahaleler) bakımından büyük bir potansiyele sahiptir. Türkiye’de, sağlık turizmi başlığı altında yer alan medikal turizmin değerlendirmesi pek çok çalışmanın konusu olmakla birlikte, Türkiye’den başka bir ülkeye sağlık hizmeti almak için giden Türk vatandaşı medikal turistlere ilişkin veri ve çalışmalar yok denecek kadar azdır. Türkiye’den tedavi amacıyla yurt dışına giden medikal turist sayısının göreceli olarak sınırlı olması, konunun ekonomik boyutunun gözardı edilebilmesi yanında, yurtdışına turist olarak çıkan kişilerin gittikleri ülkelerde sağlık hizmeti alıp/almadıklarının takibi seyahat özgürlüğü ve hasta mahremiyeti gibi nedenlerle her zaman mümkün de değildir. Ancak bu noktada tanıtım ve reklam çalışmaları yapan internet site ve sayfalarının, aracılık faaliyeti yürüten kişi ve kurumların, özellikle yurt dışı ile bağlantılı çalışan sağlık hizmeti sunucularının faaliyetlerinin izlenmesi ve hukuka aykırılıkların tespit edilmesi, sağlığın metalaştırılması ve mağduriyetlerin önlenmesi açısından önemlidir.

Türkiye açısından özellikle, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye

<sup>27</sup> Delmonicoi Francis, L.(2008), “The Development of Istanbul Declaration on Organ Trafficking and Transplant Tourism”, *Nephrol Dial Transplant* 24, s. 3381.

Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği<sup>28</sup> uyarınca izin verilmeyen yardımcı üreme yöntemleri, medikal turizmin önemli bir parçası haline gelmiştir. Konunun geldiği nokta, özellikle taşıyıcı annelik bakımından medyada sık sık gündeme gelmektedir<sup>29</sup>. Tıbben mümkün olan her zaman hukukten mümkün olmamakla birlikte, süreç içinde pek çok farklı etmene bağlı olarak, yönetmelikte yasak olduğu belirtilen uygulamalara olan talep artmıştır. Türkiye’den özellikle belirli ülke ve merkezlere yönelik medikal turizmin yaygınlaşması, bu konudaki tartışmaların teorik olmaktan çıkıp, başta çocuğun soybağı olmak üzere somut hukuki sorunlara dönüşmesi sonucunu da beraberinde getirmiştir.

Evlilik ilişkisi içindeki kadın ve erkeğin kendi genetik malzemesiyle gerçekleştirilen homolog dölleme<sup>30</sup> hukukten kabul gören ve yaygın bir uygulamadır. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 19(2) maddesi uyarınca, üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE) yaptırmak üzere başvuran adayların evli olmaları aranır<sup>31</sup>. Yönetmelikte (m.4ğ), üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE) yöntemlerinin, anne adayının yumurtası ile kocanın spermını çeşitli yöntemlerle döllemeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllemesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade ettiği belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi, tıp ve hukuk alanında homolog dölleme kabul görmekte, yapılan müdahalenin tıbbi bir nitelik taşıdığı ve hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Heterolog dölleme ise tedavi amacından yoksun olması, çocuğun yararı ve esenliği, aile kavramı çerçevesinde tartışmalara neden olmakta ve hukukten kabul görmemektedir<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> RG. 30.09.2014/ 29135.

<sup>29</sup> “Hamilelik istemeyen kadınlara doğum dahil paket turlar sayesinde 800 Türk çocuk, Hindistan, Gürcistan ve ABD’de taşıyıcı anneden doğdu”, “Bebeğiniz itinayla doğurulur” tarzı haberler medyada sıklıkla yer bulmaktadır. <http://www.milliyet.com.tr/tasiyici-anneler-800-turk-dogurdu/dunya/dunyadetay/29.01.2012/1495344/default.htm>; <http://www.aksam.com.tr/guncel/bebeginiz-itinayla-dogurulur/haber-250694> (Erişim Tarihi 01.04.2015)

<sup>30</sup> Homolog dölleme: evlilik ilişkisi içindeki kadın ve erkeğin kendi genetik malzemesiyle gerçekleştirilen yapay dölleme biçimidir. Tıbbi yöntemlerle, kocanın üreme hücrelerinin alınarak karısının üreme organına aktarılması veya çiftin kendilerine ait üreme hücrelerinin dış ortamda döllendirilerek, bu yolla elde edilen embriyonun kadının rahmine yerleştirilmesi şeklinde olabilmektedir. Kabul gören ve hukuki sorunlara yol açmayan en yaygın uygulamadır.

<sup>31</sup> Madde 19 (2) ÜYTE yaptırmak üzere başvuran adayların evli olmaları ve bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-8’deki Bilgilendirilmiş Muvafakat Formunu doldurarak birlikte işlem yaptırmaları gerekir. Eşlerin nüfus cüzdanı ve evlilik cüzdanı asılları görülmek suretiyle fotokopileri ve fotoğrafları alınır. Bu belgelerin kişilere ait olup olmadığı kontrol edilerek işlemlere başlanır.

<sup>32</sup> Gönenç, Fulya İlçin (2011), “Medeni Hukuk Bakımından Embriyo Nakli”, Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sorunları Sempozyumu (Üreme ve Etik), s. 84.

Bununla birlikte donasyon (sperm ve yumurta bağıışı), embriyo nakli, taşıyıcı annelik çocuk sahibi olamayan çiftlerin, (evli olan-olmayan, eşcinsel çiftler) ya da bireylerin son umudu olarak yıllardır uygulanmaktadır. Yöntemin Türkiye'de yasal olmaması nedeniyle her yıl, resmi kayıtlar olmamakla birlikte binlerce infertil çift yurtdışında (Kuzey Kıbrıs, Gürcistan, Yunanistan özellikle Rodos ve Girit) çeşitli merkezlere başvurmaktadır. Bu açıdan, üremeye yardımcı yeni teknikler, medikal turizm bakımından da çözüm bekleyen hukuki ve etik sorunların başında yer almaktadır.

Kök hücre turizmi henüz çok yeni olmakla birlikte, küresel turizm pazarındaki büyüme potansiyeli gözardı edilemez. Bazı dokularda bulunan ve gereksinim halinde pek çok hücreyi oluşturarak yaşamın devamını sağlayan, üretkenlik ve farklı dokulara dönüşebilme potansiyeli yüksek olan kök hücrelerin kanser, sinir sistemi hastalıkları (alzheimer) ve hasarları, metabolik hastalıklar (diabet), organ yetmezlikleri, romatizmal hastalıklar, kalp hastalıkları, kemik hastalıkları ve daha birçok alanda kullanıma sahip olduğu bilinmektedir. Pek çok hasta henüz standart bir tıbbi müdahale niteliğinde olmayan bazı kök hücre nakilleri için Çin, Hindistan, Ukrayna'daki kliniklere başvurmaktadır<sup>33</sup>.

Aynı şekilde üreme ve gen teknolojilerinin gelişimi ile tüp bebek uygulamalarında (IVF) tıbbi amaçlı olmayan cinsiyet seçimi ve genetik tarama mümkün hale gelmiştir. Kürtaj ve ötanazi de bu grupta ele alınması gereken önemli konulardandır.

Yasaklayıcı tutum ve düzenlemeler 3. grup medikal turizmin artmasına neden olmaktadır. Bu konuda organ trafiği ve nakli konusunda olduğu gibi uluslararası bir uyumlaştırma ya da düzenlemelerin yakın gelecekte gerekliliği görüşü yanında, söz konusu konuların birer iç hukuk düzenlemesi sorunu olduğu iddiası da vardır.

Dikkat çekici bir görüş olarak; medikal turizm ile kürtaj, heterolog döllenme gibi konularda söz konusu toplumun yasaları ve değerleri ihlal edilmeksizin, başka bir ülke sınırları dahilinde yasal olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalelere göz yumulması ile toplumda farklı değer yargılarının varlığının kabul edilebileceği, çoğunluğun inanç ve değerleri gözönüne alınarak tasarlanan düzenlemeler karşısında, azınlık haklarının da korunabileceği savunulmaktadır.

Diğer yandan, tamamen farklı bir başka bakış açısı ile; seyahat ve sağlık hizmetlerinden yararlanabilme özgürlüğünün sınırları çizilmek istenmekte, yasa dışı tıbbi uygulamayı yaptıranlar açısından çeşitli önleyici tedbirler ve yaptırımlar öngörülmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>34</sup>. Ancak diğer görüşün etik tutarlılığı konusunda olduğu gibi, burada da konunun hukuki ve etik yönü bir yana, kişilerin seyahat

<sup>33</sup> Turner (2011), s. 2; bkz. Einsiedel/Adamson, (2012), Stem Cell Tourism and Future Stem Cell Tourists: Policy and Ethical Implications, Developing World Bioethics ISSN 1471-8731(print): 1471-8847 (online), s. 35 vd.

<sup>34</sup> Söz konusu görüşler için bkz. Pennigs, Guido (2004), "Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe", Human Reproduction, 19:12, s. 2689; Storrow, R. F. (2010), "The Pluralism in Cross-Border Reproductive Care", Human Reproduction 25:12, s. 2939.



özgürlüğünün kısıtlanamayacağı, hiç bir devletin diğer bir ülkede yasal olan bir tıbbi müdahaleye engel olamayacağı gerçeği karşısında, alınabilecek önlemlerin etkisiz olacağı açıktır.

Görüldüğü gibi, belirlediğimiz her grup açısından tartışılması ve değerlendirilmesi gereken hukuki ve etik sorunlar farklı olacaktır. Medikal turizmin en yaygın ilk türünde (her iki ülkede yasal olan tıbbi girişimler) dahi hastaların tercih aşamasında yönlendirilmesinde rol oynayan internet sitelerindeki bilgi kirliliğine karşı veya aracı şirket ilişkilerinde korunması dahil, başka bir ülkede tıbbi müdahale uygulanan hasta takibinin sürekliliği, hasta kayıtlarının tutulması, olası bir hatalı tıbbi uygulamaya karşı haklarının korunması gibi hukuki belirsizlikler karşımıza çıkacaktır. Kanaatimizce, bu noktada sağlık kurumlarının, hastanelerin akredite olması yeterli bir çözüm değildir, sağlık turizmi aracı kurumlarının uluslararası akreditasyonunun da sağlanması gerekir. Burada, sağlık hizmetini sunan ülke ve hastanın geldiği ülke bakımından sağlık hizmetlerinin sunumu ve dağılımındaki sosyal eşitlik konusunun ayrıca değerlendirilmesi ise en önemli hususlardan biri olarak görülmelidir<sup>35</sup>.

Sonuç olarak, sağlık turizmi pek çok açıdan yeni umut ve olanaklar sağlarken, diğer yandan etik ve özellikle hukuk açısından çözülmesi gereken yeni sorunları da beraberinde getirmektedir. Tarihin her döneminde bireylerin daha sağlıklı bir yaşam veya kaybolan sağlıklarına kavuşabilmek amacıyla yaptıkları girişimler zaman ve mekandan bağımsız bir gelişim göstermiştir. Günümüzde özellikle medikal turizmin hukuki, etik boyutuyla ve farklı bir bakış açısıyla ele alınması özel bir öneme sahiptir. Belli bir hukuk düzeni tarafından yasaklanan veya tıbben kabul edilmiş yöntemler içinde yer almayan bir takım tıbbi uygulamaların sunulduğu ülkelere yönelik hasta hareketliliği bilinen bir gerçektir. Bu durum, medikal turizmde yaşanan gelişmeler karşısında bir tutum belirlemeyi ve toplumsal sonuçları değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Coğrafi sınırları aşan bu uygulamaların ekonomik olarak güçlü olanlar için yasal olsun-olmasın her türlü tıbbi müdahaleyi erişilebilir kılması ayrı ve önemli bir tartışma alanıdır. Başta hasta (medikal turist) olmak üzere sağlık turizminin tüm bileşenleri ekseninde ortaya çıkan ve çıkabilecek hukuki ve etik sorunların tespit edilmesi, çözüm yöntemlerinin belirlenmesi ve zaman kaybedilmeksizin güncel ve gerçekçi hukuki düzenlemelerin yapılmasının taşıdığı önem açıktır.

## **KAYNAKÇA**

- Aydın, Oğuz (2012), "Türkiye'de Alternatif bir Turizm: Sağlık Turizmi", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 14:23.
- Burkett, Levi (2007), "Medical Tourism Concerns, Benefits and American Legal Perspective", The Journal of Legal Medicine, 23:2, 223-225.
- Delmonico, Francis, L. (2008), "The Development of Istanbul Declaration on Organ Trafficking and Transplant Tourism", Nephrol Dial Transplant 24, 3381-3382.

<sup>35</sup> Burkett, Levi (2007), "Medical Tourism Concerns, Benefits and American Legal Perspective", The Journal of Legal Medicine, 23: s. 223-225.

- Einsiedel, Edna F./Adamson, H. (2012), *Stem Cell Tourism and Future Stem Cell Tourists: Policy and Ethical Implications*, *Developing World Bioethics* ISSN 1471-8731 (print): 1471-8847 (online).
- Gönenç, Fulya İlçin (2011), "Medeni Hukuk Bakımından Embriyo Nakli", *Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sorunları Sempozyumu (Üreme ve Etik)*, s. 81-96.
- Hakeri, Hakan (2012), *Tıp Hukuku*, ISBN 978 975 02 1748 7.
- Hall, C. Michael (ed.) (2012), *Medical Tourism*, ISBN 9781136270529.
- Herrick, Devan M.(2007), *Medical Tourism: Global Competition in Health Care*, NCPA Policy Report No.304, ISBN #1-56808-178-2 Web site: [www.ncpa.org/pub/st/st304](http://www.ncpa.org/pub/st/st304)
- Heung, Vincent C.S/Kucukusta, Deniz/Song, Haiyan (2011), "Medical Tourism Development in Hong Kong", *Tourism Management* 32, 995-1005.
- Metin, Sevtap (2010), *Biyotıp Etiği ve Hukuk*, ISBN 978 605 5865 59 7
- Mirrerr-Singer, Philip (2006), "Medical Malpractice Overseas: "The Legal Uncertainty Surrounding Medical Tourism", *Law and Contemporary Problems*, 70, 211-232.
- Pennings, Guido (2004), "Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe", *Human Reproduction*, 19:12, 2689- 2694.
- Smith, Kristen (2012), *Developing World Bioethics* ISSN 1471-9731 (print):1471-8847 (online)
- Storrow, R. F. (2010), "The Pluralism in Cross-Border Reproductive Care", *Human Reproduction* 25:12, 2939-2943.
- Turner, Leigh (2008), "Medical Tourism Initiatives Should Exclude Commercial Organ Transplantation", *Journal of Royal Society of Medicine*, 101, 391-394.
- Turner, Leigh G. (2011), "Quality in Health Care and Globalization of Health Services: Accreditation and Oversight of Medical Tourism Companies", 23;1, 1-7.
- Yenerer Çakmut, Özlem (2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, ISBN 975 8654 21 7.
- Yorks, Diane (2008), "Journal of Continuing Education in the Health Professions, Medical Tourism: The Trend Towards Outsourcing Medical Procedures to Foreign Countries", 28:2, 99-102.
- Zengingönül, Oğul / Emeç, Hamdi / İyilikçi, Dilek Eser / Bingöl, Pelin (2012), *Sağlık Turizmi: İstanbul'a Yönelik Bir Değerlendirme*.
- <http://www.saglik.gov.tr/SaglikTurizmi/dosya/1-91778/h/turkiye-medikal-turizm-degerlendirme-raporu-2013.pdf> (Erişim Tarihi 01.04.2015)
- [http://www.tusiad.org.tr/\\_rsc/shared/file/Turizm-raporu-Mardin.pdf](http://www.tusiad.org.tr/_rsc/shared/file/Turizm-raporu-Mardin.pdf) (Erişim Tarihi 01.04.2015)
- <http://www.tkhk.gov.tr/Dosyalar/68c447da16da47f0bad5119af9c2a3db.pdf> (Erişim Tarihi 01.04.2015)
- [http://www.tursab.org.tr/dosya/12186/saglikturizmiraporu\\_12186\\_5485299.pdf](http://www.tursab.org.tr/dosya/12186/saglikturizmiraporu_12186_5485299.pdf) (Erişim Tarihi 01.04.2015)

# DEVLETİN TAPU SİCİLİNİN TUTULMASINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU, RÜCU HAKKI VE TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

(The Liability, Right of Recourse and Period of Limitation of Government Caused by Malfunctions at Land Register Procedure)

Ar. Gör. Başak GÖRGEÇ\*

## ÖZET

Tapu sicilinin tutulmasında yaşanan aksaklıklar sonucunda ortaya zarar çıkması halinde zarar gören hak sahibi, Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesi uyarınca devletten zararının tazminini talep etme hakkını haizdir. Bu zararı tazmin eden devlet ise zarara neden olan görevliye kusuru ölçüsünde rücu hakkına sahiptir. Çalışmamızda kısaca devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluktan bahsedecek, devletin tapu görevlisine rücu etmesi konusunu açıklamaya çalışacağız. Görevliye rücu edilmesi konusunda uygulanacak zamanaşımı ve bu konuda Tapu Kanunu'nda yapılan değişiklik de çalışma kapsamında irdelenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Tapu sicili, devletin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, tapu sicilinin tutulması, rücu hakkı, yolsuz kayıt, zamanaşımı

## *Abstract*

In case of incurrance of damage caused by malfunctions at land register procedure, prejudiced right party may demand his compensation against government according to the Turkish Civil Code Art. 1007. Government who has demanded this compensation has right to recourse against the deed officer who is faulty. In this study, the public liability caused by malfunctioned land register, recourse of government against faulty deed officer will be tried to expounded. Period of limitation in recourse against deed officer and the amendment in Land Register Law Code also will be studied.

**Keywords:** Land Register, public liability, strict liability, land register procedure, right to recourse, wrongful entry, period of limitation

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

## I. Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu, tapu siciline duyulan güvenin sürekliliğini sağlayan sorumluluk türüdür. TMK m. 1007'nin düzenlenmesine bakıldığında tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devletin sorumlu olduğu ifadesine rastlanır.

### A. Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu, asli ve kusursuz sorumluluk halleri arasında yer almaktadır. Bu iki hukuki nitelik ve bunların sonuçlarına konu kapsamında kısaca değinmek, tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğun anlaşılabilmesi için yol gösterici olacaktır.

#### 1. Devletin Asli Sorumlu Olması

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlar karşısındaki sorumluluğunun asli bir sorumluluk türü olduğu kabul edilir<sup>1</sup>. Bunun sonucu olarak devlet, tapu sicilinin yanlış tutulmasından doğan zararların tazmini hususunda başvurulacak ilk sorumludur. Devletin sorumluluğunun kabul edildiği birçok diğer durumda devlet fer'i yani ikincil sorumlu iken tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlarda asli sorumlu olarak karşımıza çıkar. Devletin fer'i olarak sorumlu olmasının anlamı, doğan zarardan ilk derecede sorumlu olan kimselerin zararın tamamını karşılayamaması halinde zarar görenin devlette başvurarak tazmin edilememiş zararın karşılanmasını sağlayabilmesidir. Bu sorumluluk halinde zarar gören, zararının tamamının karşılanmamış olması şartı ile devlete başvurma imkanına sahiptir. Devletin asli sorumlu olduğu durumlarda ise zarar gören, öncelikle ve başkasına başvurmak zorunda kalmadan devletten zararının tamamının karşılanması isteyebilir.

Tapu sicilinin yanlış tutulmasının diğer bir ifade ile yolsuz hale gelmesinin yol açacağı zarar, zararın konusu eşyanın taşınmaz olması nedeniyle büyük miktarlarda olur. Bu miktarın zarara sebebiyet veren görevliden istenmesi mümkün olmakla beraber, tapu görevlisinin bu zararı karşılayabilmesi çoğu zaman zordur. Bu nedenle TMK m. 1007 düzenlemesi, zararın tazmini için zarar görenin, zararı meydana

<sup>1</sup> SİRMEN Lale, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 1975 (SİRMEN Tapu Sicili), s. 29; "GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s. 207; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 280; SAPANOĞLU Süleyman, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 2012, s. 85; SİRMEN Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013 (SİRMEN Eşya), s. 145-146; PEKMEZ Cüneyt, Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, İstanbul 2013, s. 29; EREN Fikret/BAŞPINAR Veysel, Toprak Hukuku, 4. Bası, Ankara 2014, s. 250; NOMER Haluk Nami/ERGÜNE Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2015, s. 100; YAKUPPUR Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016, s.17. Ayrıca bkz. Y. 4. HD. E. 2010/10142, K. 2010/10973, T. 28.10.2010; Y. 4. HD. E. 2010/7736, K. 2011/9027, T. 13.09.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

getiren görevliye değil devlete başvurmasını öngörmüştür. Bu bir yandan meydana gelen zararın kısa yoldan tazminini sağlarken bir yandan da tapu siciline güvenin devamlılığını amaçlar<sup>2</sup>.

Söz konusu zarardan devletin asli sorumlu olmasının, zarar görenin görevliye zararının karşılanması için başvurmasının engelleyip engellemediği konusuna da değinmek gerekir. Bu konuda zarara neden olan kişinin devlet memuru olmasından dolayı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin dikkate alınması gerekir. İlgili hüküm uyarınca; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı, görevi yerine getirirken zarara neden olan görevliye değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Bu düzenleme ile TMK m. 1007 bir arada düşünüldüğünde zarar görenin, zarara neden olan görevliye doğrudan başvuramayacağı sonucuna ulaşılması gerekir<sup>3</sup>.

Tapu görevlisinin görevini yerine getirirken herhangi bir kast ya da kötü niyetinin olmamasına rağmen zararın meydana gelmiş olması ihtimalinde bu çözüm adalet duygusuna uygundur. Ancak görevlinin kendisine verilmiş olan görev ve bu görevin kendisine sağladığı yetkileri kötüye kullanması, zarara bilerek ve isteyerek neden olması durumunda zarar görenin görevliye başvuramayacağını ileri sürmek doğru olmaz. Bu ihtimalde tapu görevlisinin görevini yerine getirirken kusurlu olması değil, görevini ya da bu görevin sağladığı yetkilerini kötüye kullanmış olması söz konusu olacağından burada artık devlete başvurulabilmesinin yanı sıra görevliye da doğrudan tazminat davası açılmasının mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Tapu görevlisinin, görevini yaparken kusurlu davranması DMK m. 13'ün kapsamında iken tapu görevlisinin kişisel kusuru olarak nitelendirilen zarara kasten sebebiyet vermesi DMK m. 13 düzenlemesinin dışında kalır<sup>4</sup>.

## 2. Devletin Kusursuz Sorumlu Olması

TMK m. 1007 hükmünde tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın devlet tarafından karşılanmasının istenebilmesi için zararın kusurlu bir fiil ile meydana gelmesi aranmaz. Bu hüküm nedeni ile devletin sorumluluğunun kusura dayanmayan sorumluluk kapsamında olduğu görülür. Burada kusurun aranmadığı kişi tapu görevlisidir. Diğer bir ifade ile tapu görevlisinin zararın meydana gelmesinde kusu-

<sup>2</sup> CANSER, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964, s. 4; SİRMEN Eşya, s. 145; GÜR-SOY/EREN/CANSER, s. 211-212; ŞENGÜL, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, İstanbul 2015, s. 523; YAKUPPUR, s. 18.

<sup>3</sup> EREN/BAŞPINAR, s. 250-251; PEKMEZ, s. 175-176; SAPANOĞLU, s. 239; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2015, s. 151, N. 656.

<sup>4</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 32-33; PEKMEZ, s. 175 vd.; SAPANOĞLU, s. 239; ŞENGÜL, s. 527; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 151, N. 656.

runun olup olmaması devletin sorumluluğu açısından önem taşımaz. Devletin ise gerçek kişi olmamasından dolayı kusurundan bahsetmek zaten söz konusu olamaz.

Devletin sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin, zarara neden olan tapu görevlisinin kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekmez. Devlet ise görevlinin kusurunun olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Devletin sorumluluğunun kursosuz sorumluluk olduğu doktrin ve uygulamada tartışmasız olarak kabul edilmekle birlikte kursosuz sorumluluğunun dayandığı esasın ne olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır<sup>5</sup>.

Görüşlerden biri, devletin tapu sicilini tutulmasından doğan sorumluluğunun tehlike esasına dayandığını savunur<sup>6</sup>. Bu görüşe yapılan eleştiriler genel itibari ile tapu sicilinin tutulmasının tehlikeli bir fiil olmaması, bu nedenle tehlike esası ile amaçlanan koruma kapsamına dahil edilmesinin mümkün olmadığı yönündedir.

Bir diğer görüş, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunun sebep sorumluluğu olduğunu ileri sürer<sup>7</sup>. Bu görüş uyarınca tapu memurunun kursosuz olması devletin sorumluluğunu engellemez. Kanaatimizce tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluk, kurtuluş kanıtı içermeyen sebep sorumluluğudur. Bir başka görüş ise burada devletin risk sorumluluğunun bulunduğu kabul eder<sup>8</sup>.

## B. Devletin Sorumluluğunun Doğması İçin Aranan Şartlar

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumlu olabilmesi için aranan şartlar; tapu sicilinin tutulması sırasında hukuka aykırı fiil dolayısıyla

<sup>5</sup> REİSOĞLU, Safa, Eşya Hukuku, Ankara 1984, s.232; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt 1, Zilyetlik – Tapu Sicili, Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989 (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya), s. 459; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s. 100; ŞENER, Esat, Medeni Kanununun 917nci Maddesine Göre Hazinesin Mesuliyeti, Yargıtay Yüzyüncü Yıl Dönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 559; SİRMEN Tapu Sicili, s. 33-34; ESENER, Turhan/GÜVEN Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 114; PEKMEZ, s. 22 vd.; EREN/BAŞPINAR, s. 250; SİRMEN Eşya, s. 146; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 144, N. 643.

<sup>6</sup> Yargıtay, devletin tapu sicilinden doğan zararlardan sorumluluğunu, tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmektedir; YHGK. T. 11.07.2007, E. 2007/4-212, K. 2007/261; YHGK. T. 20.04.2011, E. 2011/13-37, K. 2011/198. Başka karar örnekleri için bkz. SİRMEN Eşya, s. 146; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 144, N. 643, dpn. 410. Ancak Yargıtay'ın daha önceleri bu sorumluluğu kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirdiğini de ifade etmek gerekir, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 456, dpn. 18'de değinilen karar.

<sup>7</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 456-457; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 207; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 472; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 280; ESENER/GÜVEN, s. 114; SİRMEN Eşya, s. 146; EREN/BAŞPINAR, s. 250; PEKMEZ, s. 25; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2014, s. 226 ve s. 226 dpn. 167'de yer verilen kararlar ve s. 232.

<sup>8</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 36-37.

bir zarara neden olunmasıdır. Zarar ile hukuka aykırı olarak tapu sicilinin tutulması arasında illiyet bağının olması da devletin sorumlu tutulabilmesini sağlar.

Tapu sicilinin tutulması faaliyeti nedeni ile sorumluluğun doğması, bu fiilin tapu görevlisi tarafından gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Ancak buradan tapu görevlisi dışında kimsenin fiili nedeni devletin sorumlu olmasının mümkün olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira devlet öncelikli olarak tapu görevlisinin fiilinden sorumlu olsa da tapu görevlisinin tapu sicilinin tutulması esnasında yardımcı kişi kullanması halinde de devlet meydana gelen zarardan sorumlu olur. Tapu görevlisinin kullanmış olduğu yardımcı kişinin yetkili ya da yetkisiz olması ise devletin sorumlu tutulması açısından önem arz etmez<sup>9</sup>.

Tapu sicilinin tutulması hususunda görevli olan tek kişi tapu görevlisi değildir. TST kapsamında tapu görevlisinin fiillerinin denetim altındadır. Denetim makamının görevi de tapu sicilinin tutulması kapsamında olsa da temel olarak devletin sorumluluğuna yol açan fiil tapu sicili üzerinde gerçekleştirilen yanlış kayıtlardan doğan zarardır. Denetim makamlarının fiilleri bu nedenle çoğunlukla devletin ilgili tapu görevlisine rücu hakkını kullanması aşamasında kusurun belirlenmesinde önem kazanır. TST m. 26 uyarınca istemin reddi üzerine itirazın incelenmesi, bu denetim makamlarının görev alanında olup, bu itirazın haksız yere kabulü ya da reddi halinde tapu sicilinin yanlış tutulması nedeni ile doğacak zarar TMK m. 1007 kapsamında yer alır.

### **1. Tapu Sicilinin Tutulmasına İlişkin Fiil**

Devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumlu tutulabilmesi için öncelikli olarak tapu görevlisinin tapu sicilini tutma fiilinde bulunması gerekir. Ancak buradan devletin sadece tapu sicilinin tutulmasında yapılmaması gereken bir kaydın yapılması halinde sorumlu olacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Devlet pekala tapu görevlisinin yapmaması gereken bir fiili gerçekleştirerek tapu sicilinin yanlış tutulmasına neden olması halinde sorumlu olacağı gibi gerçekleştirilmesi gereken bir kaydın yapılması da devletin sorumluluğuna yol açar. Diğer bir ifade ile tapu görevlisi iki şekilde devletin sorumlu olmasına neden olur. İlk olarak tapu siciline işlenmemesi gereken bir kaydı işleyerek sicilin yanlış olması ve zararın meydana gelmesine yol açmış olabilir. İkinci olarak ise tapu siciline işlenmesi gereken bir kaydın işlenmemesi yoluyla zararın ortaya çıkması sağlanmış olabilir. Bu iki durumdan hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin, devlet tapu sicilinin yanlış tutulması sonucu meydana gelen zararı karşılamakla yükümlüdür<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 60; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 208; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 277; PEKMEZ, s. 37; ERTAŞ, Şeref/SERDAR, İlknur/GÜRPINAR, Damla, Eşya Hukuku, İzmir 2014, s. 95, N. 443.

<sup>10</sup> AYBAY, Aydın, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962, s. 30 vd.; REİSOĞLU, s. 228; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 473; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 454; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 277; SAPANOĞLU, s. 90 vd.; KURT, Ekrem, Tapu Sicilinin

Tapu görevlisinin fiili ya da kaçınması, tapu sicilinin tutulmasına ilişkin olmalıdır. Aksi takdirde devletin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 1007 hükmü uygulama alanı bulmaz. Burada tapu sicilinin tutulması ifadesinin kapsamına nelerin girdiğine değinmek, sorumluluğa neden olacak fiillerin ya da kaçınmanın belirlenmesine yardım olur.

Tapu sicili bilindiği üzere asli ve fer'i sicillerden oluşur. Tapu sicilinin asli sicilleri tapu kütüğü, kat mülkiyeti kütüğü, yevmiye defteri, plan ve resmi belgelerden oluşur. Fer'i yani yardımcı siciller ise mal sahipleri sicili, aziller sicili, düzeltmeler sicili ve kamu orta malları sicilinden oluşur. TMK m. 1007 hükmü uyarınca devlet bu sicillere yapılan ya da yapılması gerekirken yapılmamış kayıtlardan zarardan sorumlu tutulur.

Tapu siciline yapılan kayıt ifadesine değinmek de devletin sorumlu olmasına neden olacak fiil ya da kaçınmaların neler olabileceğini görmek açısından faydalı olur. Tapu sicilinde yapılan işlemler; taşınmazın tapu kütüğüne ya da kat mülkiyeti kütüğüne kaydı, tescil, şerh, beyan, tadil, düşünceler sütununa yapılan kayıtlar, taşınmazın kapatılmasına ilişkin kayıtlar olarak sıralanabilir. Devlet, tapu görevlisinin bahsi geçen kayıtları gerçekleştirirken yapacağı hukuka aykırı fiillerden doğan zarardan sorumlu olur.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da tapu sicilinde meydana gelmiş olan yanlış kaydın ve bu yanlışlıktan doğan zararın tapu görevlisinin fiilinden doğmalıdır. Diğer bir ifade ile tapu sicilindeki yanlışlık tapu görevlisinin fiilinden kaynaklanmıyorsa devletin sorumlu olması da mümkün olmaz. Tapu sicilinde yapılacak kayıt örneğinin, muvazaalı bir işleme dayanıyor ise tapu görevlisinin bu işlem sonucu yapacağı kayıt ve bu kayda güvenerek aynı hak kazanılmasından doğacak zarardan devletin sorumlu olması düşünülemez. Burada taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kişi, kendi iradesi ile muvazaalı bir işlem yaparak taşınmazın kayıtlarında şekli bir görünüm yaratmış ise bu görünümünden doğacak zararlar devlet tarafından tazmin edilmez<sup>11</sup>. Zira hak sahibinin bu davranışı devletin sorumluluğu ile doğacak zarar arasındaki uygun illiyet bağının kesilmesine neden olacaktır.

---

Düzeltilmesi, İstanbul 2004, s. 28; ESENER/GÜVEN, s. 114; ÜNAL Mehmet/BAŞPINAR Veyssel, Şekli Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2015, s. 329 ve s. 333; SİRMEN Eşya, s. 146; PEKMEZ, s. 39; AYAN, s. 227-228; ŞENGÜL, s. 525; EREN/BAŞPINAR, s. 251; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 145, N. 646; NOMER/ERGÜNE, s. 100.

<sup>11</sup> POSTACIOĞLU, İlhan E., Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerin Şekle Riayet Mecburiyet, İstanbul 1945, s. 114 vd.; SUNGURBEY, İsmet Gülümser, İsviçre – Türk Hukukuna Göre İktisabı Müruruzaman (İktisabı Müruruzaman), İstanbul 1956, s. 91; AYBAY, s. 31-32; CANSEL, s. 30; SİRMEN Tapu Sicili, s. 74; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 447-448; KURT, s. 41 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 279; SAPANOĞLU, s. 147; AYAN, s. 229; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 145-146, N. 646. Taşınmaz mülkiyetinin devrinde muvazaa hususu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KANETİ, Selim, Yargıtay İçtihatlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu, Medeni Kanununun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 317 vd.; ADAY, Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.



### a. Kadastro ve Tapulama İşlemleri ve Taşınmazın Niteliği

Kadastro ve tapulama işlemleri, bir taşınmazın tapu siciline ilk kaydının yapılması için gerekli işlemlerdir. Bu işlemler yoluyla taşınmazın fiziki ve hukuki durumu tespit edilir, planı çıkarılır ve bunlara uygun olarak tapu siciline kaydı yapılır. Kadastro ve tapulama işlemleri doğrudan tapu sicilinin tutulması faaliyeti olmamakla beraber, planın yapılması ve taşınmazın ilk kaydı aşaması tapu sicili işlemi olduğundan plan ve kayıt aşamasındaki hatalar devletin sorumluluğunu gerektirir. Diğer bir ifade ile kadastro ve tapulama işlemlerinin plana dökülünceye kadar ki sürede yanlış olması devletin sorumlu tutulmasına yol açmasa da bu yanlışlığın planlara yansımaları ve bu yanlış plan uyarınca tapu kaydının yapılması ile TMK m. 1007 uygulama alanı bulur. Tazminatın hesaplanmasında ise yanlışlık içeren kadastro ve tapulama işlemlerine karşı hak sahibine verilen itiraz hakkının kullanılıp kullanılmamış olması dikkate alınır. Bunun haricinde doğru kadastro ve tapulama işlemlerinin plana ve tapu siciline yanlış işlenmesi doğal olarak TMK m. 1007'nin uygulama alanı içindedir<sup>12</sup>.

Taşınmazın niteliği de tapu siciline işlenen hususlar arasında yer alır ve bu nedenle bunlarda yapılan yanlışlık zararın doğmasına neden olduğu takdirde devletin TMK m. 1007 hükmü uyarınca sorumlu olmasını gerektirir. Taşınmazın nitelikleri kapsamında tapu sicilinde yer alması gereken bilgiler; taşınmazın geliri, vergi ve sigorta değerleri, ipotekli borç senedi ve irat senedi değeri, yüzölçümü<sup>13</sup>, cinsi ve taşın-

<sup>12</sup> AYBAY, s. 40; CANSEL, s. 90 vd.; SİRMEN Tapu Sicili, s. 57; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 208; SİRMEN Eşya, s. 147; AYAN, s. 229-230; EREN/BAŞPINAR, s. 251-252; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 146, N. 647. Bu konudaki farklı görüşlerin ayrıntılı incelemesi için bkz. PEKMEZ, s. 40 vd.. Y. 20. HD. E. 2016/1684, K. 2016/289, T. 01.03.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

<sup>13</sup> Yüzölçümü konusunda yapılan yanlışlık nedeni ile devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumlu olduğu yönünde karar verilmesi gerekirken, davanın davacının zararının oluşmadığı gerekçesi ile reddedilmesi üzerine AYM'ne yapılan bireysel başvuruda "35. Somut olayın incelenmesi neticesinde 12/8/1969 tarihli tedbil işlemi sonucu uyumsuzluk konusu taşınmazın ilk maliki S.S.in taşınmazda 5705/12160 hissesinin kaldığı, 16/9/1969 tarihli tedbil işlemi ile de kalan hissesinden üç ayrı kişiye toplam 281 m2 satış yaptığı, bu satışın kalan 5705/12160 hissedan düşülmek yerine hatalı olarak tam hisse olan 12160/12160 hissedan düşülerek kalan hissenin 11879/12160 olarak yanlış tescil edilip tapuya kaydının geçirildiği, bu tarihten sonra taşınmazın toplam 1674 m2 çeşitli başka satıştan sonra esasen 3750/12160 hisse kalmış olarak kaydı oluşması gerekirken 10205/12160 hisse olarak kayıtlı kaldığı ve bu kayıt üzerinden üç kez malik değiştirdiği, son malik olan başvuru-cununun 3/6/1985 tarihinde tapuda görünen 10205/12160 hisse üzerinden taşınmaza sahip olduğu ve yapılan hatayı Tapu Sicil Müdürlüğününün 11/3/2010 tarihli yazısı ile öğrendiği anlaşılmıştır. 36. Başvurucunun da hatayı öğrenmesinin ardından 26/1/2011 tarihinde İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesine dayanarak tapu sicilinin tutulmasında devletin sorumluluğunun olduğu gerekçesiyle dava açtığı, yapılan yargılama sonunda İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 20/10/2011 tarihli kararı ile dava konusu taşınmazın öncesi olan 1961 ada 45 parsel sayılı taşınmazın ıslah imar uygulaması sonucu 76 adet parsel olarak oluştuğu, diğer hisse satışlarından geriye kalan 3564 m2nin başvuru-cu üzerinde kaldığı, bunun dışında başvuru-cuya 83 m2 miktarında 31557 ada 5 parsel sayılı taşınmazın verildiği, 26 m2 düzenleme ortaklık payı olmak üzere başvuru-cuya 3673 m2 yer kaldığı, başvuru-cununun fazladan 109 m2 yer

mazın üzerinde bulunan binalar olarak örneklendirilebilir<sup>14</sup>. Taşınmazın nitelikleri kapsamında tapu siciline işlenmesi gereken her bilgi hak sahibi ya da üçüncü kişiler açısından zarara neden olabilecek hususlar değildir. Taşınmazın geliri, vergi ve sigorta değerleri devletin menfaati açısından önem taşıyor olmakla beraber, bu hususlarda hata yapılması kişiler açısından bir zarara neden olmaz. Bu nedenle bunlar dışında kalan hususlarda yapılacak yanlışlık sonucunda meydana gelen zarar devletin TMK m. 1007 uyarınca sorumlu olmasına neden olur.

## b. Planın Yapılması ve Yevmiye Defteri Kayıtları

Tapu sicilinin tutulmasında plan, iki aşamalı bir işlem ile yapılır. İlk olarak taşınmazın yüzölçümü ve geometrik şekli ile sınırlarının belirlenmesi gerekir. Bu işlem tapu sicilinin tutulması kapsamında değerlendirilmemekte, bu nedenle taşınmazın planı çıkarılması için yapılan bu işlem TMK m. 1007 kapsamında sorumluluk doğurmamaktadır. Planın ikinci aşaması ile geometrik şekli ve yüzölçümü belirlenmiş taşınmazın planının hazırlanmasıdır. Coğrafik özellikleri belirlenmiş olan taşınmazın planının hazırlanması tapu sicilinin tutulması faaliyeti içinde olduğundan bu aşamada yapılacak hatalar tapu görevlisinin kusuru olmasa dahi devletin oluşacak zarardan sorumlu olmasını sağlar<sup>15</sup>.

Yevmiye defteri açısından devletin sorumluluğuna bakacak olursak, bilindiği üzere yevmiye defteri tapu siciline yapılması istenen işlemlerin taleplerinin yazıldığı defterdir. Bu nedenle yevmiye defterinin doğru tutulması, taleplerin ve bu taleplerden reddedilen olmuş ise ret sebebi ile tarih ve sıralarına göre deftere yazılması tapu sicilinin doğru tutulabilmesi için elzemdir. Yevmiye defteri tapu siciline yapılacak

---

*edindiği, dolayısıyla olayda başvuruçunun herhangi bir zararının söz konusu olmadığı kabulüne dayanarak davanın reddine hükmettiği, bu kararın ise teyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek kesinleştiği tespit edilmiştir. 37. Buna göre başvuruçunun -Tapu Sicil Müdürlüğü'nün de kabul ettiği hatalı kaydı sonucu- taşınmazında oluşan yüz ölçümü kaybı 6532 m2 iken yapılan yargılama neticesinde Yargıtay denetiminden de geçerek kesinleşen kabul üzerinden başvuruçunun imar islah çalışmaları sonucu fazladan toplam 109 m2 yer edindiğine ve bu nedenle zarara uğramadığına dair İlk Derece Mahkemesi kanaatinin; başvuruçunun gerek taşınmazı alım tarihinde gerekse taşınmaza malik olduktan sonra tapu kaydında görünen yüz ölçümü ile taşınmazın gerçekteki yüz ölçümünde bir farklılığın olduğunu anlayabileceği veya görebileceği yönünde de yargılama dosyasında herhangi bir emarenin tespit edilemediği hususu da dikkate alınarak başvuruçunun üzerinde aşırı ve orantısız bir yükü sebep olduğu, hakkın özüne dokunur şekilde ölçülülük ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. 38. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” sonucuna varmıştır, AYM, B.No: 2013/5669, T. 24.03.2016, RG.T. 06.05.2016, RGS. 29704, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.08.2016.*

<sup>14</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 48; PEKMEZ, s.41-42; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 98, N. 458.

<sup>15</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 53. Burada tapu sicilinin tutulması ile görevli olan memurun sadece tapu görevlisi olmadığı, onun yanında planları yapan fen memurlarının da planın yanlışlığından doğacak sorumlulukta tapu sicilini tutma ile tapu görevlisi kapsamında değerlendirildiği hususunda bkz. SİRMEN Tapu Sicili, s. 54. Ayrıca bkz. CANSEL, s. 90; PEKMEZ, s.48 vd.; ŞENGÜL, s. 528; EREN/BAŞPINAR, s. 251-252; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 95, N. 444 ve s. 99, N. 463 vd N. 464.

tüm işlemlere ilişkin talepleri içerdiğinden üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmede de rol oynar. Yevmiye defterinin işlevi açısından bakıldığında da tapu sicilinin tutulması faaliyetleri arasında yer aldığı kolayca görülebilir. Zira yevmiye defterinin tutulmasındaki yanlışlık, tapu görevlisinin kusuru olsun olmasın tapu sicilinin yolsuz olmasına ve dolayısıyla devletin sorumluluğuna neden olur<sup>16</sup>.

### c. Tapu Siciline Kayıt, Taşınmazların Birleştirilmesi ya da Taşınmazın Bölünmesi

Tapu siciline taşınmazın ilk kaydının yapılması sırasında ya da kayıtlı taşınmazın sayfasında yapılacak işlemlerde de hukuka aykırılık söz konusu olur<sup>17</sup>. Tapu sicilinin kuruluşu esnasında taşınmazın kaydı eski sicillerin tapu siciline geçirilmesi şeklinde gerçekleşir ve bu yapılırken meydana gelen yolsuzluk tapu sicilinden devletin sorumlu tutulması sonucunu doğurur<sup>18</sup>. Tapuya kayıtlı taşınmazın bölünmesi ya da birden fazla taşınmazın birleştirilmesi durumunda da yolsuzluk oluşması mümkündür. Bir taşınmazın bölünerek iki ya da daha fazla taşınmaz olarak tapu siciline kaydının yapılması noktasında bu hatanın meydana gelmesi mümkün olduğu gibi, bölünmeden önce taşınmaz üzerinde mevcut olan hakların meydana getirilen yeni taşınmazlar üzerine nakli anında da hata yapılabilir. Benzer şekilde, taşınmazların birleştirilerek yeni bir taşınmaz olarak tapu kaydı noktasına ya da birleştirilen taşınmazlar üzerinde yer alan hakların yeni oluşturulan taşınmazın sayfasına nakli anında da sicilin yolsuz hale gelmesi ihtimal dahilindedir. Bu durumlarda nakledilecek hakkın kaydının gerçekleştirilmemesi, hak sahibi dışında birinin adına kaydedilmesi ya da hakkın niteliği ve kapsamına aykırı şekilde kaydedilmesi gibi gerçek durumu yansıtmayan haller tapu sicilinin yanlış tutulması anlamına gelir<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 51; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 277; PEKMEZ, s. 77 vd..

<sup>17</sup> SİRMEN Eşya, s. 147; EREN/BAŞPINAR, s. 251; TMK'nın yürürlüğe girmesinden önce tutulmakta olan sicillerden de devletin sorumlu olduğu kabul edilir, SİRMEN Tapu Sicili, s. 59; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 208; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 457-458, AKİPEK/AKINTÜRK, s. 278; SAPANOĞLU, s. 83; PEKMEZ, s. 59; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 95, N. 444; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 146, N. 648. Ayrıca konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK, Şebnem, Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Bölünmesi-Birleştirilmesi ve Arazi Toplulaştırılmasının Genel Esasları, Ankara 2010. Ayrıca bkz. YİBGK, E. 1943/13, K. 1944/8, T. 15.03.1944; YHGK, E. 2012/5-512, K. 2012/822, T. 21.11.2012 ve YHGK, E. 2012/20-29, K. 2012/596, T. 19.09.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

<sup>18</sup> Yargıtay'ın 15.03.1944 tarihli 1943/13 E. ve 1944/8 K. numaralı İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında, ETMK m. 917'de bahsi geçen tapu sicillerinin eski ve yeni bütün sicilleri kapsayan ve yeni kanunun yürürlüğünden sonra bu sicillerden doğan zararlardan Hazinesin sorumlu olduğu kararı verilmiştir. Bu karar doğrultusunda devlet, gerek TMK döneminde tutulan gerek EMK döneminde tutulan gerekse EMK'ndan önceki düzenlemeler uyarınca tutulan tapu sicillerinin tutulmasından sorumlu olur; KAZANCI İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2016.

<sup>19</sup> Taşınmazın tapu sicilindeki kaydında belirtilen özellikler ile taşınmazın mevcut durumu arasında zaman içinde değişiklik meydana gelmesi de ihtimal dahilindedir. Bu farklılıktan kaynaklanacak zararlardan devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda ise genel kanı devletin so-

#### d. Çift Tapu Kaydı

Hukuka aykırılık unsuru açısından çift tapu kaydının da ele alınması gerekir. Her taşınmazın tapu sicilinde yalnız bir sayfasının olması kuraldır. Tapu sicilinin güvenilirliğini sağlayabilmek için bir taşınmazın birden fazla sayfaya sahip olmaması şarttır. Ancak bazı durumlarda aynı taşınmaz adına açılmış birden fazla sayfa ile karşılaşılması muhtemeldir. Tek taşınmaz için birden fazla sayfa açılmış olması durumunda gerçek hak sahibi adına olan kayda güvenilerek kazanılan haklar açısından problem yaşanmaz. Ancak taşınmaza ait gerçek durumu yansıtmayan sayfaya güvenilerek hak kazanılmaya çalışılması halinde iyiniyetin korunmayacağı kabul edilmektedir. Bu noktada iyiniyetin korunmamasının temeli tartışmalıdır<sup>20</sup>. Bir diğer tartışmalı nokta ise devletin yanlış sayfaya yapılan işlemlerden doğan zarardan sorumlu olup olmayacağıdır<sup>21</sup>. Devletin sorumlu tutulmayacağını ileri süren görüşe göre çift tapu kaydı halinde tapu sicilinin aleniyetinden ve hak sahipliği karinesinden bahsedilemeyeceğinden iyiniyet ve dolayısı ile devletin sorumluluğu olması kabul edilemez<sup>22</sup>. Gerçek hak sahibi ve onun hakkına dayanılarak elde edilen hak kazanılacağından ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılarak iyiniyetli üçüncü kişilerin hak iktisapları engellenebileceğinden onların zararı olmayacağı kabul edilir. Üçüncü kişi ise çift kayıt olduğunu bilmediği ya da iyiniyetli olduğunu ileri süremez. Diğer görüş ise tapuda bir taşınmazın birden fazla sayfaya sahip olmasının genellikle tapu sicilinin tutulmasından kaynaklandığını göz önünde bulundurmak gerektiğini belirtir. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, TMK m. 1007 hükmü devletin sorumlu tutulacağı zarar açısından zarara uğrayanın gerçek hak sahibi olmasını aramamaktadır. Diğer bir ifade ile TMK m. 1007 uyarınca devletin sorumluluğuna başvurabilecek tek kişi

---

rumluluğunun doğmayacağı yönündedir; REİSOĞLU, s. 228-229; ŞENGÜL, s. 526; SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 146, N. 647. Tekinay ise taşınmazın niteliğinde kayıt sırasında yapılan yanlışlığın sorumluluk doğuracağını kabul etmektedir, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 457.

<sup>20</sup> Bir görüş uyarınca çift tapu kaydının varlığı halinde artık tapu sicilinin aleniyetinden ve hak karinesi olmasından bahsedilemez hale geldiğinden artık bu kayda güvenin korunması da söz konusu olamaz, SUNGURBEY İktisabı Müruruzaman, s. 101 vd.; AYBAY, s. 39; PEKMEZ, s. 75; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 104, N. 486; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 341; YAKUPPUR, s. 198. Diğer görüş uyarınca yanlış kayıtta hak sahibi olarak görülen kişinin taşınmaza zilyet olması halinde iyiniyetin korunmasından bahsedilebilir. ÜNAL/BAŞPINAR, s. 341; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 425, N. 1581, dpn. 629. Üçüncü görüş ise tapu sicilinde bir taşınmaz için birden fazla sayfa açılmış olması halinde zilyetlikte iyiniyetin korunması düzenlenmeleri kıyasen uygulama alanı bulmalıdır, ÜNAL/BAŞPINAR, s. 341. Ayrıca konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YAKUPPUR, s. 195 vd..

<sup>21</sup> AKİPEK/AKINTÜRK, s. 279. Devletin çift tapu kaydı nedeniyle doğan zararlardan sorumlu tutulması gerektiği yönünde; SİRMEN Tapu Sicili, s. 78; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 209; SİRMEN Eşya, s. 150; EREN/BAŞPINAR, s.253; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 458; ESENER/GÜVEN, s. 117; PEKMEZ, s. 75; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 104, N. 486; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 332; EREN/BAŞPINAR, s. 252.

<sup>22</sup> ÜNAL/BAŞPINAR, s. 341; SİRMEN Eşya, s. 150-151; PEKMEZ, s. 73-74.

hak sahibi olmayıp, tapu sicilindeki yanlışlığa iyiniyet ile güvenen kimseler de zararlarının tazmini için devlete başvurabileceklerdir.

### **e. Tescil**

Tapu siciline yapılacak tescil, ona dayanak teşkil eden resmi senedin geçerliliğine bağlı olarak yapılır. Diğer bir ifade ile tescil işlemi geçerli bir hukuki sebebe ve bu sebebi gösterir resmi senedin varlığı halinde talep üzerine gerçekleştirilir. Kural, tapu siciline yapılacak tescillere temel senedin tapu görevlisi tarafından düzenlenmesi olsa da doktrinde genel olarak resmi senet düzenlenmesindeki yanlışlıklardan devletin TMK m. 1007 kapsamında sorumlu olmayacağı yönündedir<sup>23</sup>. Yine bu tapu görevlisinin resmi senedin geçerliliğini kontrol yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Tapu görevlisinin, tescil işlemine dayanak oluşturan resmi senedin doğruluğunu kontrol etme yükümlülüğünün şekli anlamda geçerlilik kontrolü ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Tapu görevlisi, söz konusu resmi senet açısından tarafların iradelerinin tam olarak yansıtılıp yansıtılmadığı ya da senedin esasına ilişkin unsurları kontrol etme yükümlülüğü yoktur. Ancak tapu görevlisi şekli denetim gerçekleştirirken esasa ilişkin bir yanlışlık ya da eksikliğin varlığından şüphelenir ise bunu araştırmadan tescil işlemini gerçekleştirmemelidir. Senedin şekli anlamda geçerli olup olmadığının araştırılması ve esasa ilişkin bir geçersizlik olduğundan şüphelenilmemiş olması durumunda, tescilin geçersiz bir resmi senede dayanması tapu sicilinin tutulması bakımından devletin sorumlu olmasına neden olmaz. Resmi senedin düzenlenmesi süreci tapu sicilinin tutulmasının dışında kabul edildiğinden bu süreçte meydana gelen ve tapu siciline yapılan kaydı etkileyen yanlışlık da TMK m. 1007 kapsamında değildir<sup>24</sup>. Tapu siciline tescil işleminin gerçekleştirilmesi için hazırlanmış olan resmi senedin şekli anlamda geçerliliğinin araştırılması kapsamına, tescile dayanak olan işlemin geçerliliği için izni alınması gereken kişilerin rızalarının olup olmadığının da tespiti gerekir<sup>25</sup>.

Tapu görevlisi kendisinden tescil talebinde bulunan kimsenin bu talepte bulunma yetkisinin olup olmadığını da araştırmak ile yükümlüdür. Tescil talebinde bulunmaya yetkili olan kimse aynı hak sahibi, tapu sicilinde aynı hak sahibi olarak gözükken kişi ve bu kişilerin tescil talebi hususunda yetkilendirdikleri kimselerdir.

<sup>23</sup> SUNGURBEY İktisabı Müruruzaman, s. 89; KANETİ, s. 295 vd.; SİRMEN Eşya, s. 147-148; PEKMEZ, s. 81-82; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 330; YAKUPPUR, s. 49-50.

<sup>24</sup> Ancak resmi senedin düzenlenmesi esasında yapılan yanlışlık TMK m. 1007 kapsamında değilken, bu senede dayanılarak yapılan tapu sicili işlemine de yanlışlığın yansımaları sonucu doğacak zarardan devletin sorumlu olacağı kabul edilir, SİRMEN Eşya, s. 148; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 330; KURT, s. 22; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 278.

<sup>25</sup> SUNGURBEY İktisabı Müruruzaman, s. 94-95; POSTACIOĞLU, s. 198, N. 140; AYBAY, s. 35; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 209; CANSEL, s. 24; PEKMEZ, s. 78-79; EREN/BAŞPINAR, s. 254; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, s. 186; EREN/BAŞPINAR, s. 253.

Tescil talebinde bulunan kişinin, sayılan kimseler arasında yer alıp almadığının, tasarruf yetkilerinin olup olmadığının araştırılması ve bu araştırma sonucunda yetkili olduklarının görülmesi halinde tescilin gerçekleştirilmesi gerektiğinden, gerekli araştırmanın yapılmadan tescil işleminin yapılması devletin sorumluluğunu gerektirir<sup>26</sup>. Buradaki araştırma yükümlülüğü de resmi senet için aranan yükümlülük ile paralel olarak şekli anlamdadır.

### f. Bağımsız ve Sürekli Haklar

Bağımsız ve sürekli haklar da bildiği üzere tapu siciline ayrı bir sayfaya kaydedilebilmektedir. TMK m. 998 hükmünde taşınmaz olarak kabul edilen bu hakların tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmesi sırasında da tapu sicilinde yanlışlık yapılması mümkündür. Yüklü taşınmaza ait sayfada bağımsız ve sürekli hakkın tescilinin yapılmadan söz konusu hakka ayrı sayfa açılması tapu sicilinin gerçeği yansıtmamasına neden olur. Bağımsız ve sürekli hakkın sona ermesi üzerine yüklü taşınmazın sayfasından terkin edilmesine karşın hakka açılan ayrı sayfanın kapatılmaması da bu kapsamda değerlendirilir. Tapu sicilinde yüklü taşınmaza ait sayfaya tescili gerçekleştirilmeden ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hak için açılan sayfada lehine hak tescil edilmiş olan kişinin iyiniyetinin korunmayacağı kabul edilir. Zira burada her ne kadar tapu siciline güven söz konusu ise de iyiniyetin varlığı tartışmalıdır. Yüklü taşınmaza ait tapu kaydına bakılmış olması halinde tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olan bağımsız ve sürekli hakkın gerçekte tescil edilmemiş olduğunu öğrenmesinin mümkün olacağından tam olarak iyiniyetli bulunduğu söylenemez. Zira iyiniyet tapu sicilinin gerçeği yansıtmadığını bilmemenin yanında gerekli araştırmayı yapmış olmaya rağmen yanlışlığın bilinemeyecek olmasını da gerektirmektedir. Bu durumda üçüncü kişi elde ettiğini düşündüğü hak için yapmış olduğu harcamaları, tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu nedeni ile devletten talep etme hakkını haizdir.

### g. Şerhler

TMK m. 1009'da sayılan ve tapuya şerh edilmeleri kanun tarafından kabul edilen hakların şerh edilmesi de tapu sicilinin tutulması kapsamında yer aldığından, tapu görevlisi şerh için de tescil öncesi araştırmaya benzer bir araştırma yapmak zorundadır. Şerh talebi mahkeme kararına dayanmaktaysa bu kararın da ibrazı gerekir. Tescil açısından arandığı üzere şerh talepleri de şekli denetime tabidir. Şerhe temel olan işlemin şekli olarak geçerliliği ya da temel mahkeme kararının varlığı ve şerh

<sup>26</sup> SUNGURBEY, İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1968, s. 56; AYBAY, s. 34; SİRMEN Tapu Sicili, s. 75; KURT, s. 21; PEKMEZ, s. 85; AYAN, s. 228; YAKUPPUR, s. 53-54. YHGK, E. 20004/4-526, K.2004/589, T. 10.11.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

talebinde bulunan kimsenin yetkili olup olmadığının incelenmesi tapu görevlisinin denetim yükümlülüğünü oluşturur. Mahkeme kararının ya da şerhe konu hakkın doğumunu sağlayan sözleşmenin içeriğine uygun şerh edilmemesinden devlet sorumlu olur<sup>27</sup>.

Kişisel hakların şerhine ilişkin tapu sicilinde meydana gelebilecek olan yolsuzluk hallerinin başında şerh talebine rağmen şerhin verilmemesi ya da şerhin terkin talebine rağmen terkin işleminin yapılmaması gelir. Şerhin yolsuz olması ise şerh anlaşmasının ya da şerh işlemi için gerekli olan yazılı talebin geçersizliğinden kaynaklanabilir. Devlet bahsi geçen bu durumlardan tapu görevlisinin hukuka aykırı fiili nedeni ile sorumlu olur. Kişisel hakkın bir nedenle sona ermesi halinde de tapu siciline işlenmiş olan şerh yolsuz hale gelir. Bu durum tapu görevlisinin re'sen dikkate alarak şerhin terkinini sağlayabileceği durumlar arasında yer almaz, bunun sonucunda da tapu sicilinin tutulmasından doğan bir zarardan bahsedilemez. Ancak tapu görevlisi, kişisel hakkın sona ermesi sebebi ile şerhin terkinini talep edilmiş olmasına rağmen terkin işlemini yerine getirmezse bu durumda TMK m. 1007 uygulanır. Terkin edilmesi talep edilen kişisel hak şerhinin terkin edilmemiş olması gibi terkin edilmesini gerektirecek bir sebebin olmamasına karşın şerhin terkininin gerçekleştirilmesi de devletin sorumluluğuna neden olur<sup>28</sup>.

Şerhin, kişisel haktan bağımsız sona erdiği şerh süresinin dolması durumunda tapu görevlisinin re'sen şerhin terkinini yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ya da henüz süresi dolmamış şerhin, re'sen terkin yetkisinin kötüye kullanımı ile sicilden silinmesi halinde devletin sorumluluğu söz konusu olur<sup>29</sup>.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhleri açısından ise şerh talebinden değil şerh verilmesine ilişkin mahkeme karardan bahsetmek mümkün olur. Bu durumda tasarruf kısıtlanması sonucunu doğuracak şerhin tapu siciline işlenmesine ilişkin bir kararın varlığı karşısında kararın gereği tapu görevlisi tarafından yerine getirilmediğinde tapu sicili yolsuz hale gelir ve bundan doğan zararlardan devlet sorumlu olur. Ancak çekişmeli haklar şerhi açısından, bu şerhin tapu sicilinde işlem yapılmasını engellediği kabul edildiğinde, haksız mahkeme kararı nedeni ile verilen şerh dolayısı ile zararın meydana gelmesi devletin sorumluluğu kapsamında tazmin edilemeyeceği

<sup>27</sup> CANSSEL, s. 37; SAPANOĞLU, s. 116; PEKMEZ, s. 88; DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 199 vd.; Tapu kütüğüne yapılacak kişisel hakların şerhi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURBEY Kişisel Haklar; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.

<sup>28</sup> CANSSEL, s. 101-102; SİRMEN Tapu Sicili, s. 79. Kişisel şerhlerin terkinini hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURBEY Kişisel Haklar, s. 138 vd.

<sup>29</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 79-80. Kişisel hak şerhinin süresinin dolması nedeni ile etkisini yitirmesi hususunda bkz. SUNGURBEY Kişisel Haklar, s. 137.

kabul edilir<sup>30</sup>. Eğer çekişmeli haklar şerhinin tapu sicilini işlemlere kapatmadığı görüşü kabul edilir ise burada zararın meydana gelmesi ise mümkün olmayacağından devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmasına girilmesine gerek olmaz.

TMK m. 1010/2'de belirtilen iflas kararı, haciz ve konkordato için verilen sürelerin tapuya bildirilmemesi halinde tapu sicilinde oluşan hukuka aykırılık halinden devletin sorumlu olup olmaması noktasında doktrinde genel kanı sorumluluğun doğmayacağıdır. Diğer bir ifade ile genel olarak kabul edilen görüş, tapu görevlisinin burada re'sen hareket edemeyeceği için devletin sorumluluğunun da doğmayacağı yönündedir<sup>31</sup>. Ancak burada mahkemece verilen iflas kararı, haciz veya konkordato için verilen sürelerin tapuya bildirilmesi de devletin sorumluluğu içindedir. Burada tapu görevlisinin hukuka aykırı bir fiili ya da kaçınması bulunmadığı açıktır ancak tapu sicilinin tutulması için gerekli bildirim yapılmamış olması devletin sorumluluğunu gerektirir.

Geçici tescil şerhinin verilmesi, ilgililerinin rızası ya da mahkeme kararı ile mümkündür. İlgililerin rızası ile talep edilmesi ya da mahkeme kararının bildirilmesine rağmen şerh verilmemesi halinde tapu sicili yolsuz hale gelir ve devlet bundan sorumlu tutulur. Ancak sadece aynı hak iddiasında bulunan kişinin talebi üzerine şerh verilmesi de hukuka aykırılık yaratır. Zira aynı hak iddiasında bulunanın talebinin yanında ilgililerin rızası ya da mahkeme kararının varlığı da aranmaktadır. Mahkemenin geçici tescil şerhi kararı verilmiş ise tapu görevlisi bu karara uygun olarak şerh vermekle yükümlüdür. Aynı hak iddiasına ilişkin geçici tescil şerhi verilmiş ancak bu şerh mahkeme kararına ya da şerh lehtarının rızası olmaksızın terkin edilmiş ise yine devletin TMK m. 1007 kapsamında sorumlu tutulması söz konusu olur. Mahkeme kararında verilen süre sona ermiş olmasına ya da talepte bulunulmuş olmasına rağmen terkinin gerçekleştirilmemesi de aynı sonucu doğurur. Tasarruf yetkisinin ispatına yarayan belgelerin eksikliği halinde de talep ya da mahkeme kararı olmaksızın şerh verilmesi hukuka aykırılık sonucunu ve devletin sorumluluğunu doğurur. Tasarruf yetkisinin ispatına yarayan belgelerin eksikliği nedeni ile geçici tescil şerhi verilmişse, belgelerin tamamlanması üzerine kesin tescil yapılmaması ya da belgelerin tamamlanması için verilen sürede belgelerin tamamlanmaması nedeni ile şerhin terkininin yapılması tapu görevlisinin re'sen gerçekleştireceği işlemlerdir. Bunların yapılmaması devletin sorumluluğuna neden olur<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> CANSSEL, s. 17 vd.; SİRMEN Tapu Sicili, s. 80; PEKMEZ, s. 89. Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler için ayrıca bkz. AYBAY, s. 6-7; KURT, s. 53 vd.. Aile Hukuku açısından ise bkz. GÜMÜŞ, s. 72 vd.

<sup>31</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 80; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 455; KURT, s. 56.

<sup>32</sup> SUNGURBEY Kişisel Haklar, s. 56; AYBAY, s. 22 vd.; SİRMEN Tapu Sicili, s. 81; PEKMEZ, s. 89-90; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 186.



## **h. Beyanlar**

Tapu Sicili Tüzüğü'nün ilgili hükümleri uyarınca beyanlar kısmına yer alabilecek hususlar arasında, taşınmazın eklentileri (TST m. 53), TMK uyarınca artık kurlamayacak olan aynı haklar (TST m. 54), vesayet kararı (TST m. 55) ve zanaatkar veya yüklenicilerin işe başlama tarihleri, taşınmazlar arasında mevcut olan ekonomik ilişki, taşınmaz sayfasının kapatılması halinde kapatma nedeni (TST m. 67), tapu siciline işlem yapılması isteminin reddi halinde bu isteme ilişkin ret kararı (TST m. 26) gibi kanunlarda sayılanlar yer alır<sup>33</sup>. Tapu sicilinde yer alan diğer unsurlarda olduğu gibi beyanlar açısından da tapu görevlisinin talep edilmesi karşın beyanın tapu siciline işlememesi ya da talep olmadan terkin etmesi hukuka aykırı fiil olarak kabul edilir. Benzer şekilde talep olmadan beyanlar bölümünde işlem yapılması ya da talep olmasına rağmen beyanlar kısmında yer alan hususun terkin edilmemiş olmaması da aynı sonuca neden olur.

## **i. Fer'i Siciller**

Fer'i siciller tapu sicilinin açıklığı ilkesi kapsamında yer almaz<sup>34</sup>. Diğer bir ifade ile fer'i siciller aleni değildir. Bu nedenle fer'i sicillerde oluşan yolsuzluk ya da yanlışlık kural olarak zarara neden olmaz<sup>35</sup>. Fer'i sicilin tek başına yolsuz olması zararın doğması sonucu yaratmasa da fer'i sicillerdeki kayıtların asli sicillere yapılacak kayıtlara esas teşkil ediyor olduğu da gözden kaçırılmalıdır. Fer'i sicile yanlış işlenen bir kayıt asli sicilinde yanlış tutulmasını ve yolsuz olmasını sağlar. Bu bakımdan fer'i sicildeki yanlış kayıtlar zarara doğrudan sebep olmamakla beraber, asli sicilin yanlış tutulmasına neden olur ve bir bakıma dolaylı olarak zarara neden olur. TMK m. 1007 kapsamında zarar asli sicilin tutulmasından doğmakta olsa da fer'i sicilin tutulmasındaki yanlışlık, tapu görevlisinin kusurunun tespiti açısından belirleyici bir role sahip hale gelir.

<sup>33</sup> Y. 20. HD. E. 2015/2565, K. 2015/897, T. 24.02.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016. Beyan kısmına işlenecek diğer hususlar için bkz. SİRMEN Tapu Sicili s. 47 vd. ; PEKMEZ, s. 90 vd..

<sup>34</sup> Resmi ölçüm işleri, taşınmazların yanlış değerlendirilmesi işlemlerinin tapu sicilinin tutulması işlemleri arasında yer almadığı ve devletin bunlardan doğan zararlardan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık kadaströ tespit ve tutanaklarının tapu siciline işlenmesinde yanlışlık meydana gelmesi halinde tapu sicilinin tutulması işlemi halini alacağından burada devletin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olacaktır; SİRMEN Eşya, s. 147; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 330; EREN/BAŞPINAR, s. 252; NOMER/ERGÜNE, s. 101. Ayrıca bkz. AİHM, Gürtaş Yapı Ticaret ve Pazarlama A.Ş./Türkiye, Başvuru no. 40896/05, 07.07.2015.

<sup>35</sup> ÜNAL/BAŞPINAR, s. 330; EREN/BAŞPINAR, s. 251.

## j. Resmi Belgeler ve Özellikle Sahte Vekaletname ya da Mirasçılık Belgesinin Varlığı

Asli siciller arasında sayılan resmi belgeler, tapu siciline yapılan işlemlerin dayanağını oluşturur. Taşınmazlar üzerinde aynı hak tesisi ihtiva eden sözleşmeler resmi şekle bağlı olup bu sözleşmelerin tapu görevlisi tarafından düzenlenmesi gerekir. Bu sözleşmelerin düzenlenmesi, her ne kadar tapu görevlisinin görev alanında sayılmış olsa da tapu sicilinin tutulması kapsamında değildir. Tapu görevlisinin sözleşme düzenleme yetkisi, onun noter olarak gerçekleştirdiği bir işlem olduğun bu sözleşmede yapılan yanlış TMK m. 1007 anlamında devletin sorumluluğunu doğurmaz. Ancak hatalı sözleşme sebebi ile tapu sicilinde yapılan işlem sonucunda oluşacak yolsuzluktan doğan zarar devlet tarafından tazmin edilecektir<sup>36</sup>. Diğer bir ifade ile sözleşmede yapılan gerçek dışı düzenleme nedeniyle oluşacak zarar değil, bu yanlış düzenlenmiş sözleşme nedeni ile tapu sicilinin yolsuz hale gelmesinden doğan zarar devletin tazmin yükümlülüğü içerisinde yer alır.

Tapu siciline yapılacak işlemin dayandığı belge sahte vekaletname ya da sahte bir mirasçılık belgesi olduğu ihtimalinde devletin sorumlu olup olmayacağı hususunda farklı görüşlere rastlanmaktadır. Bir görüş, sahte vekaletname ya da mirasçılık belgesinin gerekli özenin gösterilmesine rağmen sahte olduğunun anlaşılabilmesi halinde devletin artık tapu siciline yapılacak işlemde doğan zarardan sorumlu olmayacağını ileri sürer<sup>37</sup>. Oysa tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlarda devletin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilir. Devletin sorumluluğunun kusursuz olması, tapu görevlisinin tapu sicilinde yapmış olduğu işlemin dayanaklarını gerekli ölçüde incelemiş olup olmamasının devleti sorumluluktan ve dolayısıyla zararı tazminden kurtaramayacağı anlamını taşır.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, tapu görevlisinin, sahte vekaletname ya da mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan talebi tapu siciline işlemeden önce gereken araştırmayı yapmasına karşın belgenin sahteliğini anlayamamış olsa da yapılan işleme güvenerek hak elde edilmesi durumunda gerçek hak sahibinin devletin sorumluluğuna başvurması mümkündür<sup>38</sup>. Zira sahte vekaletname ile yapılan işlem sonucunda TMK m. 1023 hükmünün unsurları bulunmadığından iyiniyet ile

<sup>36</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 52; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 473; ESENER/GÜVEN, s. 116-117; SİRMEN Eşya, s. 148; SAPANOĞLU, s. 152 vd.. Ayrıca bkz. Y. 4. HD. E. 2010/12873, K. 2010/12062, T. 25.11.2010; Y. 20. HD., E. 2015/11315, K. 20166/177, T. 12.01.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

<sup>37</sup> REİSOĞLU, s. 229; SAPANOĞLU, s. 153; PEKMEZ, s. 113; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 330-331; AYAN, s. 229, dpn. 184; ŞENGÜL, s. 527; EREN/BAŞPINAR, s. 253, dpn. 74; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 148, N. 651.

<sup>38</sup> TANDOĞAN, s.100; CANSEL,, s. 4; ESENER/GÜVEN, s. 116; PEKMEZ, s. 111 vd.; SİRMEN Tapu Sicili, s. 63-64; EREN/BAŞPINAR, s. 253; SİRMEN Eşya, s. 148; YAKUPPUR, s. 57.

hak kazanılması söz konusu olmayacak olsa da tapuda bir yolsuz işlem gerçekleştirilmiş olacaktır. İyiniyetli üçüncü bir kişinin bu yolsuz kayda güvenmesi ise TMK m. 1023'ün kapsamında yer alacağından bu kişinin hak kazanımı ile gerçek hak sahibinin zararı ortaya çıkar. Üstelik bu durum tapu görevlisinin hukuki sebepten yoksun bir tescil yapmış olması anlamına gelir ki bu da yolsuz tescil olur<sup>39</sup>. Buradaki zararın da devletten istenmesine imkan verilmesi gerekir.

Benzer bir durum sahte mirasçılık belgesi ile hak sahibi olduğunu iddia eden kimsenin talebi üzerine tapu siciline işlenecek kayda güvenen üçüncü kişinin iyiniyetinin TMK m. 1023 uyarınca korunması ile ortaya çıkan zararın tazmininde karşımıza çıkar. Bu olasılıkta da devletin bu zarardan sorumlu olması gerekir<sup>40</sup>.

### **k. Asli Sicillerin Tutulması Kapsamında Diğer İşlemler**

Tapu görevlisinin yukarıda bahsedilen işlemler dışında yetkili ve görevli olduğu işlemlerin başında tapu sicilinin ilgililer tarafından incelenmesi ve ilgiliye tapu sicil örneği verilmesi gelir. Bu iki işlem, tapu sicilinin aleniyeti ilkesinin doğal sonucudur. Tapu görevlisi, tapu sicilini incelemek isteyen herkese değil, o taşınmaza ait tapu sicilini incelemede menfaati olan ilgililere inceleme imkanı vermekle yükümlüdür. Tapu görevlisinin, tapu sicilini incelemek üzere başvuran kimsenin o sicili inceleme konusunda ilgili olduğunu tespit ve incelemeye izin verme yükümlülüğü, tapu sicilinin tutulması içerisinde yer alır. Ancak tapu sicilinin gerçekte ilgili sıfatını haiz olmayan kimseye inceletilmiş olması başlı başına bir zarara neden olmaz. Devletin burada sorumluluğunun doğması, ilgili olmayan kimsenin tapu sicilini incelemesinden sonra ve bu inceleme nedeni ile tapu sicilinin yolsuz hale gelmesini sağlamasına bağlıdır. Bu nedenle tapu görevlisinin bu görevini gereği gibi yerine getirmemiş olması, onun kusurlu olduğu anlamını taşır<sup>41</sup>.

Tapu sicilinden örnek verme görevinin yerine getirilmesinde ise tapu görevlisinin ilgili olmayan kimseye örnek vermesi ve bu örnek nedeni ile o kimsenin tapunun yolsuz hale gelmesine neden olması halinde sorumluluk söz konusu olabilir. Bunun

<sup>39</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 64; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 209; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 279; SAPANOĞLU, s. 153; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 163; YAKUPPUR, s. 56.

<sup>40</sup> Yargıtay'ın 20.01.1960 tarih ve 4/1-3 sayılı HGK kararında, TMK m. 917 hükmünde yer alan sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu, bu nedenle sahte veraset belgesine dayanılarak yapılan tescil işleminde, tapu görevlisinin gerekli araştırmayı yapmış olmasının devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını kabul etmiştir. Karar için bkz. ŞENER, s. 573-574. Ayrıca bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 209; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 452; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 279; PEKMEZ, s. 121 vd.; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 103, N. 483 ve N. 484; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 333; YAKUPPUR, s. 63; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 149, N. 652.

<sup>41</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 54; PEKMEZ, s. 108; ŞENGÜL, s. 536 vd..

dışında tapu sicilinden örnek verilmesi de tapu sicilinin tutulması faaliyeti olduğundan yanlış örnekler de devletin sorumluluğuna yol açar<sup>42</sup>.

İpotekli borç senedi ve irat senedi düzenlenmesi, tapu sicilinin tutulması faaliyetleri kapsamında yer aldığından bu senetlerin düzenlenmesi esnasında meydana gelecek yolsuz kayıtlar da devletin sorumlu olması sonucunu doğurur<sup>43</sup>.

Tapu sicilinde ilgilinin haberi olmaksızın yapılması gereken bir işlem olduğunda TMK uyarınca tapu görevlisi ilgiliye bildirim yapma yükümlülüğü altındadır ve bu işlem de tapu sicilinin tutulması kapsamında yer alır. Ancak bu bildirim yapılmamış olması başı başına bir yolsuz sicil sonucu doğurmadığından devletin bildirim yapılmamasından sorumlu olması da mümkün değildir. Devletin sorumluluğu bu bildirim yapılmaması sonucunda tapu sicilinde ilgilinin haberi olmaksızın yapılan yolsuz işlemde kaynaklanır. İlgiliye bildirim yapılmaması nedeni ile devlet zararın tazmininden sonra tapu görevlisine rücu eder ve bildirim yapılmamış olması tapu görevlisinin kusurlu olduğu gösterir<sup>44</sup>.

## 2. Tapu Sicilinin Tutulmasında Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılığın varlığından bahsedilebilmesi için, tapu sicilinin tutulması noktasında, zarar gören kimsenin menfaatinin korunmasını amaçlayan bir hukuk normunun ihlal edilmiş olması gerekir<sup>45</sup>. Tapu sicilinin tutulmasında hukuka aykırılık, tapu siciline yapılmaması gereken bir kaydın yapılması ya da yapılması gereken bir kaydın yapılmaması olarak karşımıza çıkar. Bu hak sahibi olmayan bir kişinin hak sahibi gösterilmesi gibi hukuka aykırı bir durum yaratılabileceği gibi, sahip olunan hakkın tapu siciline işlenmemesi de hukuka aykırı bir durum olur.

Tapu görevlisinin tapu sicilinde bir yolsuzluğa neden olması ve devletin bu nedenle ortaya çıkan zarardan sorumlu olması için, tapu görevlisinin mutlaka kusurunun olması gerekmez. TMK m. 1007 hükmü ve bu hüküm ile koruma altına alınan menfaat göz önüne alındığında, tapu görevlisinin kusuru olmasa da dahi tapu sicilinin tutulmasında yapılan yanlışlık ve bu yanlışlıktan doğan zarar yeterlidir. Bu nedenle burada objektif hukuka aykırılık durumunun gerçekleşmiş olmasının yeterli olduğu, sübjektif olarak tapu görevlisinin kusurunun bulunmaması gerek olmadığı kabul edilmektedir. Zira tapu görevlisinin kusurunun varlığı, devletin tazmin etmiş olduğu zararı ilgili görevliye rücu etmesi noktasında önem taşır<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 54; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 456; PEKMEZ, s. 107-108; ŞENGÜL, s. 531 vd.; AYAN, s. 228.

<sup>43</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 55; PEKMEZ, s. 109.

<sup>44</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 55; PEKMEZ, s. 105-106.

<sup>45</sup> ÜNAL/BAŞPINAR; s. 332-333; EREN/BAŞPINAR, s. 254; ESENER/GÜVEN, s. 114; PEKMEZ, s. 65.

<sup>46</sup> Bu görüş farklılığının önem kazandığı nokta, tapuda gerçekleştirilecek işleme dayanak olan belgenin sahte olması ihtimalinde kendini gösterir. Sübjektif hukuka aykırılığın kabul edilme-

### 3. Zarar

Zarar, tapu sicilinin tutulmasından dolayı devletin sorumlu olması için aranan şartlar arasında yer almaktadır. Devletin sorumluluğu açısından aranan zarar türü maddi zarardır<sup>47</sup>. Diğer bir ifade ile devlet, tapu sicilinin yolsuz tutulmuş olmasından doğan maddi zararları tazmin ile yükümlüdür. Tapu sicilin gerçeğe uygun tutulmasından doğacak maddi zarar, kişinin mevcut hakkının tescil edilmemesi sonucunda uğrayacağı aynı hak kaybı şeklinde olabileceği gibi ipotek hakkı gibi alacağı güvence altına alan bir hakkın tescil edilmemiş olması sonucunda alacağını elde edememe şeklinde de gerçekleşebilir. Bunun yanı sıra gerçekte var olmayan bir aynı hakkın tapu siciline tescil edilmesi ile taşınmazın değerinde oluşacak değer kaybı da TMK m. 1007 kapsamında tazmin edilecek maddi zararlardan biri olarak sayılabilir<sup>48</sup>. Üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmadığı hallerde yapılan sözleşme ve tapu işlemleri masrafları da devletin sorumluluğu içinde yer alan fiili zarar olarak kabul edilmektedir.

Devlet sadece hak sahibinin uğradığı fiili zararlardan değil aynı zamanda mahrum kaldığı kardan da sorumludur. Hak sahibinin taşınmazını yüksek bir bedele satmasına engel ve gerçek dışı bir tapu sicili kaydının olması ya da tapu sicilinde malik olarak gözükmeyişinden eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerinin kullanamaması gibi durumlar kar mahrumiyetine örnek verilebilir.

Devletin sorumlu olduğu zararın doğum anı, her zaman tapu sicilinin yanlış tutulmuş olduğu an ile bir olmaz. Zarar, tapu sicilinde yapılan yanlışlığın düzeltilmesi imkansız hale geldiği takdirde doğmuş olur<sup>49</sup>. Örneğin olağan zamanaşımı ile taşınmazın mülkiyetinin kazanılması için gereken süre içerisinde tapu sicilindeki yolsuzluğun giderilmesi sağlanabilir ise bu durumda olağan zamanaşımı duracak ve

---

si halinde sahte belgeye dayanılarak yapılan işlemde dolayı devleti sorumlu tutmak mümkün olamayacak iken, objektif hukuka aykırılık görüşünün kabul edildiği ihtimalde, devlet yapılan işlemin yolsuz olmasından dolayı sorumlu olacaktır, SİRMEN Tapu Sicili, s. 62 vd.; GÜRSOY/ EREN/CANSEL, s. 209; SİRMEN Eşya, s. 149; ŞENGÜL, s. 527; YAKUPPUR, s. 17, dpn. 54; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 95, N. 443.

<sup>47</sup> SİRMEN Eşya, s. 151; REİSOĞLU, s. 231; ESENER/GÜVEN, s. 115; ŞENGÜL, s. 528; PEKMEZ, s. 131; EREN/BAŞPINAR, s. 254; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 96, N. 450; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 333; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 144-145, N.644.

<sup>48</sup> SİRMEN Eşya, s. 151; ŞENGÜL, s. 528; PEKMEZ, s. 132; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 96, N. 449.

<sup>49</sup> SİRMEN Eşya, s. 151; REİSOĞLU, s. 231; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 452; ŞENGÜL, s. 529; PEKMEZ, s. 127 vd.; AYAN, s. 230-231; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 96, N. 448; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 144, N. 644. Tapu sicilinin düzeltilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. KURT, s. 79 vd. Y. 20. HD., E. 2015/2591, K. 2016/5289, T. 10.05.2016 numara ve tarihli kararında davacının tapu sicilinin tutulmasından dolayı zarara uğradığı gerekçesi ile açmış olduğu tazminat davasında, zararın, bu dava kapsamında verilen hüküm tarihinden sonra mahkeme kararı ile gerçekleşmiş olduğunu bu nedenle davanın reddinin uygun olduğu belirtilmiştir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

iyiniyetli kimse hak sahibi olmadı gibi kaybedilen bir haktan, dolayısıyla zarardan da bahsedilemeyecektir. Bunun sonucu olarak devletin tapu sicilinde var olan her yolsuz kayıttan değil, düzeltilme imkanı ortadan kalkmış yolsuz kayıtlardan sorumlu olur. Zira zararın olmadığı yerde tazminat da söz konusu olmaz. Tapu sicilinin yolsuz olduğunun fark edilmesinden hak kaybının oluşması anına kadar tapu sicilinin düzeltilmesi mümkün olup bu imkan var oldukça zarar doğmaz.

Zararın doğduğu an açısından tartışılan bir konu da zararın gerçekleşmiş olduğundan bahsedilebilmesi için mutlaka bir kesinleşmiş bir kararın varlığının aranıp aranmamasıdır. Özellikle olağan zamanaşımı ile hak kazanımı konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre on yıllık zamanaşımı süresinin sona ermiş olmasının ardından tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılarak zamanaşımından faydalanan kişinin iyiniyetli olmadığı ispat etmek gerekmez. Zira bu durumda açılacak davada zamanaşımından faydalanan kimsenin iyiniyetli olup olmadığı ispat edilmesi zor olacak, açılacak dava nedeni ile birçok masraf ortaya çıkacaktır. Bu nedenle on yıllık zamanaşımının dolması ile beraber zararın doğduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Karşı görüş ise olağan zamanaşımından yararlanan kişinin iyiniyetli olup olmadığına tespitinin ancak mahkeme kararı ile gerçekleştirilebileceğini, kişinin iyiniyetli olmadığına tespit edilmesi halinde zarar doğmayacağından tazminat davasının açılmasına da yer olmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüş uyarınca, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının açılması, olağan zamanaşımından faydalanan kimsenin iyiniyetli olduğunun ve dolayısı ile hak kaybının gerçekleştiğinin delili olur. Bu sayede hak kaybına uğramış olan kimse, uğramış olduğu zararın tazmini için devletin sorumluluğuna gidebilir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasından doğacak masrafların hakkaniyete aykırı olduğunun ileri sürülmesine savına da bu masrafların da hak kaybından doğan zarar gibi devletin sorumluluğu kapsamında olduğunu ve devletten TMK m. 1007 kapsamında talep edilebileceği belirtilmektedir<sup>50</sup>.

Olağanüstü zamanaşımı ile hak kazanılmasında bilindiğini üzere, zamanaşımından faydalanan kimsenin açacağı tescil davasında, zamanaşımı ile kazanımın şartlarının gerçekleşmediği itirazı için üç aylık itiraz süresi öngörülmüştür. Devletin olağanüstü zamanaşımı nedeni ile uğranılan zarardan sorumlu tutulabilmesi için bu itirazın reddedildiğinin kesinleşmiş olması genel olarak yeterli görülmektedir<sup>51</sup>.

Haciz ya da ipotek hakkı ile ilgili tapu sicilinde meydana gelen yanlışlık dolayısı

<sup>50</sup> OLGAÇ, Senai/KARAHASAN, Mustafa R., Gayrimenkullerin Zilyelik Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul 1956, s. 113 vd.; SİRMEN Tapu Sicili, s. 88; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 211; SİRMEN Eşya, s. 151; KURT, s. 148 vd. ; PEKMEZ, s. 124-125; YAĞCIOĞLU, Burcu, Kazandırıcı Zamanaşımı, Ankara 2014, s. 68-69.

<sup>51</sup> OKTAY, Saibe, Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990, s. 136-137; OLGAÇ/KARAHASAN, s. 98 vd.; SİRMEN Tapu Sicili, s. 88-89; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 539-540; SİRMEN Eşya, s. 151; PEKMEZ, s. 125; YAĞCIOĞLU, s. 141 vd..

ile zarardan bahsedilebilmesi için ise söz konusu haciz ya da ipotek hakkının koruma altına aldığı alacağın elde edilemez hale gelmiş olması aranır. Diğer bir ifade ile haciz ya da ipotek ile güvence altına alınmış olan alacak bir başka yolla elde edilebiliyor ise bu haciz şerhinin ya da ipotek hakkının tescilinin tapu siciline işlenmemiş ya da terkin edilmiş olması nedeni ile bir zararın doğmuş olduğundan bahsedilemez. Bu nedenle haciz ve ipotek hakkının söz konusu olduğu durumlarda, tapu sicilindeki yolsuzluğun alacaklının tatmin edilmesini imkansız hale getirmiş olması zararın doğması anlamına gelir<sup>52</sup>.

#### **4. Tapu Sicilinin Hukuka Aykırı Tutulması ile Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı Olması**

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın devlet tarafından tazmin edilebilmesi için, meydana gelen zarar ile tapu sicilinin tutulması arasında nedensellik bağıının olması, yani tapu sicilinin tutulmasında meydana gelen yolsuzluk ile tazmini istenen zarar arasında bir neden-sonuç ilişkisinin olması aranır.

Tapu sicilindeki yolsuzluk nedeni ile zarara uğramayan kimsenin TMK m. 1007 uyarınca devlete başvurması mümkün değildir. Zarar tapu sicilinin tutulmasından değil de başka bir işlemde kaynaklanıyor ise bu işlemi geçersizliğine neden olan kişi zarardan sorumlu olur<sup>53</sup>. Bu durumun en sık karşılaşılan örneği, sahte vekaletname ile başkası ait taşınmazın üçüncü kişiye satılması, gerçek hak sahibinin ise tapu sicilinin düzeltilmesi yolu ile taşınmazını geri alması halidir. Burada tapu siciline yanlış yolsuzluk tapu sicilinin tutulmasından değil sahte vekaletnameden kaynaklanır. Bu nedenle bu vekaletnameye güvenerek taşınmaz üzerinde hak iktisap ettiğini düşünen kimsenin zararı devletin tazmin sorumluluğu kapsamında değildir. Bu kişi sahte vekaletname hazırlayarak işlem yapan kişiden zararının tazminini talep edebilir. Gerçek hak sahibi açısından ise zarar şartının incelenmesi esnasında belirtmiş olduğumuz üzere zararın ortaya çıkmasının önlenebildiği durumlarda devletin sorumluluğuna gidilemez. Gerçek hak sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi yoluna gidmeden taşınmaz bir başka üçüncü kişiye devredilmiş ve bu kişinin tapu sicilindeki yolsuz kayıttan haberdar olması beklenemez olsaydı bu ihtimal gerçek hak sahibinin zararı doğmuş, devlet de TMK m. 1007 kapsamında zararın tazmini ile yükümlü olmuş olurdu.

Tapu sicilinin tutulması ile zarar arasındaki neden-sonuç ilişkisi önceleri dolaylı-dolaysız nedensellik ile belirlenmiş idi. Bu bakış açısı, tapu sicilinin tutulmasından doğan zararda devletin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için mutlaka tapu sicilinin tutulması ile zarar arasında doğrudan bir bağ olmasını arar. Eğer tapu sicilinin

<sup>52</sup> CANSEL, s. 60 vd.; SİRMEN Eşya, s. 152; PEKMEZ, s. 129.

<sup>53</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 93; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 334; SİRMEN Eşya, s. 152; PEKMEZ, s.139; EREN/BAŞPINAR, s. 254; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 149, N. 651-652.

tutulması ile zarar arasında başka bir olgu varsa ve bu olgu da zararın oluşmasında etkili olmuş ise devletin zarardan sorumlu tutulamayacağı ileri sürülür<sup>54</sup>.

Günümüz TMK m. 1007 uygulamasında aranan nedensellik bağı uygun nedenselliktir. Uygun nedensellik, hayatın olağan akışı içerisinde bir fiilin bir sonucu meydana getirmeye elverişli halini ifade eder<sup>55</sup>. Başka etkenlerin olmasına karşın tapu sicilinin tutulmasındaki yolsuzluk, zararın meydana gelmesi için elverişli ise zarar ile tapu sicilinin tutulması arasında nedensellik bağının var olduğu kabul edilir. Bunun sonucu olarak da devlet meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğü altındadır.

Uygun nedensellik bağının varlığına rağmen devletin sorumluluğunun gerçekleşmeme ihtimali de yok değildir. Zira her sorumluluk halinde olduğu gibi TMK m. 1007 açısından da nedensellik bağı kesen durumlar söz konusu olabilir. Zarar görenin kusuru, tapu sicilinin tutulmasındaki yolsuzluk ile zarar arasındaki neden sonuç ilişkisini kesecek derecede yoğun olduğunda devletin zararı tazmin yükümlülüğü sona erer. Diğer bir ifade ile zararının tazmini talebinde bulunan kişinin ağır kusuru, tapu sicilinin tutulması ile zarar arasındaki nedensellik bağı kopardığı takdirde ortaya çıkan zarar, tapu sicilinin tutulmasından değil, zarar görenin kusurundan doğmuş olur<sup>56</sup>.

Üçüncü kişinin kusuru ise bir görüşe göre tapu sicilinin tutulması ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağının kesilmesine yetecek oranda ağır olamayacağı kabul edilir<sup>57</sup>. Diğer görüş ise, üçüncü kişinin ağır kusurunun, ispatlanması halinde tapu görevlisinin fiili ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağının kesilmesine neden olabileceğini ileri sürer<sup>58</sup>. Tapu sicilinin yolsuz hale gelmesinde üçüncü kişinin kusurunun varlığı halinde üçüncü kişi ile devlet arasında TBK m. 61 uyarınca müteselsil sorumluluk söz konusu olur.

<sup>54</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 93; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 334; PEKMEZ, s. 140; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 149, N. 653.

<sup>55</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 94; PEKMEZ, s. 139.

<sup>56</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 95; REİSOĞLU, s. 232; SİRMEN Eşya, s. 154; PEKMEZ, s. 140-141; AYAN, s. 231; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 98, N. 457; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 149, N. 653. Y. 4. HD. E. 2003/11671, K. 2003/12796, t. 05.11.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

<sup>57</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 95; REİSOĞLU, s. 229-230.

<sup>58</sup> AYAN, s. 231; PEKMEZ, s. 143. PEKMEZ, üçüncü kişinin kusurunun uygun nedensellik bağı kesemeyeceği görüşünün temelinde risk ilkesinin ya da tehlike sorumluluğunun kabul edilmesinin yattığını belirtmektedir. Üçüncü kişinin fiilinin istisnai durumlarda da olsa tapu sicilinin tutulması fiilini arka plana atabileceğini ve bu hallerde devletin TMK m. 1007 uyarınca sorumluluğunun kalmayacağını kabul etmenin uygun olacağını belirtmektedir; ayrıca bkz. PEKMEZ, s. 144-145.



### C. Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararın Tazmininde Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın tazmini, devlet aleyhine açılacak tazminat davası ile sağlanır. Söz konusu zararın doğum nedeni özel hukuk ile kamu hukuku arasında bir yerde olduğundan görevli yargı yolunun, adli yargı mı idari yargı mı olduğu tartışılmıştır. 1974 yılında kadar, TMK m. 1007 (EMK m. 917) uyarınca açılacak tazminat davalarının adli yargının görev alanında olduğu kabul edilmiştir<sup>59</sup>. Uyuşmazlık Mahkemesinin 25.09.1974 tarihinde vermiş olduğu 1973/379 Esas ve 1974/1369 Karar No'lu kararı<sup>60</sup>, EMK m. 917 ile bir ilke saptaması yapıldığını, bu ilkenin Medeni Kanunda yer almasının buna ilişkin davaların adli yargıda görülmesi gerektiğini değil, tapu sicillerine verilen önemi gösterdiğini belirtmiştir. Kararda 657 sayılı Kanun'un 12. ve 13. maddelerinin Medeni Kanun'da belirtilenlerin farklı bir şekilde açıklaması olduğu, birbirlerini doğruladıkları kabul edilmiş; bir kamu hizmetinin yolunda yürümemesi veya kusurlu yürütülmesi nedeni ile çıkan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiği, bunun idare hukukunun ilke ve kurallarının gereği olduğu ileri sürülmüştür. Kararda yer verilen muhalefet şerhinde ise "*Bazı belli hallerde, Kamu hizmetinin özelliği ve gerekleri gözetilerek istisnâî nitelikte olmak üzere kabul edilen Medenî Kanununun 410, 819, 917, Ticaret Kanununun 27. ve İcra İflas Kanununun 6. maddeleri gibi, açık sorumluluk hükümleri ayrık olmak şartıyla kamu idare kurumlarının kamu hukuku alanında kalan faaliyetlerinden meydana ge-*

<sup>59</sup> Sirmen, Danıştay'ın 12. Dairesinin 07.12.1965 tarih, 1965/167 Esas No ve 1965/1389 Karar No'lu kararından alıntı yapmış; Danıştay'ın EMK m. 917 uyarınca açılacak davalarda adli yargının görevli olduğunu bu nedenle açılan davayı görev yönünden reddettiğini aktarmıştır, SİRME Tapu Sicili, s. 97 ve dpn. 1; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 210-211. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 11.04.2016 tarih, 2016/209 E. ve 2016/248 K. numaralı kararında da "...2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun "idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1. bendinde de; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları; idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları dava muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar, idari dava türleri olarak sayılmıştır. Davaya dosyasının incelenmesinden, davacıların satın aldığı ... nolu parselin tapu kaydındaki yüzölçümü ile gerçek yüzölçümünün farklı olması sebebiyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın yürütülecek yasal faizi ile birlikte tazmini ile, tapu kütüğünün düzeltilmesine karar verilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla tapu sicilinin tutulmasından doğan zarar nedeniyle Devletin özel hukuk ilkeleri gereğince sorumluluğunu düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesinin açık hükmü karşısında davanın çözümü adli yargının görevine girmektedir. Açıklanan nedenlerle davanın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu dolayısıyla, Kocaali 2. Idare Mahkemesinin başvurusunun kabulü ile, Gölcük 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 14.4.2009 gün ve E:2007/254, K:2009/152 sayılı görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir." ifadelerine yer verilmiştir. Benzer yönde Uyuşmazlık Mahkemesi HB. E. 2013/1539, K.2013/1711, T. 11.11.2013; Uyuşmazlık Mahkemesi HB. E. 2012/277, K. 2012/293, T. 24.12.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

<sup>60</sup> Kararın tam metni için bkz. RG. T. 29.12.1974, S. 15103.

*len sorumluluğu idare hukukunun sorumluluk teorileri uyarınca taayyün eder. Olayda, davanın hukukî dayanağı tapu sicillerinin tutulmasından doğan zarardan Devletin özel hukuk ilkeleri gereğince sorumluluğunu düzenleyen istisnai nitelikteki Medenî Kanununun 917. maddesi hükmü olduğuna göre dava adli yargı yoluna bağlı bulunduğu istemin reddi oyundadır.” ifadeleri yer almaktadır.*

Söz konusu karar sonrasında bir süre TMK m. 1007 (EMK m. 917) uyarınca açılan tazminat davaları idari yargıda görülmüş<sup>61</sup> olsa da günümüzde adli yargının görevli olduğu kabul edilmektedir. Danıştay'ın 14.09.2011 tarihli bir kararında da TMK m. 1007'de tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devletin sorumlu olduğu, bu sorumluluğun özel hukuk ilkeleri gereğinden kaynaklandığı bu nedenle de bu konuda açılacak tazminat davalarında adli yargı mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir<sup>62</sup>.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın tazminine ilişkin açılacak davada yetkili mahkeme açısından bakıldığında TMK m. 1007'deki açık düzenleme ile tapu sicilinin tutulduğu yer mahkemesi yetkilidir. EMK döneminde bu hükme yer verilmemiş olmakla beraber HUMK m. 21 hükmünün kıyasen uygulanması ile aynı sonuca ulaşılmaktaydı<sup>63</sup>. Görevli mahkeme ise 6100 sayılı HMK<sup>64</sup> m. 2 uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesidir.

<sup>61</sup> Sirmen, EMK m. 917'ye dayalı davaların idari olduğu ve bu nedenle Danıştay'da görülmelerinin sorumluluğu niteliğine uygun düştüğünün söylenilebilmesine rağmen, EMK m. 917 düzenlemesinin devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumlu olacağı ilkesini koyup düzenlemeyi genel kurallara bırakarak bir düzenleme olmadığını, aksine sorumluluğun şartlarını da belirleyen maddi bir hukuk normu olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğuna ilişkin davaların EMK m. 917'ye göre çözülmesi gerekir. Kusursuz sorumluluk hali olduğundan bu sorumluluk açısından hizmet kusurundan bahsedilmesi de doğru değildir. Ayrıca gerekli olduğunda BK m. 41 hükmünün kıyasen uygulanacağını da belirten Sirmen Uyuşmazlık Mahkemesinin kararının uygun olmadığını söylemektedir, Sirmen'in eleştirilerinin tamamı için bkz. SİRMEN Tapu Sicili, s. 98-99.

<sup>62</sup> Danıştay 6. D. E. 2009/13615, K. 2011/3170, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2016. Yargıtay HGK, T. 21.11.2012, E.2012/5-512, K. 2012/822'de "...davadaki isteğin belediye tarafından yapılan idari işlemin iptaline yönelik olmadığı, belediyenin imar işlemi yaparken özel mülkiyete konu olmayan mera parselini imar düzenlemesinde kişi adına tescil ettiğinden bahisle tazminat istendiği, bu şekilde açılan bir tazminat davasının adli yargıda görülmesi gerektiği oyçokluğu ile kabul edilmiş, görev konusu yargılamanın her aşamasında da gözetilebileceğinden yerel mahkemenin bu yöndeki direnme kararı usul ve yasaya aykırı görülerek bozulması gerekmiştir" kararına varmıştır, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2016. Aynı yönde; Yargıtay HGK, T. 16.06.2010, E. 2010/4-349, K. 2010/318; Yargıtay HGK, T. 18.11.2009, E. 2009/4-383, K. 2009/517; Yargıtay 4. HD. E. 2010/10142, K. 2010/10973, T. 28.10.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2016.

<sup>63</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 99-100; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 211; REİSOĞLU, s. 234; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 464; SİRMEN Eşya, s. 153; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 335; PEKMEZ, s. 163; AYAN, s. 233; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 106, N. 490; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 150, N. 655; NÖMER/ERGÜNE, s. 102.

<sup>64</sup> RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

## **D. Zamanaşımı**

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın tazminini talep etme hususunda uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından doktrinde görüş birliği bulunsa da Yargıtay'ın son yıllarda geliştirmiş olduğu içtihat, zamanaşımı konusundaki birliği sona erdirmiş gözükmektedir. Bu nedenle öncelikli olarak doktrinde hakim olan görüş ve bu görüş uyarınca zamanaşımının nasıl uygulanması gerektiğinden bahsedilecek, ardından Yargıtay'ın uygulaması ve buna ilişkin eleştirilere yer verilecektir.

### **1. Genel Olarak**

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zarar tazmin yükümlülüğüne ilişkin TMK m. 1007'de herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olduğundan genel hükümlere başvurulması gerekir. TBK m. 72 uyarınca tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Hüküm uyarınca tapu sicilinin tutulmasından dolayı zarara uğrayan kimse açısından zararın doğum anının yeterli olduğu kabul edilebilir. Zira zararın doğumu açısından tapu sicilinin düzeltilmesi isteminin sonuçsuz kalması ya da haciz şerhi ve ipoteğin yolsuz olarak terkininde zararın doğması için borçlunun aciz halinin belgelenmiş olması aranır<sup>65</sup>. Bu olguların gerçekleşmesi ve zararın doğması ile zararı öğrenme de bu ana denk gelir. Tazminat yükümlüsünü öğrenme ise TMK m. 1007 hükmünde açıkça devletin sorumlu olduğu düzenlemesi karşısında yine zararın doğduğu ana tekabül eder.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zarar için açılacak tazminat davasının uzun zamanaşımı süresi doğrudan TBK m.72 lafzı dikkate alınarak belirlenir ise tapu sicilinin yolsuz hale geldiği anın on yıllık süre için başlangıç olarak alınması gerekir. Ancak bu bakış açısı birçok olayda zararın tazminini zamanaşımı nedeniyle imkansız hale gelebilir. Bu nedenle uzun zamanaşımı açısından kabul edilmesi gereken başlangıç tarihi zararın doğduğu anın kesin olarak tespit edildiği tarih olmalıdır<sup>66</sup>.

### **2. Yargıtay Uygulaması**

Yargıtay'ın tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirdiği kararlarında zamanaşımı süresinin de haksız

<sup>65</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 104; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 461; SİRMEN Eşya, s. 155; PEKMEZ, s. 166-167; SAPANOĞLU, s. 243; EREN/BAŞPINAR, s. 254; NOMER/ERGÜNE, s. 102.

<sup>66</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 104; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 461; SİRMEN Eşya, s. 156.

fiil zamaşımı olarak uygulandığı görülür<sup>67</sup>. Ancak 2011 yılından itibaren Yargıtay, TMK m. 1007'de düzenlenen bu sorumluluğun haksız fiil kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönünde bir görüş değişikliğine gitmiştir. Bu görüş değişikliğinin sonucu olarak TMK m. 1007 hükmünden doğan davalar açısından, TBK m. 146'da düzenlenen genel zamaşımı süresinin burada uygulama alanı bulduğunu ileri sürülür<sup>68</sup>. Yargıtay'ın kararlarında açıkça ifade edilmemiş olsa da bu görüş değişikliğinin kaynağı, taşınmazlara ilişkin doğan zararın tazmini noktasında zarar göreni koruma amacı olduğu görülür. Zira haksız fiillere ilişkin zamaşımı sürelerine bakıldığında, zararın doğduğu ve öğrenildiği andan itibaren iki yıl içerisinde devlete karşı dava açılması gerekir. Oysa Yargıtay'ın bir süredir uyguladığı zamaşımı süresi on yıldır ve bu süre, doğal olarak zarar gören açısından daha elverişlidir<sup>69</sup>.

Yargıtay'ın zamaşımı noktasında takınmış olduğu tavır zarar gören açısından faydalı olsa da bu tavır, hukuki düzenlemeler içinde çelişkili bir durum yaratmaktadır<sup>70</sup>. Zira TBK m. 146'nın uygulanması, devletin TMK m. 1007 sorumluluğunun,

<sup>67</sup> Yargıtay 4. HD. E. 2010/572, K. 2010/5179, T. 29.04.2010; YHGK, E. 2011/13-3, K. 2011/198, T. 20.04.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

<sup>68</sup> Yargıtay 20. HD.'nin 16.05.2016 tarih, E. 2015/2696 ve K. 2016/5497 numaralı kararında ise haksız fiil zamaşımının değil, TBK m. 146'da düzenlenmiş alacak haklarına ilişkin zamaşımı süresinin uygulandığı görülmektedir: *"Dava, tapu kayıtlarının hükmen iptali nedeniyle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1007. maddesine göre açılan tazminat istemine ilişkindir. Dava, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 146. maddesine göre 10 yıllık yasal hak düşürücü süre içerisinde açılmıştır."*, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016. Benzer yönde bkz. Y. 5. HD., E. 2014/15353, K. 2014/24633, T. 03.11.2014; Y. 20. HD, E. 2015/2507, K. 201/4337, T. 12.04.2016; Y. 20. HD. T. 04.05.2016, E. 2015/2435, K. 2016/5077, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 31.08.2016.

<sup>69</sup> Yargıtay bu görüşünü, 1. HD, E. 2011/4662, K. 2011/8363, T. 15.07.2011 numaralı kararında *"Mülkiyetin yitirildiği iddiası ile açılan ve devletin sorumluluğunu gerektiren tazminat davalarında, hazinenin herhangi bir haksız fiiline ya da sebepsiz zenginleşme nedenine dayanılmamaktadır. Bu nedenle, B.K. 125 maddesinde ifadesini bulan genel zaman aşımının dava süresinin hesaplanmasında esas alınması gerekeceği ve davanın 10 yıllık zaman aşımı süresine tabi olacağı da kuşkusuzdur. Bu durumda, eldeki davanın da süresinde açılmış olduğu sonucuna varılmaktadır."* şeklinde ifade eder, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

<sup>70</sup> Dipnot 68'de değinilen kararda Yargıtay kusursuz TMK m. 1007 hükmünün kusursuz sorumluluk hali olduğunu ifade etmekle beraber bunun haksız fiil kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini söylemektedir: *"M.K.nun 1007 nci maddesi bu bağlamda yorumlandığında, tapu sicilinin tutulmasından ve bundan doğan zararlardan devletin sorumlu olacağı ilkesinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Yasanın bu açık hükmünün kaynak olduğu devletin sorumluluğu tapu sicilinin tutulması sırasında, sicil memurunun hukuka aykırı işlemi ile sonuç arasında nedensellik bağının varlığı gerekli ise de eylem yada işlemin kusura dayanması gerekmez. Zira devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Anılan ilke 27.3.1957 tarih ve 113 sayılı İnançları Birleştirme Kararı ile benimsenmiş, B.K.nun 55 nci maddesindeki sorumluluğun kusura dayanmadığı 22.6.1966 tarih 717 sayılı İnançları Birleştirme kararı ile de tekrarlanmıştır. Adam çalıştıran ( somut olayda devlet ) objektif özen eksikliğinin doğurduğu zarardan sorumludur. Çalışanın seçiminde, talimat vermede ve denetlenmesindeki eksiklik yada bozukluk nedeniyle çalışan çevre ve ilgililer için hakların kazanılması ve kullanılması açısından özel bir tehlike oluşturur. Kusursuz sorumluluk, tapu siciline bağlı çıkarların ve aynı hakların yanlış tescil sonucu sicile güven ilkesi yönünden değişmesi ya da yitirilmesi bu haklar-*

haksız fiil sorumluluğu olmasını engeller. Haksız fiil sorumluluğu bir kenara bırakıldığında TMK m. 1007 hükmünün kendine özgü, haksız fiilden ayrı bir kusursuz sorumluluk hali ihtiva ettiğini ileri sürmek gerekir. Bu ise kanunda benzeri olmayan bir durumu kanun koyucunun iradesi dışında yaratmak anlamı taşır. Mevcut düzenlemeler dahilinde TMK m. 1007 hükmü bir kusursuz sorumluluk halini düzenliyorsa ki gerek maddenin lafından gerek amacından bu sonuca ulaşılması mümkündür, bu sorumluluk haksız fiil sorumluluğu olacağından, tabi olacağı zamanaşımı süresi de kuşkusuz TBK m. 72 hükmü olmalıdır. TMK m. 1007 hükmünün zararın tazmini noktasında devlet ile zarar gören arasında kurduğu ilişki kusursuz sorumluluk hali içeren ve haksız fiilden doğan bir ilişkidir. Üstelik aşağıda açıklanacağı üzere, Tapu Kanunu'nda yapılan ve devletin, kusurlu tapu memuruna rücu hakkını düzenleyen hüküm de bu sorumluluk halinin kanun koyucu tarafından kusursuz haksız fiil sorumluluğu hallerinden biri olarak kabul edildiğini gösterir. Zira ilgili madde tapu memuruna rücu hakkına ilişkin zamanaşımını düzenlerken TBK m. 73 hükmüne yollama yapar.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan devletin sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğu olmadığını ileri sürmek yanlış olur. Zira şu ana kadar yapılan açıklamalarda da görüleceği üzere, devletin sorumlu olduğunu kabul etmek için aranan tüm şartlar haksız fiil sorumluluğunun şartlarıdır. Haksız fiil sorumluluğu dışında kusursuz sorumluluk hali kanun düzenlemelerinde mevcut olmadığı gibi böyle bir sorumluluk türü yaratmaya gerek de yoktur. Zira devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda zararın doğduğunun kabul edilebilmesi için çoğu kez zarar gören aleyhine sonuçlanan bir dava aranmaktadır. Diğer bir ifade ile zarar görenin, tapu sicilinin düzeltilmesini sağlamanın imkansız hale gelmesi aranır. Bu da tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın, zararın doğduğu anda zarar gören tarafından öğrenildiği sonucunu doğurur. Bunlar göz önüne alındığında zarar görenin zamanaşımı açısından haksız fiil düzenlemeleri ötesinde bir korumaya çok da ihtiyaç duymayacağı çıkar. Bu nedenle Yargıtay'ın zamanaşımı olarak TBK m. 146 hükmünü uygulaması TMK m. 1007 hükmü açısından yanlıştır.

## **II. Devletin Tapu Görevlisine Rücu Hakkı**

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararı tazmin etmesi ile zarar gören tatmin edilir. Ancak bu andan sonra devlet bu zarara neden olan tapu görevlisine döner. Diğer bir ifade ile tapu sicilinin yanlış tutulmasından sorumlu olan tapu gö-

---

*dan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden devlet, aykırı kayıtlardan doğan zararları da ödemeyi taahhüt etmektedir. Dayanaksız ya da hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemek taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmak da aynı kapsamda düşünülmelidir.”, Y. 1. HD, E. 2011/4662, K. 2011/8363, T. 15.07.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.*

revlisi, devletin ödediği zarardan kusuru oranında sorumlu olur ve devlete ödemedede bulunur.

### A. Genel Olarak

Devletin başvuracağı tapu görevlisi bizzat sicilin yanlış tutulmasına sebep olan fiili gerçekleştiren tapu görevlisi olabileceği gibi onu denetlemek ile yükümü makamın görevlisi de olabilir<sup>71</sup>. Tapu görevlisinin tazminat yükümlülüğünün kaynağı, kusur sorumluluğudur. Diğer bir ifade ile devletin tapu görevlisine rücu edebilmesi için tapu sicilinin kusurlu olarak yanlış tutulmuş olması gerekir. Tapu sicilinde meydana gelen yolsuzlukta, tapu görevlisinin herhangi bir kusuru yoksa artık tapu görevlisine rücu hakkından bahsedilemez.

Daha önce de belirtildiği üzere, tapu görevlisinin kişisel kusurunun varlığı halinde TMK m. 1007 ve DMK m. 13 uygulanmaz ve bu durumda zararın tazmini doğrudan tapu görevlisinden istenir. Bu ihtimalde ise devletin tapu görevlisine rücu hakkından bahsedilemez. Ancak devlet, tapu görevlisinin kişisel kusurlu olduğu bu durumda onun yanında sorumlu olarak yer almakta ve tazminat miktarının kendisine düşen kısmının üzerinde bir ödeme yapmış ise bu durumda genel birlikte sorumluluk hükümleri kapsamında bir rücu söz konusu olur. Ancak buradaki rücu hakkı TMK m. 1007'den kaynaklanmaz, TBK m. 62 hükmünün uygulama alanında yer alır<sup>72</sup>.

Tapu görevlisinin, tapu sicilinin tutulmasından doğan zarara kusuru ile neden olduğuna ispat yükü ise devlettir. Tapu görevlisinin kusurlu olduğu devlet tarafından ispat edilemez ya da tapu görevlisi devletin kusur iddiasını çürütebilir ise tapu görevlisi aleyhine açılan bu davanın reddi söz konusu olur<sup>73</sup>.

Tapu görevlisine devletin rücu hakkını kullanarak açmış olduğu davanın sonuçsuz kalmasına neden olacak bir diğer durum ise devletin kendi aleyhine açılan tazminat davasını ilgili tapu görevlisine ihbar etmemiş olmasında karşımıza çıkabilir. Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın tazmini istemi ile devlet aleyhine açılan davada, devlet sorumluluğun şartlarının gerçekleşmediğini ispat açısından tapu görevlisinin davadan haberdar edilmesini istemelidir. Tapu görevlisi, devletin zararı tazmin etmesini sağlamak için açılan bu davada, zararın miktarının belirlenmesi gibi önemli hususlarda devlete yardımcı olabilir. Eğer tapu görevlisi devlet aleyhine aç-

<sup>71</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 106; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 212; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 462; SİRMEN Eşya, s. 157; PEKMEZ, s. 186.

<sup>72</sup> GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 211-212; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 280; PEKMEZ, s. 183; SAPANOĞLU, s. 248; ERTAŞ/SERDAR/GÜRPINAR, s. 105, N. 488; NOMER/ERGÜNE, s. 102; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 151, N. 656.

<sup>73</sup> PEKMEZ, s. 183; SAPANOĞLU, s. 249; EREN/BAŞPINAR, s. 255.

lan davanın kendisine ihbar edilmiş olması halinde kararda devlet lehine bir etkiye bulunabileceğini ispatlar ise bu durumda ispat ettiği ölçüde rücu imkanının önüne geçebilir<sup>74</sup>.

### **B. Rücu Hakkının Kapsamı**

Devletin ödemiş olduğu tazminat sonucu kullanacağı rücu hakkının kapsamına öncelikle zarar görene ödenen bedel girer. Tazminat miktarı, rücu kalemlerinin ilki olmakla beraber tek değildir. Onun yanı sıra dava giderleri de rücu hakkı kapsamında değerlendirilir. Zira tapu görevlisinin kusurlu fiili ile zarara neden olunmuş ise devletin üzerine bırakılan yargılama giderlerinin sebebi de tapu görevlisidir. Diğer bir ifade ile tapu görevlisinin kusurlu fiili, zarara sebebiyet verdiği gibi yargılama giderlerinin de sebebidir. Buna karşılık tapu görevlisinin kusurunun olmadığı durumlarda doğan zarar ve bu zararın tazmini için açılan davaya ilişkin yargılama giderleri devletin üzerinde kalır. Bu ihtimalde devlet yargılama giderleri için de rücu hakkını kullanamaz. Rücu kapsamında tapu görevlisinden vekalet ücreti de talep edilebilecektir.

Tazminat miktarına işleyecek olan faiz de tapu görevlisinin kusurlu olması durumunda devlet tarafından rücu edilebilecek kalemler arasında yer alır. Devletin rücu davasında talep edeceği faizin hangi andan itibaren işlemeye başlamış olduğunun tespiti gerekir. Haksız fiilden doğan zararlarda faiz, zararın doğum anından itibaren başlar. Bu nedenle devletin talep edeceği faiz de onun zarara uğradığı andan yani, tapu sicilinin tutulmasından doğan zararı tazmin ettiği andan itibaren işler<sup>75</sup>.

İlamın icrası ve bundan doğan masrafların rücu kapsamında talep edilebilir olması, ilamın kararın kesinleşmesinden önce icraya konulmasına bağlıdır. Kararın kesinleşmesi ile devletin tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunur. Bu nedenle kararın kesinleşmesine karşın devletin ifada bulunmaması ve bu nedenle ilamın icraya konulması tapu görevlisinin kusurundan kaynaklanmaz. Bu durumda zamanında ödeme yapmayan devlet ilamın icrasından ve bundan doğan masraflardan sorumlu olur. Ancak kararın kesinleşmesi beklenmeden ilamın icraya konması halinde yapılan masraflar, tapu görevlisine rücu kapsamında talep edilebilir<sup>76</sup>.

### **C. Rücu Davası**

Rücu davası, devletin kusurlu tapu görevlisine açtığı tazminat davası olduğundan, bu davada davacı taraf devlet, davalı taraf ise tapu görevlisidir. Tapu sicilinin gereği gibi tutulmamış olması birden fazla tapu görevlisinin kusurundan kaynaklan-

<sup>74</sup> SİRMEN Tapu Sicili, s. 107; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 281.

<sup>75</sup> ŞENER, s. 588; SİRMEN Tapu Sicili, s. 107; PEKMEZ, s. 189; SAPANOĞLU, s. 249.

<sup>76</sup> Devletin kararın kesinleşmiş olmasına rağmen ödemede bulunmamasının zararı arttırıcı davranış olduğu hususunda bkz. SİRMEN Tapu Sicili, s. 107; PEKMEZ, s. 188; SAPANOĞLU, s. 249.

dığı durumlarda, bu tapu görevlileri, müteselsil sorumlu olurlar. Açılacak dava bir alacağın talep edilmesini içerdiğinden, tapu görevlisinin davadan önce ya da dava sırasında hayatını kaybetmesi durumda dava, mirasçılara yöneltilir<sup>77</sup>.

Davada yetkili ve görevli mahkeme hususuna da kısaca değinmek gerekir. Devletin, tapu görevlisine açacağı dava, haksız fiilden doğan tazminat davası niteliğinde olduğundan TBK m. 49 vd. hükümleri açısından belirlenen yetkili ve görevli mahkemeler, bu rücu davasında yetki ve görev sahibi olacaklardır. HMK düzenlenmesine bakıldığında, görevli mahkeme açısından m. 2 uyarınca asliye hukuk mahkemeleri bu dava açısından görevli olacaktır.

Yetkili mahkeme açısından ise genel yetkili mahkeme ve özel yetkili mahkeme ayrımı yapmak gerekecektir. HMK'da genel yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme m. 6'da yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca davalının TMK kapsamında belirlenecek olan yerleşim yeri mahkemesi, dava açısından genel yetkili mahkemedir. HMK m. 16 ise haksız fiillerden doğan davalarda yetki başlığı altında haksız fiil sebebi ile açılan davalarda yetkili mahkemenin haksız fiilin işlendiği ya da zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğunu düzenlemektedir. Bu hüküm lafzına bakıldığında, özel yetkili mahkemelerde davanın açılmasının mümkün olmasının yanı sıra genel yetkili mahkemenin yetkisinin de devam etmekte olduğu görülür. Diğer bir ifade ile devlet, tapu görevlisine karşı açacağı rücu davasını isterse genel yetkili mahkemede isterse özel yetkili mahkemelerden birinde açabilir.

Tapu görevlisi aleyhine tapu sicilinin tutulmasında hukuka aykırı fiili nedeni ile ceza davası açılmış olabilir. Bu dava, devlet tarafından açılan tazminat davası açısından zarar verenin kusurlu olup olmadığı ve ayırt etme gücünü haiz olup olmadığı noktasında bağlayıcılık taşımaz. Diğer bir ifade ile TBK m. 74 hükmü, hukuk hakiminin, zarar verenin ayırt etme gücüne ve kusuruna ilişkin karara varırken ceza hakiminin hükmü ile bağlı olmadığını düzenler. Bu nedenle ceza hakimi tarafından tapu görevlisinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı ya da ağır kusurlu olduğu kararı verilmesi, hukuk hakiminin tazminat değerlendirmesini etkilemez.

Benzer şekilde ceza davasında verilecek beraat kararı da hukuk hakimini bağlayıcı özellik taşımaz. Zira ceza hukuku anlamında bir fiilin suç olarak nitelendirilmemiş olması onu özel hukuk anlamında hukuka aykırı fiil olmaktan çıkarmaz<sup>78</sup>. Bu sonuca

<sup>77</sup> PEKMEZ, s. 186. Ayrıca bkz. Y. 4. HD. E. 2002/14630, K. 2003/5901, T. 06.05.2003; Y. 4. HD. E. 2008/8835, K. 2009/4694, T. 31.03.2009; Y. 4. HD. E. 2009/4929, K. 2010/3231, T. 23.03.2010; Y. 1. HD. E. 2010/4471, K. 2010/5347, T. 06.05.2010; Y. 4. HD. E. 2016/3106, K. 20166/6011, T. 03.05.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

<sup>78</sup> Bu durum, ceza hukukunda dikkate alınan nedensellik bağı ile medeni hukukta dikkate alınan nedensellik bağının birbirinden farklı olmasından kaynaklanır; PEKMEZ, s. 188; ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul 2015, s. 517; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2016, s. 78, N. 232.



gerek beraat kararı, sanığın fiilinin suç teşkil etmemesinden gerekse suçun işlenmiş olduğuna dair yeterli kanıt bulunamamış olmasından kaynaklansın varılabilir<sup>79</sup>. Ancak beraat sebebi suç teşkil eden fiilin fail tarafından işlenmemiş olmasına dayandığı durumlarda, bu karar hukuk hakimi açısından bağlayıcıdır. Zira bu durumda tapu sicilinin yolsuz hale gelmesine neden olan kişi kendisine rücu için başvurulmuş tapu görevlisi değildir. Diğer bir ifade ile ceza davasında suç teşkil eden fiili işlemediği sabit bulunan tapu görevlisi, tapu sicilinin yanlış tutulmasına neden olan kimse olmadığından kendisinden zarar görene ödenen tazminat miktarı da istemez.

Ceza davasında tapu görevlisi hakkında mahkumiyet kararı verilmesi, rücu davası açısından fiili tapu görevlisinin işlediği noktada bağlayıcılık taşır. Ceza davası sonucunda verilen mahkumiyet kararı, hukuk davası açısından hukuka aykırı fiilin davalı tapu görevlisi tarafından gerçekleştirildiği sonucuna varılmasına neden olur. Bu durumda hukuk hakiminin davalı tapu görevlisinin haksız fiili işleyip işlemediği hususunda ayrıca inceleme yapmasına ihtiyaç duyulmaz. Buna karşın, hükmolunacak tazminat miktarının belirlenmesi için ceza davası için toplanan bilgi ve belgelere başvurulması mümkündür. Bahsi geçen durumların yanında hukuk hakiminin, ceza hakiminin kararını belirlemeden tazminat ve olayımız açısından rücu davası hakkında bir karara varması mümkündür. Başka bir anlatımla hukuk hakiminin, ceza davasının sonuçlanmasını beklemek gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>80</sup>.

#### **D. Rücuyla İlişkin Zamanaşımı**

Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararın devlet tarafından karşılanmasının ardından devletin kusurlu tapu memuruna açtığı tazminat davası zamanaşımına tabidir. Bu nedenle devlet, kusurlu memura rücu talebinde bulunup ödemiş olduğu tazminat miktarını kusuru oranında memurdan karşılamak istiyorsa bu zamanaşımı süresine uymalıdır. Zamanaşımı süresinin dolmuş olması dava açılmasına engel olmayacak olsa da bilindiği üzere zamanaşımı def'i ile karşılaşılmasına ihtimal verecektir. Devletin tapu sicilinin tutulmasına ilişkin sorumlulukta tapu memuruna rücu talebinin Borçlar Hukukundaki tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı süresine tabidir.

#### **1. EBK Döneminde Zamanaşımı Süresi**

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu zaman zarfında, rücu taleplerine ilişkin özel bir düzenleme olmadığından tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı

<sup>79</sup> TANDOĞAN, s. 353; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ATOP, s. 715 ANTALYA, s. 517; OĞUZMAN/ÖZ, s. 79-80, N. 240, yazarlar burada artık ceza dava zamanaşımının uygulanmamasını kabul eder; PEKMEZ, s. 185.

<sup>80</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.714; PEKMEZ, s. 186 ANTALYA, s. 518.

hükmünün rücu taleplerine de uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi<sup>81</sup>. BK m. 60 uyarınca, zarar görenin, zarar vereni ve fiili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararından doğumundan itibaren on yıl içerisinde tazminat talebinin zamanaşımına uğradığını düzenlemekteydi. Bu hüküm uyarınca; devletin kesinleşen mahkeme kararı üzerine hükmedilen tazminat miktarını ödemesinden ve zarara kusuru ile neden olan tapu memurunun kimliğinin tespit edilmesinden itibaren bir yıl, her halde de devletin tazminatı ödemesinden itibaren on yıl içinde rücu davasını açması gerekirdi<sup>82</sup>.

## 2. TBK Döneminde Zamanaşımı Süresi

TBK'nun yürürlüğe girmesi ile beraber tazminattan doğan rücu davalarına ilişkin ayrı bir zamanaşımı düzenlemesine de sahip olunmuştur. TBK m. 72<sup>83</sup>, tazminat davalarında zamanaşımı süresini düzenlerken TBK m. 73/1'de rücu isteminde zamanaşımı düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca; rücu istemi, tazminatın tamamının ödenmesi ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenildiği tarihten itibaren iki yılın, her halde tazminatın tamamının ödenmesinden itibaren on yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar.

TBK düzenlemesinin konumuza uygulanmasında, devletin tazminatı ödemesi ve kusurlu memurun kim olduğunu tespit etmesinden itibaren iki yıl, her halde tazminatı ödediği tarihten itibaren on yıl içerisinde rücu davasının zamanaşımına uğrayacağı sonucuna varılır<sup>84</sup>.

Ancak TBK m. 73 ile sadece rücu davalarına ilişkin zamanaşımı süresi belirlenmesi yapılmamış, aynı zamanda ikinci fıkra ile, tazminat ödemesi istenen kimsenin, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirme zorunluluğundan da bahsedilmiştir. Bu sorumluluğun yerine getirilmemiş olması, rücu davasına ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıcında değişiklik yaratmaktadır. TBK m. 73/2 hükmüne göre, tazminat ödemesi istenen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kimselere bildirme zorunluluğunu yerine getirmemiş ise, onlara karşı açacağı rücu davasına ilişkin zamanaşımı bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar. Bu başlangıç anı da doğal olarak tazminat miktarının ödendiği tarihten önce bir tarihtir. Bu hükmün amacı, birlikte sorumlu olan kimsenin tazminat talebinden haberdar olması ihtimalinde, davalı tarafın yanında davaya katılarak davanın sonucuna etkili olabilme ihtimalinin göz ardı edilmemesini sağlamaktır. Zira bu yolla davaya

<sup>81</sup> SAPANOĞLU, s. 249-250.

<sup>82</sup> ŞİRMEN, Tapu Sicili, s. 108; REİSOĞLU, s. 235; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya, s. 464.

<sup>83</sup> AYAN, TBK m. 73 düzenlemesinin varlığına rağmen rücu davalarında da TBK m. 72 hükmünün uygulanacağını ileri sürmektedir, AYAN s. 232.

<sup>84</sup> PEKMEZ, s. 192-193; ANTALYA, s. 503; NOMER/ERGÜNE, s. 102.

katılan diğer sorumlunun ileri süreceği deliller ile tazminat miktarı azalabilir hatta tazminata yer olmadığı kararı dahi elde edilebilir.

Araştırma konumuz bakımından bu kural, devletin tapu sicilinden doğan tazminat davası açıldığında, kusuru ile zarara sebep olan memura davayı ihbar etmesi zorunluluğu olarak kendini gösterir. Tapu memuru, kendisine devlet tarafından ihbar edilen bu davaya ilişkin savunmalarını ortaya koyarak tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynar. Bu ihbarın yapılmamış olması durumunda, devletin kusurlu tapu memuruna açacağı rücu davası için zamaşıma davanın ona bildirilebileceği andan itibaren başlar.

### 3. Tapu Kanunu Düzenlemesi

2644 sayılı Tapu Kanunu'na 10.09.2014 tarihinde yapılan değişiklik ile eklenen ek madde 2, "*Tapu ve kadastro işlemleri ile ilgili olarak, Devletin kusursuz sorumluluğu sebebiyle yapılan ödemeler dolayısıyla, ihmali bulunan personel aleyhine başlatılacak rücu istemleri, ödeme tarihinden itibaren iki yıl, her hâlde zarara yol açan işlemin gerçekleştirildiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamaşıma uğrar. Ağır kusura dayalı sorumluluğu bulunan personel için 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 73 üncü maddesi hükümleri saklıdır*" şeklindedir.

Söz konusu düzenleme, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda rücu hakkına ilişkin TBK hükmüne göre özel bir düzenleme olduğundan yürürlüğe girdiği tarihten itibaren öncelikli olarak uygulanması gereken bir hükümdür. Ancak hükmün içeriğine bakıldığında, düzenlenen zamaşıma sürelerinin başlangıçlarının tapu memurunun kusur oranına göre farklılık içerdiği görülür.

Tapu Kanunu düzenlemesindeki bu farklılıktan doğan sorun kısa zamaşıma süresinin TBK m. 73 hükmü ile paralel olması nedeniyle kendini sadece uzun zamaşıma süresinde göstermektedir. TBK m. 73 uyarınca on yıllık uzun zamaşıma süresi tazminatın tamamen ödenmesinden itibaren başlarken, Tapu Kanunu ek madde 2 uyarınca uzun zamaşıma zarara yol açan işlemin yapıldığı tarihten itibaren başlar.

Kusurun belirlenmesine ilişkin genel kuralların bu hükmün yorumlanması açısından gözden geçirilmesi gerekir.

Kusura ilişkin tanımlardan biri, zarara sebebiyet veren kimsenin, hukuka aykırı sonucu istemiş ya da istememiş olsa bile hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için yeterli iradeyi göstermemiş olması şeklindedir<sup>85</sup>. Objektif teoriyi kabul eden görüş ise kusuru, zarardan sorumlu tutulmak istenen kimsenin hukuk düzenince belirlenen model davranıştan sapmış olması şeklinde tanımlamaktadır<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Borçlar, s. 492 vd.; EREN, s. 569; ANTALYA, s. 21; OĞUZMAN/ÖZ, s. 54, N. 153.

<sup>86</sup> KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, Haksız Eylem Kusuru, Ankara 1990, s. 199; ANTALYA, s. 21; OĞUZMAN/ÖZ, s. 60, N. 163.

Borçlar Hukuku anlamında kusur iki çeşit olarak değerlendirilir. Ağır kusur, zarar verenin kastını ve ağır ihmhalini içerirken; hafif kusur, zarar veren kimsenin hafif ihmhalini ifade eder<sup>87</sup>. Kastı ihmalden ayırmak kolay olmakla beraber ağır ihmâl ile hafif ihmâl arasındaki ayırım her zaman kolayca yapılamaz. Bu noktada kusurun ağırlığını tespit edecek kimse ise hakimdir.

Tazminat ile yükümlü kılınmak istenen kimsenin kusuru, tazminat talebinde bulunan kişi tarafından ispat edilmelidir<sup>88</sup>. Bunun sonucunda, Tapu Kanunu hükmünde yapılmış olan ayırmadan doğan zamanaşımı def'inin davanın ilk aşamasında değil, kusurun derecesinin belirlendiği andan itibaren yapılabilir olması anlamını taşır ki bu da HMK kapsamında mümkün değildir. Zira HMK m. 142'ye bakıldığında; hakim tahkikata başlamadan önce hak düşürücü sürenin geçtiği itirazı ile zamanaşımı def'ini inceleyerek karara bağlar. Bu hüküm uyarınca zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi ön inceleme aşamasından hemen sonra, tahkikat aşamasına başlanmadan önce gerçekleştirilmelidir<sup>89</sup>.

Yapılan açıklamalar sonucunda Tapu Kanunu'nda yer alan ve kusura dayalı zamanaşımı ayırımının yanlış ve uygulamasının usul hukuku kurallarına aykırı olacağına bu nedenle düzenlemenin yeniden ele alınması gerektiği ifade edilmelidir.

## KAYNAKÇA

- ADAY**, Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992
- AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009
- AKİPEK**, Şebnem, Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Bölünmesi-Birleştirilmesi ve Arazi Toplaştırılmasının Genel Esasları, Ankara 2010
- ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul 2015
- AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2014
- AYBAY**, Aydın, Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962
- CANSEL**, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964

<sup>87</sup> ANTALYA, s. 38; OĞUZMAN/ÖZ, s. 56, N. 158-159-160.

<sup>88</sup> TANDOĞAN, s. 62.

<sup>89</sup> Nitekim, Yargıtay 4. HD. de E. 2008/11362, K. 2009/6004, T. 28.04.2009 numara ve tarihli kararında bu durumu "Yasalarda def'i, davalının yerine getirmesi gereken bir edimi, özel bir nedenle yerine getirmekten kaçınmasına olanak sağlayan bir hak olarak tanımlanmaktadır. Bunlardan birisi olan zamanaşımı def'i, davalı tarafından süresinde ve usulüne uygun olarak ileri sürüldüğü takdirde davanın esasının incelenmesine geçilemez ve bu def'i hadise şeklinde, bir ön sorun olarak incelenip karara bağlanır. Eğer zamanaşımı gerçekleştiği sonucuna varılırsa dava salt bu nedenle reddedilir. Davalı yan cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmuş olduğuna göre yerel mahkemeye zamanaşımı def'i konusunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden işin esası hakkında hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir." şeklinde ifade etmiştir. Benzer şekilde Y. 4. HD. E. 2010/572, K. 2010/5179, T. 29.04.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 30.08.2016.

- DOĞAN**, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004
- EREN**, Fikret/**BAŞPINAR**, Veysel, Toprak Hukuku, 4. Bası, Ankara 2014
- ERTAŞ**, Şeref/**SERDAR**, İlknur/**GÜRPINAR**, Damla, Eşya Hukuku, İzmir 2014
- ESENER**, Turhan/**GÜVEN**, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2012
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007
- GÜRSOY**, Kemal Tahir/**EREN**, Fikret/**CANSEL**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984
- HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991
- KANETİ**, Selim, Yargıtay İçtihatlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu, Medeni Kanunun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978
- KAZANCI İçtihat Bilgi Bankası**, E.T. 23.05.2016.
- KOÇHİSARLIOĞLU** Cengiz, Haksız Eylem Kusuru, Ankara 1990
- KURT**, Ekrem, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul 2004
- NOMER** Haluk Nami/**ERGÜNE** Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2015
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2015
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2016
- OKTAY**, Saibe, Türk Hukukunda Tapuda Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı ile Kazanılması, İstanbul 1990
- OLGAÇ**, Senai/**KARAHASAN**, Mustafa R., Gayrimenkullerin Zilyedlik Esasına Dayanan İktisap ve Tescilleri, İstanbul 1956
- PEKMEZ**, Cüneyt, Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, İstanbul 2013
- POSTACIOĞLU**, İlhan E., Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerin Şekle Riayet Mecburiyet, İstanbul 1945
- REİSOĞLU**, Safa, Eşya Hukuku, Ankara 1984
- SAPANOĞLU**, Süleyman, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 2012
- SİRMEN**, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013 (SİRMEN Eşya)
- SİRMEN**, Lale, Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara 1975 (SİRMEN Tapu Sicili)
- SUNGURBEY**, İsmet Gülümser, İsviçre – Türk Hukukuna Göre İktisabı Müruruzaman (İktisabı Müruruzaman), İstanbul 1956
- SUNGURBEY**, İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1968
- ŞENER**, Esat, Medeni Kanunun 917nci Maddesine Göre Hazinesinin Mesuliyeti, Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı, İstanbul 1968
- ŞENGÜL**, Mehmet, Tapu Sicilinin Aleniyeti, İstanbul 2015

**TANDOĞAN** Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961

**TEKİNAY** Selahattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/**ALTOP** Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt 1, Zilyetlik – Tapu Sicili, Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989 (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Eşya)

**TEKİNAY** Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

**ÜNAL** Mehmet/**BAŞPINAR** Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2015

**VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014

**YAĞCIOĞLU**, Burcu, Kazandırıcı Zamanaşımı, Ankara 2014

**YAKUPPUR** Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016

**6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU (TTK)  
m.18/II'DE YER ALAN “BASİRETLİ İŞ ADAMI (TACİR)  
DAVRANIŞI” ÖLÇÜTÜNÜN İYİNİYETİN (TMK m.3)  
VARLIĞININ BELİRLENMESİNDEKİ İŞLEVİ**

**(The Role of The “Prudent Businessman” Standard  
Regulated in The Commercial Code No 6102 Art. 18/II in  
Determining The Existence of Good Faith  
(Civil Code Art.3)**

**Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ\***

**ÖZET**

TTK m. 18/II, TTK m. 110/II ve TTK m. 286 hükümleri basiretli iş adamı ve basiretli tacir kavramlarına yer vermektedir. Aslında bu iki kavram birbiriyle özdeş niteliktedir. Basiretli iş adamı kavramının ölçütünün bir kusur ölçütü olduğu kabul edilmektedir.

Bu çalışmada temel olarak konuya ilişkin farklı görüşlere, özen kavramına ve çifte doğasına, TTK m. 18/II' nin işlevine, basiretli iş adamı ölçütünün iyiniyetin tespitindeki rolü ve TTK m.18/II hükmünün TBK m. 506/III hükmüne etkisiyle ilgili bilgi verilecektir.

**Anahtar kelimeler:** Basiretli tacir, İyiniyet, TTK m.18/II, kusur, basiretli iş adamı.

***Abstract***

TTK clauses 18/II, 110/II and 286 include the term of prudent businessman and prudent merchant. Indeed, these two terms are identical. It is accepted that prudent businessman criterion is a kind of negligence criterion.

In this paper, I will address; different dictums about this topic, the term of prudence, the function of TTK clause 18/II, the role of criterion of prudent businessman in determination of good faith and the impact of clause TTK 18/II on clause TBK 506/III.

**Keywords:** prudent businessman, prudent merchant, good faith, prudence, negligence.

---

\* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

“C) Tacir olmanın hükümleri, I- Genel Olarak” başlığı altında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/II hükmü, tacirlerin bütün ticari faaliyetleri için özel bir özen ölçüsü öngörmektedir. TTK m.18/II’ ye göre, “Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekir”. Söz konusu düzenleme, dili sadeleştirilen yüklemi dışında yürürlükten kalkan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (eTTK’nın) m.20/II hükmü ile aynı içeriktedir. Aslında “basiretli tacir” veya yasanın ifadesi ile “basiretli iş adamı” ölçütü<sup>1</sup> sadece TTK m.18/II’de yer almaz. Acenteliğe ilişkin TTK m.110/II hükmüne göre, “Acente, müvekkilin açık talimatı olmayan konularda, emir alıncaya kadar işlemi geciktirebilir. Ancak, işin acele nitelik taşıması nedeniyle durum müvekkilinden talimat almaya müsait olmazsa veya acente en yararlı şartlar çerçevesinde harekete yetkiliyse, basiretli bir tacir gibi kendi görüşüne göre işlemi yapar”. Yine kolektif şirkette tasfiye memurlarına ilişkin TTK m.286’ya göre, “Tasfiye memurları, tasfiye hâlinde bulunan şirketin bütün mal ve haklarının korunması için basiretli bir iş adamı gibi gerekli önlemleri almakla ve tasfiyeyi olabildiğince en kısa zamanda bitirmekle yükümlüdür”. TTK m.18/II ve TTK m.286’da “basiretli iş adamı” terimi seçilirken, TTK m.110/II’de “basiretli tacir” kavramının yer alması, bir gelişigüzel kullanım örneği olarak ortaya çıksa da<sup>2</sup>; “basiretli iş adamı” ve “basiretli tacir” kavramları özdeş kavramlar olup, aynı anlamı imler.

865 sayılı TTK (eeTTK) m.644’den gelen bu hüküm, eTTK’ya ve TTK’ya genişletilerek alınmıştır. Zira, eeTTK m.644, sadece tacirin ticari bir taahhüdünün ifasında bu özen ölçüsünü ararken; eTTK m.20/II ve sonrasında TTK m.18/II, tacire, “ticaretine ait bütün faaliyetlerinde” basiretli bir tacir gibi davranmayı yüklemektedir.

Basiretli iş adamı davranışının “neyin ölçütü” olduğunu belirlemek önemlidir. Verilecek cevap ise ilk planda: “Basiretli iş adamı ölçütü bir kusur ölçütüdür” şeklinde olacaktır.

## I. Görüşler

Bu noktada Ticaret Hukuku öğretisine genel olarak baktığımızda,

POROY/YASAMAN’a göre<sup>3</sup>, “TTK m.18/II’deki basiretli bir işadamı gibi hareket etme mükellefiyeti, tacire, objektif bir ölçüye kıyasla belirli durumlarda evvelden taahhüt etmemiş olduğu bazı edimler yüklenmesi veya daha geniş olarak kendisinin sorumluluk altına sokulması şeklinde, “külfet” niteliği taşıyan bir hükümdür. Objektif

<sup>1</sup> KARAYALÇIN (s.218 dn.53), eTTK m.20/II hükmü üzerinden “basiretli tacir” kavramı dururken yasa koyucunun neden “basiretli iş adamı” kavramını kabul ettiğinin anlaşılamadığının altını itını çizmektedir. Aynı eleştiri TTK m.18/II hükmünün lafzı için de geçerlidir.

<sup>2</sup> Haklı olarak bu şekilde: POROY/YASAMAN, s.155.

<sup>3</sup> POROY/YASAMAN, s.152, 154.



ölçü, söz konusu tacirin, ticaretinin özelliği göz önünde tutularak, tedbirli ve ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacirin davranışı olacaktır... Diğer bir deyişle, basiretli iş adamı gibi hareket etmek yükümlülüğü boşluk doldurucu nitelikte bir yükümdür".

İMREGÜN'e göre ise<sup>4</sup>, "bu hükümle, geniş anlamda bir edimin yerine getirilmesinde, basiretli, sağduyulu bir iş adamının alması gerekli bütün önlemler içerilir. Bu görüş açısından basiretli bir iş adamı gibi hareket yalnız bir özen ölçüsü olmayıp, sözleşme ve yasanın öngördüğü borç ve yükümlerin yanında bizzat bu kavramın gerektirdiği borç ve yükümleri de tacire yükler. Bu nedenle, tacir herhangi bir sözleşme söz konusu olmaksızın da basiretli iş adamı gibi hareket etmekle yükümlüdür ve aksi halde sorumlu tutulabilir. Örneğin, postacının yanlışlıkla getirdiği bir mektubu, sahibine verilmek üzere postacıya iade etmeyen veya bizzat sahibine ulaştırmıyan tacir, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmemiş olmaktan dolayı mektup sahibine karşı sorumlu tutulabilir ve mektubun zamanında sahibine ulaşmamasından dolayı bu kişinin uğradığı zararı gidermekle yükümlü olabilir".

Her iki yazarın maddenin fonksiyonuna yönelimleri doğru olmakla beraber, POROY/YASAMAN'n "kulfet" nitelemesi<sup>5</sup>, en azından tacirden beklenen davranışın kendisinden dava yoluyla talep edilemezliğini vurgulaması bakımından önemlidir ve İsviçre Hukukundaki "iyiniyetin belirlenmesine ilişkin" aşağıda da incelediğimiz kabul gören bir kısım görüşlere de uygundur. Ancak basiretli iş adamı gibi hareket etmenin bir kulfet (yükümlülük) olarak nitelendiği yerde basiretli iş adamı gibi davranma bakımından bir yükümlülük veya mükellefiyetin varlığından bahsetmek pek de uygun olmasa gerekir. Bu yönüyle basiretli iş adamı gibi davranma, en azından tacir için bir yükümlüdür.

Bu çerçevede ÇAMOĞLU<sup>6</sup>, TTK. m.18/II- eTTK m.20/II'nin fonksiyonunu, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin özen yükümü ile bağlantılı olarak şu şekilde açıklamaktadır: "Bizce özen borcu, TK. 20 II'nin tacirlere yüklediği "basiretli tacir gibi hareket" yükümü ile aynı nitelikte bir borçtur... Nitekim, TK.320 özen yükümünü, idarecilerin ortaklık işlerinde gösterecekleri "dikkat ve basiret" şeklinde ifade etmiştir. Bu da göstermektedir ki kanun koyucu terim seçiminde titiz davranmamıştır. Seçilen terim ne olursa olsun, ister basiretli ister ihtimamlı (özenli) hareketten bahsedilsin anlatılmak istenen kavram özen borcudur. TK. 20/II'de düzenlenen basiretli tacir gibi hareket mükellefiyeti, başlıbaşına bir görev kaynağı olarak yorumlanmaktadır".

ARKAN'a göre de<sup>7</sup>, "basiretli iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve

<sup>4</sup> İMREGÜN, s.38.

<sup>5</sup> Aynı şekilde. BAHTİYAR, s.79.

<sup>6</sup> ÇAMOĞLU, s.391. Ayrıca bkz.ÖZ, s.105.

<sup>7</sup> ARKAN, s.130.

*imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özenin göstermesinin gerekli olduğunu vurgulamaktadır.*

Her iki Yazar'ın da "basiretli tacir" kavramını "özen" kavramı üzerinden tanımlaması yerinde olmakla birlikte, söz konusu özenin niteliği bakımından tam bir açıklık içermemektedir

Bize göre ise TTK m.18/II'deki "basiretli iş adamı gibi hareket etme" olgusu, bir davranış maksimi getirerek tacirin, sözleşmesel veya sözleşme dışı (TTK m.20) iş görme ve hukuki ilişkilerine dayalı bütün ticari faaliyetlerindeki kusur bakış açısı altındaki özeninin ölçüsünü ortaya koyar. Bu konudaki değerlendirmenin anlaşılabilirliği bakımından bilinmesi gereken temel olgu ise "özen" kavramının çifte doğası olacaktır.

## II. Özen Kavramı, Çifte Doğası ve TTK m.18/II'nin İşlevi

Günümüzde özen kavramı, bir yandan haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılığın ve iş görme temelli sürekli borç ilişkilerinde iş gören borçlunun sorumluluğu kurucu olgulardan hem -asli edim yükümünün kötü ifasına dayalı- "sözleşme ihlalinin", öte yandan her iki sorumluluk türü bakımından "kusurun" tespitinde önem taşır. Diğer bir deyişle günümüzde özen kavramının sadece kusurun (ihmalin) tespitine yönelik tek bir işlevinden çok, iş görme edimlerinde hukuka aykırılığı /sözleşme ihlalini de belirleyici çifte işlevinden bahsedilir.

Buna göre "özen", öncelikle sözleşme ihlaliyle bağlantılı bir hüküm olarak iş görme borçlusunun asli edim yükümünü kötü ifa ederek sözleşmeyi ihlal etmeme "yükümünü" ifade eder. Sözleşmesini ihlali (kötü ifası) için, -kusurun (ihmalin) varlığı için aranan özen ölçüsünün ötesinde- borçlunun somut olaya göre ideal bir vekilden beklenebilecek en yüksek derecedeki -farazi ve soyut maksimum- özenli davranıştan sapma oluşturacak bir davranışının varlığı ("objektif" özen yükümü ihlali) yeterlidir. Buna karşılık kusur (ihmal) anlamıyla "özen (ihtimam)" kavramı, "mesleğe/alana özgü ortalama borçlunun ortalama davranışına" dayalı "objektifleştirilmiş" ölçüsüyle sözleşmesel sorumluluğunun "kusur (ihmal)" unsurunun belirlenmesinde işlev görür<sup>8</sup>. Sonuçta "özen" kavramı sözleşme hukuku bakımından hukuki bir davranış normu (emri) iken; kusur bakış açısı altında kınanabilirlik değerlendirmesine esas oluşturan bir davranış maksimi olarak belirir<sup>9</sup>.

Yukarıdaki görünüm altında sözleşme ihlali için aranan (objektif) özen ölçüsü, her zaman için kusurun tespiti için aranan (objektifleştirilmiş) özen ölçüsünden

<sup>8</sup> Ayr.ol.bkz. GÜMÜŞ, s.57 vd.

<sup>9</sup> WEBER, Art.398 N.24, s.2485.

daha yüksektir. Zira sözleşmenin ihlalinin tespitinde "mesleğe/alana özgü, ideal" bir borçlunun en yüksek ölçüdeki özenli davranışı esas alınır ve somut olaya göre ideal borçlunun kendisinden beklenecek en uygun davranıştan sapma oluşturan her davranışı "özensiz" olarak nitelenerek, sözleşme ihlalinin oluşturur. Buna karşılık borçlunun "mesleğe/alana özgü somut olayda beklenen ortalama davranışı" göstermemesi kusur bakış açısıyla kınanabilecek şekilde özensiz sayılmak için kural olarak yeterli olacaktır.

TTK m.18/II, tacirin bütün ticari faaliyetlerindeki ihmal şeklinde ortaya çıkan kusurunun tespitine ilişkin bir ölçü vermektedir. Yargıtay da bir kararında eTTK m.20/II ve buna bağlı "basiretli iş adamı gibi hareket" ölçütünü kusur ölçütü olarak nitelendirmektedir<sup>10</sup>. Ticaret Hukuku öğretisine göre, basiretli iş adamı gibi davranma yükümünde -kusura ilişkin olduğu belirtilmeksizin- söz konusu ölçü, objektif ya da objektifleştirilmiş niteliktedir<sup>11</sup>. Görüldüğü üzere, basiretli tacir (veya iş adamı) ölçütü, tacirin ticari faaliyetleri bakımından objektifleştirilmiş bir ölçüyü, "bir tacirin ticari faaliyet alanına özgü ortalama davranışı veya hareket tarzını" esas almaktadır. Dolayısıyla tacirin ticari faaliyetine özgü ortalama tacirin yetenek ve niteliklerinin altındaki her özensiz davranışı "basiretli iş adamı gibi hareket etme ölçüsünün" altında kalacaktır.

Ancak Ticaret Hukuku öğretisinde örn. DOMANIÇ'in<sup>12</sup> "(eski) *Ticaret Kanununun 20/2'nci maddesinden anlaşıldığı üzere tacir, ticari işleri dışında sübjektif ihtimam göstermekle yetinebilir...Başka bir deyimle, bir kimse tacir olmakla , sübjektif özen ölçülerinden çıkar, objektif özen ölçülerine tabi olur*"; KARAHAN'ın<sup>13</sup> "*Bu yükümlülük sübjektif değil, objektif özen ölçüsü getirmektedir*"; KARAYALÇIN'ın<sup>14</sup> "*Bu ihtimam tacirin ticari sayılmayan işlerinde bahis mevzuu olmaz; ÇEKER'in*<sup>15</sup> "*Tacirin kişisel yetenekleri ve kendi özel hayatındaki davranış biçiminin ne olduğuna bakılmaz*" içeriğindeki ifadelerinden de anlaşıldığı üzere, "basiretli iş adamı/tacir (davranışı)" ölçütü tacirin kişisel yetenek ve niteliklerini temel alan sübjektif özen ölçüsünü yükseletmek için getirilmiş bir hükümdür. Dolayısıyla söz konusu eTTK m.20/II-TTK

<sup>10</sup> Y.19.HD, T. 19.3.1993, E.1992/6584, K.1993/2158, YKD, C.19, S.6, Haziran 1993, s.919: Davalı bankanın...aynı Yasanın (3167 sayılı Kanun) 2. ve TTK'nin 20/f-2.maddesinde öngörülen basiret ve itinaı göstermek suretiyle kusurlu olduğunun ve bu davranışının sonuçlarına katlanması gerektiğinin kabulü icap eder".

<sup>11</sup> KARAYALÇIN, s.218; POROY/YASAMAN, s.152; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.285; İMREGÜN, s.38; ARKAN, s.130; DOMANIÇ/ULUSOY, s.210; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 152; KİZİR, s.248. Aynı şekilde: EREN, s.1063; ALTOP, s.81.

<sup>12</sup> DOMANIÇ/ULUSOY, s.210.

<sup>13</sup> KARAHAN, s.104.

<sup>14</sup> KARAYALÇIN, s.218. Benzer: BOZER/GÖLE, s.58; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 152; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.235; BİLGİLİ/YENİKAPI, s.94; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.285.

<sup>15</sup> ÇEKER, s.74.

m. 18/II düzenlemesi; Türk Hukukunda hukuk düzeninin tacirin ticari nitelik taşımayan sözleşmesel, sözleşme benzeri (örn. vekaletsiz iş görme) veya haksız fiile dayalı ilişkilerinde kusurlu (ihmalli) sayılmamak için aradığı özen ölçüsünün “sübjektif özen” olduğu kabulü üzerinden yapılandırılmıştır<sup>16</sup>.

Oysa bugün için İsviçre-Türk Hukukunda hakim görüş<sup>17</sup> sözleşmesel sorumlulukta (ve haksız fiil sorumluluğunda<sup>18</sup>) ihmalin ölçütü olarak, yani kusura ilişkin özensizliğin (soyut ihmalin) belirlenmesinde “objektifleştirilmiş özen ölçüsünü” aramaktadır. Buna göre, var olan şartlara göre, uygun ve varsayımsal ortalama davranıştan sapan her kimse, ihmali davranmış olur. Belirli bir borçlunun özenli sayılan davranıştan olumsuz sapmasının tespitinde kıyaslama “makul kişi”, “ortalama vatandaş” esas alınarak yapılır; yoksa kişinin kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni (diligentia quam in suis) sarfetmesi dahi kusursuz sayılması için yeterli değildir. Ortalama vatandaş, ortalama bedensel, fikri ve manevi yetenekleri haiz ve kaçınılabılır bir kusur işlemeyen, bir “hukuki figür”, soyut, ideal bir varlıktır<sup>19</sup>.

FELMANN’ın da vekilin özen yükümüne ilişkin olarak İBK m.398 hükmü üzerinden haklı olarak vurguladığı üzere<sup>20</sup>, objektif(leştirilmiş) özen ölçüsü olarak sarf edilmesi zorunlu olan özen, bütün borç ilişkilerinde, bütün borçlular için yeknesak bir ortalama ölçüye göre saptandığı genel bir ölçüyü ifade etmez. Burada daha çok, “mesleki, (işlem) alan(ın)a ya da mesleğe özgü özen ölçütü”<sup>21</sup> uygulanır. Daha öncesinde doktora tezimizde de vurguladığımız gibi<sup>22</sup>, toplumsal iş bölümü ve uzmanlaşma günümüz toplumsal yaşamının kaçınılmaz bir sonucudur ve bu ihtisaslaşma ve iş bölümü ne kadar ileri ise, istenilen özenin derecesi de o kadar yüksek ola-

<sup>16</sup> TANDOĞAN’a göre de (s.419) de, ticari işlerle ilgili sözleşmelerde eTTK m.20/II gereği özen ölçüsü daha ağırdır.

<sup>17</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N.2989, s.180 ve s.180 dn.28’deki yazarlar; HUGUENIN, N.898, s.271; BERGER, N.1528 vd., s.504 vd.; SCHWENZER, N.22.14-2215, s.144; WIEGAND, Art.97 N.43, s.612; DERENDIGER, N.267, s.117; OFTINGER, s.143; GIGER, s.388: “ortalama vatandaşın ortalama davranışı” kriteri; WEBER, Art.398 N.24, s.2485; FELMANN, Art.398 N.486, s.501; ANTALYA, s.422; BGE 124 III 155; 116 Ia 162.

<sup>18</sup> Vekaletsiz iş görme bakımından da özen ölçüsünün objektifleştirilmiş özen ölçütü olduğu yönünde: GÜMÜŞ, II, s.233 ve s.233 dn.1276’daki yazarlar.

<sup>19</sup> DERENDIGER, N.267, s.117; FELMANN, Art.398 N.486, s.501; BGE 91 II 441.

<sup>20</sup> FELMANN, Art.398 N.485, s.501. İsviçre Hukukunda HUGUENIN (N.898, s.271) açıkça AMK §276/II’ye paralel olarak “işlem hayatının gerektirdiği özenden” bahsetmektedir. SCHWENZER de (N.22.14-2215, s.144) ihmali belirlemede açıkça “işlem alanının” esas alınacağını ifade etmektedir.

<sup>21</sup> Alman Hukukunda DEUTSCH, AMK §276/II’nin açık lafzından hareketle “özel işlem alanını” esas almaktadır. Buna göre, “bir kimse, bir işlem alanının şart kıldığı ehliyetle hareket etmez ya da o işlem sahasında beklenen özen standartının gerisinde kalırsa, ihmali davranmış olur... Hekimden, uzman hekimden, avukattan, noterden, mimardan vs. mesleğe özgü davranış beklenir” (Haftungsrecht, N.426, s.261). Ayrıntılı olarak bkz. OSWALD, s.64 vd.

<sup>22</sup> Bkz. GÜMÜŞ, s.322 vd.

çaktır. Bu çerçevede borçlunun kusur bakış açısından özenli davranıp davranmadığı tespit edilirken, belirli bir mesleğe/işlem alanına dahil somut borçlunun davranışı, bir hukuki figür, bir soyut ideal varlık olarak, "kendi mesleğindeki/ işlem alanındaki" ortalama bedensel fikri ve manevi yetilere sahip ortalama borçlunun ortalama davranışı ile kıyaslanır<sup>23</sup>.

Gelinen bu noktadan TTK m.18/II hükmüne bakıldığında, günümüzde başta sözleşme ihlali olmak üzere kusurun (ihmalin) ölçüsünün "mesleğe/alana özgü makul-ortalama kişinin davranışı" ölçütü üzerinden "objektifleştirilmiş" olmasının sonucu, artık TTK m.18/II hükmünün varlığına ihtiyaç olmamasıdır. Diğer bir deyişle tacirin ticari faaliyeti dışındaki faaliyet alanlarındaki sorumluluğu bakımından dahi ihmalin ölçüsünün objektifleştirilmiş olması karşısında, artık "basiretli tacir/iş adamı" ölçütüne gerek yoktur.

Gerçekten bir hekimin, bir avukatın, bankanın kusur bakış açısıyla göstermesi gereken özen nasıl farklı olacaksa, kısmen dahi olsa bir ticari işletme işleten tacirin, işlettiği işletmeye özgü faaliyet kapsamında, girdiği hukuki ilişkilerde kusur bakış açısıyla –somut işlemsel ilişkiler göz önüne alınarak- aranacak özen, diğer tacirlerinden farklı olacaktır. Bu nedenle ev yemekleri sunan bir küçük lokanta işletmesi işleten tacir ile yüzlerce kişiye aynı anda çok çeşitli yemekler sunan büyük bir lokanta işleten tacirin göstermesi gereken özen aynı olmayacaktır.

Bu sonuç bugün için Alman Hukukunda TTK m.18/II'ye paralel bir düzenleme olan Alman Ticaret Kanunu (HGB) ATK §347/I'in "*Bir hukuksal işlem kendi tarafı için ticari işlem olan kişi, diğerine özenli/basiretli (ordentlich) bir tacirin özenini göstermekle yükümlüdür*" hükmünün gereksizliği şeklinde de Alman öğretisinde ifade edilmektedir. SCHMIDT'in ifade ettiği üzere<sup>24</sup>, ATK §347/I hükmü borçludan bir borç ilişkisinde borç ilişkisinde farklı bir sorumluluk öngörülmedikçe "işlem hayatının gerektirdiği özeni" talep eden Alman Medeni Kanunu (BGB) AMK §276/II hükmü karşısında gereksiz kalmaktadır. Zira zaten ihmalin ölçüsü, işlem alanı (çevresi) esas alınarak belirlenecektir. Bu nedenle ticari işlemler alanında yer alan tacirden, bunun gerektirdiği özen talep edilecektir. Bu durumda hükmün yegane önemi tacirin özen ölçüsünün somutlaştırılmasına yönelik bir çağrı oluşudur. EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN'a göre de<sup>25</sup>, ATK §347 hükmü medeni hukukun genel "ihmal" kavramının somutlaşmasıdır. Söz konusu hükmün açıklayıcı işlevi ile AMK §276/II hükmünün ticari adetlere oryantasyonu sağlanmıştır

Her ne kadar gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve gerekse de Türk Borçlar Kanunu'nda AMK §276/II hükmü gibi ihmali işlem hayatının gerektirdiği özene

<sup>23</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, II, N.2993, s.181.

<sup>24</sup> SCHMIDT, HGB §347 N.2.

<sup>25</sup> EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, §347 HGB, N.1.

bağlayan bir hüküm mevcut olmasa da; bugün için Türk-İsviçre yargı uygulaması ve öğretisinin sözleşmesel sorumluluk alanında borçlunun ihmal ölçütünü “alana/mesleğe özgü” ortalama borçlunun ortalama davranışı” olarak ele alışı; ticaret işlem alanında yer alan tacirler bakımından TTK m.18/II hükmünü artık gereksiz kılmaktadır. Diğer bir deyişle ilgili hüküm, içeriğiyle, işlevini “*sorumluluk hukukunda ihmal işlem alanının gerektiği özeni göstermektir, tacir için ise ihmal doğal olarak ticari işlem (ticaret) alanının gerektirdiği özeni göstermektir*” şeklinde “açıklayıcı” olmanın ötesine taşıyamamaktadır.

### III. Basiretli İş Adamı Ölçütünün İyiniyetin Tespitindeki Rolü

Artık bu noktada özen kavramının, bir ihmal ölçütü olarak yine iyiniyet kavramının tespitinde de işlev gördüğünü de vurgulamalıyız: Bir hukuki sonucun (örneğin bir hakkın kazanılması veya korunması) gerçekleşmesi, kimi zaman gerekli olan bir unsurun/olgunun eksikliğinden dolayı gerçekleşmeyebilir. İstisnaen kanun koyucunun bir hukuki sonucun gerçekleşmesini bir kimsenin iyiniyetine, yani kişinin söz konusu eksikliği bilmemesi veya bilmesi gerekmemesine bağladığı hallerde, iyiniyet eksik unsuru tamamlar ve hukuki sonucun (örneğin hak iktisabının) gerçekleşmesini sağlar (TMK m.3).

Klasik görüşe göre<sup>26</sup> iyiniyet, “bilmemek ve bilmesi de gerekmemektedir”. Diğer bir deyişle kişideki “mazur görülebilen” bilgisizlik veya yanlış bilgidir. Bu durumda kişi, eksik dikkati (özeni) nedeniyle hukuku sonucun gerçekleşmesine engel olan olguyu bilmiyor veya bilemiyor ise iyiniyetli değildir. Bu noktada bir psikolojik kavram olarak “bilmeye” ilişkin bir olgu olarak iyiniyet, bir hukuki eksiklik veya sakatlığa ilişkin bir bilgisizliktir. Ancak TMK m.3/II'deki, “*Ancak, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse hüsnüniyet iddiasında bulunmaz*” hükmü gereği, ayrıca söz konusu bilgisizliğin mazur görülebilir olması, yani kişinin hukuki sakatlığı bilmesinin de gerekmemesi şarttır. Buna karşılık öğretilerde yeni bir eğilim, iyi niyeti ahlaki (etik) bir anlayış içerisinde ele almakta, mazur görülebilir bilgisizliğin yanında, hukuka aykırılık bilincini de aramaktadır. Buna göre, “bir hukuki sakatlık nedeniyle objektif olarak haksız şekilde davranan kişide hukuka aykırılık bilinci bulunmuyorsa o kişi iyi niyetlidir”<sup>27</sup>.

Ancak bu iki görüşten hangisi kabul edilirse edilsin, iyi niyetin varlığı için kişideki mevcut bilgisizlik, mazur görülebilir nitelikte olmalıdır. Bilgisizliğin mazur görülebilirliği ise, TMK m.3/II gereğince, kişinin icabı hale göre, kendisinden beklenen

<sup>26</sup> HAUSEER/JAUN, Art.3 N.16, s.169; PFAFFINGER, Art.3, N.7, s.13; EDİS, s.263, 264 ve s.264 dpn.15'deki yazarlar; ALTAŞ, s. 314.

<sup>27</sup> JÄGGI, Art.3 N.126, s.412; BAUMANN, Art.3 N.58, s.748-749 ve oradaki yazarlar; HONSELL, Art.3 N.10, s.66; SEROZAN, s.264. Bu konudaki tartışmaların sunumu için bkz. HONSELL, Art.3 N.9, s.65-66.

özeni sarfetmesi halinde olur. Örneğin bir hakkı iktisap etmek isteyen kimse, o hakkın doğumuna engel bir durumun varlığı veya hakkın sonuçlarını meydana getirmesi için aranan bir unsurun yokluğu konusunda araştırma yapmak; olayın özelliklerinin gerektirdiği özeni (ihtimamı) göstermek zorundadır<sup>28</sup>. TMK m.3'de karşımıza çıkan "ihtimam (özen)" kavramı, bilgisizliğin (dikkatsizliğin) kınanabilirliği boyutunda görüldüğünden, Türk ve bir kısım İsviçre öğretisinde hakim görüş tarafından haklı olarak, "*-kanımızca kişinin bizzat kendisine yönelmiş sui generis nitelikte bir- kusur*" bakış açısıyla ele alınmaktadır.<sup>29</sup>

Öğretideki hakim görüşe göre<sup>30</sup>, TMK m.3/II'nin iyiniyetli sayılma bakımından -gerçekte kusur (ihmal) bakış açısı altında aradığı- özenin ölçüsü, sübjektif değil, objektifleştirilmiş bir ölçüdür. Buna göre, aynı şartlar altında, dürüst, normal, makul, ortalama bir insanın, referans kişinin (Durchschnittsmenschen) somut olayın şartlarına göstermesi gereken özenin gösterilmiş olup olmamasına göre, iyiniyetin varlığı veya yokluğu kabul edilecektir. Özensizliğin derecesi (ağır veya hafif oluşu) yasanın iyiniyetli sayılmamak için ağır ihmali olma şartını aramadığı ölçüde (örn. TTK m.680, m.686/II) iyiniyetli sayılıp sayılmama bakımından önem taşımaz<sup>31</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımız İsviçre Türk Hukuklarında gerek özleşmesel sorumlulukta bir kusur şekli olarak ihmalin varlığının tespitinde gerekse de, yine kusura ilişkin bir değerlendirme hali olarak iyiniyetin belirlenmesinde "mesleğe/alana özgü ortalama borçlunun/kişinin ortalama davranışının" temel ölçüt olarak belirlediğini ve TTK m.18/II'deki "basiretli tacir/iş adamı" ölçütünün her ikisi (kusur ve iyiniyetin tespiti) bakımından "mesleğe özgü ortalama kişinin ortalama davranışı" ölçütü ile özdeş olduğunu ortaya koyar<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> EDİS, s.268.

<sup>29</sup> KOLLER, N.149, s.41; HAUSHEER/JAUN, Art.3 N.16-17, s.169; EDİS, s.268. Hakim görüşe yakın bir konum belirleyen HONSELL'e göre ise ( Art.3 N.35, s.74) burada teknik anlamda (sorumluluk hukuku anlamında) bir kusur yapısı mevcut olmayıp, kusurun özel bir türü mevcuttur: kişinin kendisine karşı kusuru (Aynı görüşte: HOFER, Art.3 N.113, s.656; AKKANAT, s.73 dn.23) ve gerekli özenin/dikkatin gösterilmesi ise bir yüküm değil, külfettir. (Aynı görüşte: PFAFFINGER, Art.3 N.8, s.14; HOFER, Art.3 N.113, s.656; HATEMİ, s.177; AKKANAT, s.73). İyiniyetli sayılmanın gerektirdiği dikkati göstermeden kaçınmanın bir hukuki yüküm ihlali olduğu yönünde: JÄGGI, Art.3 N.110, s.409.

<sup>30</sup> KOLLER, N.146, s.40; HONSELL, Art.3 N.37, s.74 ve oradaki yazarlar; OĞUZMAN/BARLAS, s.255; ANTALYA/TOPUZ, s.311; AKKANAT, s.77 vd; ALTAŞ, s.316, 321; HOFER, Art.3 N.117, s.657; JÄGGI, Art.3 N.122, s.411; HAUSHEER/JAUN, Art.N.3 N.42, s.177; PFAFFINGER, Art.3 N.8, s.13-14; BAUMANN, Art.3 N.50, s.744. Yazar'a göre, gerekli dikkatin ölçüsü, kişisel, zamansal ve maddi bakımdan ayrı ayrı incelenmelidir; BGE 119 II 27; 113 II 399; BGE 79 II 64;

<sup>31</sup> HONSELL, Art.3 N.35, s.74; BGE 119 II 27. Aksi görüşte: KOLLER, N.149, s.41.

<sup>32</sup> Farklı olarak bkz. GÜMÜŞ, s.350: "...tacirin ticari işletmesinin konusuyla ilgili bütün ticari işlerinde, istisnaen bir tacirin faaliyet gösterdiği ticaret alanındaki teamüller, bir tacirden, ortalama bir vekilden daha yüksek ölçüde bir özenin gösterilmesini gerekli kılıyorsa, artık tacir-vekil,

Ancak iyiniyet kavramı üzerinden haklı olarak ifade edildiği gibi, özel bir kabiliyet veya incelikli iş görmeyi gerekli kılan özel branşlarda iyiniyetli olup olmama değerlendirmesinde daha yüksek (nitelikli) bir özenin aranacağı kabulünün altı öğretilerde haklı olarak çizmektedir<sup>33</sup>. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi ikinci el otomobil ticaretinde yeterli dikkatin gösterilmemesine dayalı olarak iyiniyet iddialarını üç ayrı kararında da<sup>34</sup> reddetmiştir. Yine İsviçre Federal Mahkemesi antika (menşei belli olmayan) eşya ticareti bakımından gösterilecek özenin derecesini daha yüksek belirlemiştir<sup>35</sup>. Yine İsviçre Federal Mahkemesi bankacılık faaliyetlerinde bankaların iyiniyetini kararlarının çoğunda reddetmiştir<sup>36</sup>. Dolayısıyla “basiretli iş adamı” ölçütü, “mesleğe özgü ortalama borçlunun/kişinin ortalama davranışı” ölçütü ile özdeş olsa bile bir tacirin faaliyeti özel bir yeteneği veya dikkati gerekli kılıyorsa, bu durumda söz konusu tacirden kusur bakış açısıyla istenecek özen daha yüksek olacaktır. Ancak daha yüksek özen aranırken bu özen derecesi, sözleşme ve hukuka aykırılık değerlendirmesine esas olan en yüksek derecede özen noktasına ulaşmaması gerektiği de açıktır.

Oysa bugün için kararlarından açık gözlemlendiği üzere Yargıtay’ın temel yaklaşımı, *-KARAYALÇIN’ın*<sup>37</sup> “*Basiretli bir iş adamından beklenen ihtimam derecesi dolayısıyla mücbir sebep veya beklenmedik hal iddiası pek istisnai hallerde inhisar eder görüşüne paralel biçimde-*“basiretli iş adamı” ölçütünü neredeyse en yüksek derecede özen ölçüsüne eşitlemek ve bir anlamda tacirin sözleşmesel sorumluluğunu kusur karinesine dayalı kusur sorumluluğundan, bir kusursuz sorumluluk hali olarak objektif yüküm ihlaline dayanan bir sebep sorumluluğuna devşirmektedir. Bu bakış açısı, TMK m.3’de yer alan iyiniyet karinesi de, Yargıtay’ın bakış açısıyla tacirler için bir “iyiniyetli olmama fonksiyonuna (varsayımına)” dönüştürmektedir:

*“Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. (T.T.K. madde 20/2) Basiretli hareket etme yükümlülüğü, teminat olarak gösterilen taşınmazın hukuki ve fiili durumunu ve kullanma şeklini bilmeyi de gerektirir. Bu yükümlülüğünün gerektirdiği özeni göstermeyen bankanın iyiniyet iddiası dinlenmez.”*<sup>38</sup>.

söz konusu tacire özgü yükseltilmiş ölçüdeki özeni sarf etmek zorundadır. Diğer bir deyişle, tacir sıfatına sahip vekilin, söz konusu tacir sıfatı gereği, tacir sıfatına sahip olmayan vekilden çok daha ilerisini görebilmesi lazımdır”. GÜMÜŞ ile aynı şekilde “basiretli iş adamı” ölçütünün “ortalama vatandaş” esas alan ölçütten daha yüksek bir özeni gerektirdiği yönünde: KİZİR; s.257.

<sup>33</sup> HONSELL, Art.3 N.39, s.75; HOFER, Art.3 N.127, s.661-662; HAUSHEER/JAUN, Art.3 N.49, s.181; PFAFFINGER, Art.3 N.8, s.13-14; ANTALYA/TOPUZ, s.334.

<sup>34</sup> BGE 79 II 59 vd.; 107 II 41 vd.; 113 II 397 vd. Ancak farklı olarak: 121 III 345 vd.

<sup>35</sup> BGE 122 III 1 vd.; 131 III 418.

<sup>36</sup> BGE 112 II 450 vd.; 116 II 689 vd.; 106 Ib 93 vd. Otel yatırıma ilişkin vekalette: 109 II 102 vd.; Ayrıca bkz. BGE 126 III 505 vd., 119 II 23 vd.

<sup>37</sup> KARAYALÇIN, s.219. Aynı şekilde: ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s.286.

<sup>38</sup> Y.2.HD., E.2010/19635, K.2011/9192, T. 26.5.2011, www.kazanci.com.



“...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; tarafların markalarının esas unsurunun “C.” ibaresi olduğu ve aynı sınıfta (35. sınıfta) tescil edildikleri, 25. sınıftaki emtialar yönünden de aralarında bağlantı bulunduğu, ortalama tüketiciler nezdinde birbiri ile iltibas yaratacak, organik bağ ve seri markalar izlenimi verecek şekilde benzerlik bulunduğu, davacının daha eski tescile dayalı üstün hak sahibi olduğu, davalının, davacı ile aynı sektörde faaliyet göstermesi sebebiyle, iyiniyet kuralları ve basiretli tacir kriterine göre tescilinin kötünüyetli olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davalı adına TPE nezdinde 35. sınıfta tescilli 2011/87901 nolu “C. B.” ibareli markanın hükümsüzlüğüne, sicilden terkinine karar verilmiştir... Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 12/10/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”<sup>39</sup>.

“...Kanunun iyi niyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda aslanan iyiniyetin varlığıdır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 3'üncü maddesinde de açıklandığı üzere, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. Davacı limited şirket olup, tacir olduğu tartışmasızdır. Her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmekte yükümlüdür. Bildirge ve bordroları tanzim etmek, tahakkuklarını takip etmek yükümlülüğü de bulunan tacirin basiretli hareket etme yükümlülüğü kendi borcunun tamamını bilmesini de gerektirir. Dava konusu somut olayda, davaya konu 2001 / 9, 10 ve 11'inci aylara ilişkin prim borçlarının yapılandırılmadığı ve daha sonrasında da yapılandırmaya ilişkin bir talepte bulunulmadığı ve dolayısıyla davacı şirketin özen yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşıldığından, yapılandırmaya konu borçlarını takip etme yükümlülüğü davalı Kuruma yüklenemez. Yukarıda belirtilen hukuki ve fiili durumlar ışığında davanın reddi yerine kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”<sup>40</sup>.

Ancak kimi zaman TTK m.18/II'ye ilişkin mutlak (istisnasız) algı Yargıtay'ı da rahatsız etmekte ve Yargıtay bu mutlaklığı dürüstlük kuralından hareketle yumuşatmaktadır:

“...Taraflar arasında imzalanan personel taşıma sözleşmesinin 4. maddesinde; sözleşmenin, imzalandığı tarihten itibaren bir yıl süreyle geçerli olduğu, bir yıllık sürenin bitiminden bir ay önce taraflardan herhangi biri, fesih için diğerine ihbarda bulunmadığı takdirde sözleşmenin kendiliğinden birer yıllık sürelerle uzayacağı, yüklenicinin sözleşmeyi süresinin sona ermesinden evvel feshetme hakkının olmadığı, davalı bankanın ise dilediği zaman, bildirimde bulunmaksızın, bildirim önelsiz, tazminatsız ve tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebileceği, yüklenicinin, fesih halinde davalıdan her ne

<sup>39</sup> Y.11.HD., E. 2015/3801, K. 2015/10336, T. 12.10.2015, www.kazanci.com.

<sup>40</sup> Y.10.HD., E. 2013/22218, K. 2014/16531, T. 3.7.2014, ww.kazanci.com.

nam altında olursa olsun hiçbir bedel, tazminat v.s. talep edemeyeceği, bu halde, davalı Finansbank'ın her türlü ödeme yükümlülüğünün son bulacağı kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin tarafları tacirdir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/2. maddesine (mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 20/ II. maddesine ) göre her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Bu ilke sözleşmenin imzası, ifası ve fesbi aşamalarının hepsinde gözetilmesi gereken ilke olması sebebiyle mahkemece, sözleşmenin davacı aleyhine hükümler içermesine rağmen bu durumu kabul eden tacir davacının sözleşme serbestisi ilkesiyle sözleşme hükmü nazara alındığında tazminat, bedel vb herhangi bir talepte bulunamayacağı belirtilmiştir. Bu gerekçe ilke olarak doğru ise de, imzalanmış sözleşmenin yürütümü sırasında da hukukun genel ilkelerinden olan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince de, hak ve borçların kullanımı ve ifasında da iyiniyet kurallarına uyulması gerekmektedir. Bir hakkın sırf başkasını zarara sokacak şekilde kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez. Uyuşmazlık konusu sözleşme hükmü bu açıdan değerlendirildiğinde bu sözleşme maddesinin davalıya keyfi olarak nitelendirilebilecek mutlak bir hak bahşetmediğinin kabulü gerekir. O halde, mahkemece, davalının sözleşmeyi fesihte haklı olup olmadığı yönünde değerlendirilme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir<sup>41</sup>.

Yakın zamana kadar Yargıtay'ın TTK m.18/II'yi en yüksek derecede özen öngördüğü şekildeki yaklaşımının tek istisnası, aile konutu üzerinde (başta rehin hakkı olmak üzere) iyiniyetle aynı hak iktisabı bakımından bir tacir olarak bankaların iyiniyetli sayılabileceğini öngören Yargıtay 2.Hukuk Dairesi uygulamasıdır. 2. Hukuk Dairesi, -2011 yılına ait bir kararı haricinde<sup>42</sup>- malikinin aile konutu niteliğindeki

<sup>41</sup> Y.11.HD., E. 2014/16555 ,K. 2015/1207, T. 4.2.2015, www.kazanci.com.

<sup>42</sup> Y.2.HD., E. 2010/19635 ,K. 2011/9192, T. 26.5.2011, www.kazanci.com: “..Dava konusu taşınmazın aile konutu” olduğu hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. ( T.M.K. madde 194/1 ) Konut üzerinde hak sahibi olan davalı kocanın eşinin açık rızasını almadan ortağı olduğu dava dışı şirketin kredi borcunun teminatı olmak üzere, konut üzerinde diğer davalı banka lehine 25.8.2005 tarihinde ipotek tesis ettiği anlaşılmaktadır. İpotek tesisine ilişkin işlemde önce taşınmazın tapu kütüğünde “aile konutu” olduğuna ilişkin bir şerh bulunmamaktadır. Bu durumda davalı bankanın ipotége ilişkin kazanımı, iyiniyetli ise korunur. (T.M.K. madde 1023) Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. (T.M.K. madde 3) Lehine ipotek tesis edilen davalı banka tacirdir. Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır. (T.T.K. madde 20/2) Basiretli hareket etme yükümlülüğü, teminat olarak gösterilen taşınmazın hukuki ve fiili durumunu ve kullanma şeklini bilmeyi de gerektirir. Bu yükümlülüğünün gerektirdiği özeni göstermeyen bankanın iyiniyet iddiası dinlenmez. Öyleyse davalı bankanın Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinin sağladığı korumadan yararlanması mümkün değildir. Bu açıklamalara göre davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır”.

taşınmazı üzerinde banka lehine ipotek tesisi halinde bankanın ilgili taşınmazın aile konutunu niteliği konusunda iyiniyetli olması durumunda ipotek hakkı iktisabına imkan tanıyan istikrarlı kararları ile izin verirken<sup>43</sup>, 2015 yılındaki bir kararı ile bankaların iyiniyetli olabileceği kabulünü koruyarak ve fakat "basiretli tacir ölçütünden hareketle" iyiniyetli sayılması için bankanın gerekli özeni göstererek eşin imzası ile birlikte kimlik tespitiyle birlikte imzasını işlem sırasında alması gerektiğine hükmetmiştir<sup>44</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) ise 2015 yılından itibaren Yargıtay

<sup>43</sup> Y.2.HD., E. 2014/11835, K. 2014/18849, T. 29.9.2014, www.kazanci.com: "...KARAR : Davacı, aile konutu olan taşınmaz üzerinde davalı eşi tarafından diğer davalı banka lehine kendi rızası alınmadan ipotek tesis edildiğini, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince ipotegin kaldırılmasını istemiştir. Davalı banka iyiniyetli olduğunu savunmuştur. Mahkemece, davacı kocanın rızası alınmadan davalı kadın adına tapuda kayıtlı olan ve aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde davalı banka lehine ipotek tesis edildiği belirtilerek, davanın kabulüyle ipotegin kaldırılmasına karar verilmiştir. İpotek tesisine dair işlem den önce tapu kütüğünde "aile konutu" olduğuna dair bir şerh bulunmadığına göre, davalı bankanın ipotete dair kazanımı iyiniyetli olması halinde korunur ( TMK. madde 1023). Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. İyiniyetin varlığı asıl olduğuna göre, ipotete dair kazanımda davalı bankanın kötü niyetli olduğunu kanıtlaya yükümlülüğü, bunu iddia edene düşer (TMK. madde 6). Davacı, davalı bankanın kötüniyetli olduğunu gösteren bir delil getirememiştir. Bu durum nazara alınmadan davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir". Aynı şekilde: Y.2.HD., E. 2012/23427, K. 2013/15592, T. 5.6.2013, www.kazanci.com.

<sup>44</sup> Y.2.HD.; E. 2014/21620, K. 2015/4106, T. 11.3.2015, www.kazanci.com: "...Toplanan delillerden; davaya konu taşınmazın aile konutu olduğu, davalı bankanın ipotek işlemi sırasında davacı kadın eşin rızasını almadığı gibi, mahkemece yaptırılan imza incelemesi sonucunda da muvafakatnamedeki imzanın davacı kadın eşe ait olmadığı anlaşılmaktadır. Banka, davacı kadın eşin rızasını gösteren muvafakatname istediğine göre taşınmazın aile konutu olduğunu biliyor demektir. Basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gereken davalı bankanın gerekli özeni göstererek kimlik tespitiyle birlikte imzasını işlem sırasında alması gerekirdi. Bu durumda iyi niyetin varlığından söz edilemez. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi doğru olmamıştır".

Aslında eşin katılımı ile kimlik tespitine dayalı rıza, iyiniyet olgusuna bağlı bir sorun olmayıp, TMK m.194/I uyarınca aranan açık rızanın aranmasına ilişkin bir sorundur: Y.2.HD., E. 2010/10795, K. 2010/13443, T. 5.7.2010, www.kazanci.com: "...Üzerinde, ipotek tesis edilen taşınmazın davacı ile eşi davalı Yakup'un aile konutu olduğu tartışmasızdır. Konut üzerinde hak sahibi olan davalı kocanın, eşinin rızasını almaksızın dava dışı üçüncü kişinin doğmuş ve doğacak borçlarının teminatı olmak üzere 2.8.2007 tarihinde 15899 yevmiye numaralı işlemle konut üzerinde davalı banka lehine ipotek tesis ettirdiği anlaşılmaktadır. Taşınmazın tapu kaydında, ipotek tesisine ilişkin işlem den önce aile konutu olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığına göre, lehine ipotek tesis edilmiş olan banka iyiniyetli ise bu kazanımının korunacağında kuşku yoktur (T.M.K. madde 1023 ). Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz ( T.M.K. madde 3 ). Davalı bankanın ipotek tesisinden önce kendi elemanları vasıtasıyla konutun nitelik, kullanım durumu ve değerinin belirlenmesi için inceleme yaptığı, bu inceleme sonucu düzenlenen 2.7.2007 tarihli ekspertiz raporunda taşınmazın "mesken" niteliğinde olduğu, mal sahibi tarafından bu şekilde kullanıldığı belirtilmiş ve ekspertiz raporuna taşınmazı mefruş halde gösteren fotoğrafları da çekilerek eklenmiştir. Ekspertiz raporundaki bu tespitler karşısında davalı bankanın basiretli davranmadığı ( T.T.K. madde 20/2 ) açık olup, iyiniyet iddiası haklı değildir. O halde, aile konutu üzerindeki hakların

2.Hukuk Dairesi'nin ilk derece mahkemelerinin bankanın iyiniyetli olamayacağı yönünde verdiği ilamları bozan kararlarına ilişkin direnme kararlarını, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi'nin görüşünün aksine bankaların iyiniyetli olamayacağından hareketle yerinde bulmakta ve onamaktadır. Örneğin YHGK bir kararında<sup>45</sup> “basiretli tacir/iş adamı olarak hareket etme yükümünden hareketle bankayı iyiniyetli saymayan ilk derece mahkemesi kararını” bozan Daire kararına karşı verilen direnme kararını “açık rızanın aranması” yönündeki gerekçesi ile onamıştır: “Somut olaya gelince, dava konusu taşınmazın tapu kaydında ipotek tesis edildiği tarihte aile konutu şerhi bulunmadığı açıktır. Davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır. Hal böyle olunca, mahkemece yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir”<sup>46</sup>.

Sonuçta Yargıtay'ın “basiretli tacir” ölçütünü “en yüksek derecede özen” ekseninde ele aldığı noktada İsviçre öğretisi ve yargı uygulamasına paralel olarak öğretilde OĞUZMAN'ın ifade ettiği<sup>47</sup> “Örnek olarak A, B'den mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile satın aldığı bir makineyi fabrikasına yerleştirdikten sonra, fabrikayı C'ye satıp onun adına tescil ettirmişse, C iyiniyet sahibi olarak kaydıyla makinenin mülkiyetini kazanır” şeklindeki hukuki örneğin fabrika işleten tacir için Türk Hukukunda gerçek bir karşılığı yoktur.

---

sınırlanması niteliğindeki ipotek tesisine ilişkin işlemin iptali ve sicildeki ipoteğin terkinine karar verilmesi gerekirken, isteğin reddi doğru bulunmamıştır...KARŞI OY : Davalı banka, Türk Ticaret Kanunu 20/2. maddesi gereğince basiretli bir tacir gibi hareket etmelidir. Bu sebeple Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince yaptırılan ekspertiz işleminde tespit edildiği gibi, tapu kayıt malikinin içinde oturduğu taşınmazın aile konutu olduğunu davalı banka bilebilecek durumdadır. Davalı banka yapılan işlemde Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde belirtilen eşin “açık rızasını almak zorundadır. Davacı eşin, işleme açık rızasının mevcut olduğunu veya en azından açık rızanın verilmiş sayılması gerektiğini, ispat yükü kendisine düşen davalı banka, bunu usulünce kanıtlamış değildir. Bu sebeple yerel mahkeme hükmünün değişik gerekçeyle bozulması gerektiğini düşünüyorum”.

<sup>45</sup> YHGK, 21.10.2015 T., E. 2015/2-247, K.2015/2323, www.kazanci.com.

<sup>46</sup> Aynı şekilde: YHGK, 15.05.2015 T., E. 2013/2-2306, K. 2015/1356, www.kazanci.com: “... Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde ipotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır. H.G.K.nda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek tesis tarihinde tapu kütüğünde aile konutu şerhi bulunmaması sebebiyle ipotek alacaklısı şirketin kötüniyetli olduğunu kanıtlanma yükünün davacıya ait olduğu ileri sürülmüş ise de yukarıda açıklanan sebeplerle bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir”.

<sup>47</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.299.

#### IV. TTK m.18/II'nin TBK m.506/III Hükümü Üzerindeki Etkisi

Yargıtay'ın "basiretli iş adamı/tacir (davranışı)" ölçütünü "en yüksek derecede özen" düzeyine çeken bu yaklaşımı Türk Borçlar Kanunu'nun Kanun Koyucusu tarafından da benimsenmiş ve vekalet sözleşmesinde eBK m.390/I kapsamında kabul edilen "mesleğe/alana özgü ortalama vekilin ortalama davranışı" ölçütü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.506/III'de "basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışa" dönüştürülerek ağırlaştırılarak kabul edilmiş görülmektedir.

TBK m.506/II, "*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*" hükmünü içermektedir. TBK m.506/II ve oradaki "özen" kavramı, -TBK m.506/III hükmünden bağımsız ve sözleşme ihlaliyle bağlantılı bir hüküm olarak- vekilin asli edimini (iş ve hizmet görmeyi) kötü ifa etmeme yükümünü" ifade eder. Vekilin vekalet sözleşmesini kötü ifası için, -TBK m.506/III'te kusurun (ihmalin) varlığı için aranan özen ölçüsünün ötesinde- vekilin, somut olaya göre ideal bir vekilden beklenebilecek en yüksek derecedeki özenli davranıştan sapma oluşturacak bir davranışının varlığı (objektif özen yükümü ihlali) yeterlidir<sup>48</sup>. En yüksek ölçüde özenli bir davranışın belirlenmesinde, bir mesleğin yürütüm tarzından veya belirli bir mesleğin (uzmanlık alanının) genel kabul görmüş kuralları ve bilgi standartlarından yararlanılabilir. Hekimin sorumluluğu bakımından kullanılan temel kavram, "meslek hatasıdır". Buna karşılık vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m.506/III hükmü, vekilin sözleşmesel sorumluluğunun "kusur (ihmal)" unsurunun belirlenmesinde işlev görür.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (eBK'nın) yürürlük döneminde Kanun Koyucu, vekalet hukukunda vekilin kusur bakış açısı altında sarf etmesi gereken özeninin ölçüsünü eBK m.390/I'de eBK m.321/II'ye yaptığı bir atıf ile düzenlemiş olsa bile; hakim öğreti söz konusu atfı, Kanun Koyucu'nun hatalı bir davranışı olarak görmekteydi ve eBK m.321/II'nin özen ölçüsünü yeterli bulmayarak, vekilden işçiye nazaran daha fazla özen beklenmekteydi. Sonuçta hakim öğreti, eBK m.390/I'in eBK m.321/II'ye yaptığı atıfı bağılı kalmayarak, esaslı gerekçelerle eBK m.321/II'nin subjektif özen ölçüsünü dışlayarak; vekilin ihmalinin belirlenmesinde mesleğe özgü ortalama vekilin ortalama davranışına dayalı olarak objektifleştirilmiş özen ölçüsünü kabul etmekteydi. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de vekilin ihmalinin ölçüsünün tespitinde "ortalama vekil"i esas aldığı görülmektedir<sup>49</sup>. Yargıtay da eBK'nın yürürlük döneminde her ne kadar birçok kararında eBK m.390/I'in eBK m.321'e olan atfıyla vekilin, işçi gibi özenle işini yerine getirmek zorunda olduğunu "klişe ifade" olarak vurgulasa da, vekilin kusurunun tespiti için "mesleğe özgü ortalama vekil" esas ala-

<sup>48</sup> GÜMÜŞ, II, s.183-184. Galeriye satılmak üzere bırakılan otomobilin çalınması: Y.13.HD., 29.11.2005 T., 11622/17534, www.kazanci.com.

<sup>49</sup> BGE 124 III 161; 117 II 566; 115 II 64; 108 II 425; 91 II 441; 77 II 58 vd.; 64 II 207.

rak “objektifleştirilmiş özen ölçüsüne” dayanmaktaydı<sup>50</sup>. Oysa TBK Kanun Koyucusu, TBK m.506/III’te yeni getirdiği “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*” hükmü ile, TTK m.18/II’nin “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*” hükmüne benzer bir şekilde, vekilin ihmali belirlenmede, “basiretli bir vekilin davranışını” esas almıştır. Yeni hüküm ile, Kanun Koyucusu, Yargıtay’ın TTK m.18/II’ye ilişkin yaklaşımına paralel olarak vekilin özen ölçütünü yükseltmiş, çok daha fazla objektifleştirmiştir<sup>51</sup>. TBK m.506/III hükmü bütün vekalet sözleşmeleri için uygulama bulduğu takdirde, somut vekilin ortalama bir vekilin ortalama davranışını göstermesi, özensiz ve dolayısıyla sorumsuz sayılması için yeterli sayılmayacaktır. Vekilin özenli davranmış sayılması için basiretli bir vekilin göstermesi gereken bütün özeni göstermesi gerekecektir. Bu noktada kanımızca vekilin sorumluluğu bakımından, eğer vekil mesleki faaliyeti kapsamında bir profesyonel olarak vekalet veren menfaatine iş ve hizmet görmeyi borçlanmamışsa, TBK m.506/III’teki gibi aşırı derecede yükseltilmiş özen ölçüsü, pozitif hukuk planında, kanun amacı ve koruduğu değerler bakımından bir “sapma” oluşturacaktır. Bu nedenle ortaya çıkan örtülü kanun boşluğu, TBK m.506/III’ün öngördüğü “basiretli vekilin davranışını” esas alan aşırı objektifleştirilmiş özen ölçütünün, sadece vekilin mesleki faaliyeti kapsamında iş ve hizmet görmeyi borçlandığı vekalet sözleşmeleri için uygulanması ile doldurulması yerinde olacaktır. Bu durumda mesleki ve profesyonel bir iş ve hizmet görmeye dayanmayan vekaletlerde “ortalama vekilin ortalama davranışı”, iş veya hizmet gören vekilin ihmalinin ölçütünü oluşturmaya devam edecektir. Ancak bu paragrafta yer alan ve daha önce yayınladığımız bir eserimizde de yer alan<sup>52</sup> bu tespitlerimiz Yargıtay’ın yaklaşımına uygun olarak “basiretli iş adamı davranışı” ölçütünün “mesleğe/alana ilişkin ortalama kişinin ortalama davranışından” daha yüksek bir özeni imlediğinin kabulü

<sup>50</sup> Kararlarla birlikte ayr.ol.bkz. GÜMÜŞ, s.328 ve oradaki dipnotlar.

<sup>51</sup> Y.1.HD., E.2014/7980, K. 2015/9428, T. 24.6.2015, www.kazanci.com: “...Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.” hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. (TBK’nin 504/1) Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmaması veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu göz ardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen maddenin son fıkrası uyarınca sorumlu olur. Bu sorumluluk BK’de daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK’de benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin sorumluluğu esas alınarak daha da ağırlaştırılmıştır...”.

<sup>52</sup> Bkz. GÜMÜŞ, II, s.162 vd.

halinde bir anlam taşır. Gerçekte "basiretli davranış" ölçütünün "ortalama davranış" ölçütü ile özdeş olduğunun kabul edilmesi halinde, TBK m.506/III'de öngörülen ölçüt eBK'nın yürürlüğü döneminde vekilin özen ölçüsü olarak eBKm.321/II'nin lafzını dışlayarak öğreti ve yargı kararlarında öngörülen -ve genel ihmal ölçütüne de özdeş- ölçütü karşılamaktan, yasal hale getirmekten başka bir işlev taşımayacaktır. Maddenin, "...Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 390 uncu maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkırada, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır..." şeklindeki gerekçesi de, önceki eserimizdeki yorumumuzun aksine<sup>53</sup> bu sonucun kabulünü desteklemektedir.

## V. TTK m.18/II'nin Hak ve Borç Doğurucu Gücünün Reddi

Bunun dışında Ticaret Hukuku öğretisinin genel kabulüne göre basiretli işadama gibi davranma yükümü, sözleşmede açıkça öngörülen yükümler dışında, sözleşmenin amacı veya dürüstlük kuralının yanında diğer bir yan yüküm "kaynağı" olarak belirir<sup>54</sup>. Örneğin, vekalet hükümlerinin uygulanacağı taşıma sözleşmesi bakımından, taşıyıcı, öngörülür bir tacir olarak yolcuların zarara uğramamaları için gerekli tedbirleri almak ve özellikle konaklama yerlerini özenle seçmek zorundadır<sup>55</sup>. Oysa TTK m.18/II hükmü ne bir hak ne de borca varlık verir, kendisi işlem hayatı bakımından genel sorumluluk (ihmal) ölçütünü somutlaştırır, açık hale getirir. Bu sonuç Alman Öğretisinde yine "basiretli tacir" ölçütü öngören AMK §347/I hükmüne ilişkin olarak açık olarak vurgulanmaktadır<sup>56</sup>. Tacir için bir yan yüküm veya koruma yükümü doğumu mümkünse bunun kaynağı, taraflar arasındaki güven ilişkisine dayalı olarak dürüstlük kuralından (TMK m.2) başka bir şey değildir<sup>57</sup>. Dolayısıyla genel ihmal ölçütünü ticari işlem alanı için açıklayıcı, somutlaştırıcı bir işlev görmeyen, dolayısıyla gereksiz olan TTK m.18/II hükmüne ayrıca borç ve hak doğurucu bir etki tanıyan yaklaşım uygun değildir.

<sup>53</sup> Bkz.GÜMÜŞ, II, s.163.

<sup>54</sup> Örn.ARKAN, s.139; İMREGÜN, s.38; POROY/YASAMAN, s.154-155; BAHTİYAR, s.79.

<sup>55</sup> ARKAN, s.131.

<sup>56</sup> EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN, §347 HGB N.1; BAUMBACH/HOPT, §347 HGB N.1; SCHMIDT, §347 HGB N.3.

<sup>57</sup> HONSELL, Art.2 N.16; HAUSHEER/JAUN, Art.2 N.59 vd., s.122 vd.; PFAFFINGER, Art.2 N.6 s.8; BGer 4A 656/2010; BGE 129 III 604; 119 II 456.

**KAYNAKÇA**

- AKKANAT, Halil: Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010.
- ALTAŞ, Hüseyin: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m.1-7), Ankara 2014.
- ALTOP, Atilla: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Sorumlulukları, İstanbul 1996.
- ANTALYA, O.Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012.
- ANTALYA, O.Gökhan/TOPUZ, Murat: Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2015.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 15.B., Ankara 2011.
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 6.B., Ankara 2013.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 10.B., İstanbul 2011.
- BAUMANN, Max: Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, (BAUMANN, Max/DÜRR, David/LIEBER, Viktor/MARTI, Arnold/ SCHNYDER, Bernhard), Zürich 1998.
- BAUMBACH/HOPT: Handelsgesetzbuch, 36. Aufl., 2014.
- BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, 4.B, Bursa 2013.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 2.B., Ankara 2013.
- ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.389-402.
- ÇEKER, Mustafa: Ticaret Hukuku, 6.B., Adana 2013.
- DERENDIGER, Peter: Die Nicht und die nicht richtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Aufl., Zürich 1990.
- DEUTSCH, Erwin: Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1996.
- DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5.B., İstanbul 2007.
- EBENROTH/BOUJONG/JOOST/STROHN: Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 2015.
- EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3.B., Ankara 1987.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.B., Ankara 2015.
- FELMANN, Walter: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014.



- GIGER, Hans: Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden, Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht Jubiläumsschrift, Freiburg 1982, s.369-396.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 3.B., İstanbul 2014 (II).
- HATEMİ, Medeni Hukuk'a Giriş, 7.B., İstanbul 2013.
- HAUSHEER, Heinz/JAUN, Manuel: Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003.
- HOFER, Sibylle: Berne Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I Einleitung und Personenrecht, 1.Abteilung: Einleitung Artikel 1-9 ZGB, Bern 2012.
- HONSELL, Heinrich: BVAsler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, (HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), 4.Aufl., Basel und Frankfurt am Main 2011.
- İMREGÜN, Oğuz: Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 13.B., İstanbul 2005.
- JÄGGI, Peter: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966.
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 23.B., Konya 2012.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, 3.B., Ankara 1968.
- KİZİR, Mahmut: Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, SÜHFD, Cilt 19 , Sayı 2, , Yıl 2011, s.245 vd.
- KOLLER, Alfred: Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, 2.Aufl., Freiburg 1989.
- OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 21.B., İstanbul 2015.
- OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY\_ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 17.B., İstanbul 2014,
- OSWALD, Christoph: Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Zürich 1988.
- ÖZ, Turgut: Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997.
- PFAFFINGER, Monika: Kurz Kommentar ZGB (Andreas Büchler, Dominique Jacob), Basel und Frankfurt am Main 2011.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2012.
- SCHIMIDT, Karsten: Münchener Kommentar zum HGB, Handelsgesetzbuch, Viertes Buch. Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften (§ 343 - § 372), 3. Aufl, 2013.

- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Bern 2009.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm /Kişiler Hukuku, 4.B., İstanbul 2013.
- TANDOĞAN, Halük: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet, Ankara 1961 (Mes'uliyet).
- ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN: Ticari İşletme Hukuku, 5.B., İstanbul 2015.
- WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 53.Aufl., (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Basel und Frankfurt am Main 2011 .
- WEBER, Rolf H.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art.1-529 OR, 53.Aufl., (Herausgeber: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Basel und Frankfurt am Main 2011 .

# ROMA HUKUKUNDA STATULIBER

## (Statuliber In The Roman Law)

Yrd. Doç. Dr. G. Burcu GÜNVEREN\*

### ÖZET

Roma hukukunda vasiyetname ile azat etme işlemi (*manumissio testamento*), kölenin özgürlüğüne kavuşmasını sağlayan dolayısıyla köleliği sona erdiren sebeplerden biridir. Vasiyeti düzenleyen kölenin sahibi vasiyetnamede dile getirdiği iradesiyle, köleye hürriyetini, doğrudan verebilirdi. Bunun dışında vasiyetname ile azat etme işlemi, vasiyeti düzenleyen kimsenin kullandığı ifadeye göre, vasiyet edenin mirasçısına veya lehine belirli bir mal vasiyet ettiği kimseye, köleyi, azat etmeyi yükleyen bir ölüme bağlı tasarrufu ile de gerçekleştirilebilirdi. Bu durumda azat etme işlemi kölenin sahibi haline gelen mirasçı veya lehine mal bırakılan kimse yapardı. Eğer vasiyetnamede vasiyet eden tarafından kölenin azat edilmesi için, şart konulmuş veya bir vade öngörülmüş ise, köleyi özgürlüğüne kavuşturacak azat etme işleminin yapılması için, şartın gerçekleşmesini veya vadenin gelmesini beklemek gerekirdi. Roma hukukunda kölenin, özgürlüğünü beklediği bu zaman zarfında, içinde bulunduğu hukuki durum, *statuliber* olarak ifade edilmektedir. *Statuliber*'in özgürlüğüne kavuşması için öngörülen şart gerçekleşir veya vade gelirse, köle, mirasçı tarafından başkasına devredilmiş olsa dahi, *ipso iure* özgür olurdu.

Çalışmamızda *statuliber* kavramı açıklandıktan sonra, bu hukuki durumun kazanılması için gerekli olan geçerlilik şartları ile özgürlüğünü bekleyen *statuliber*'in, beklenen hakkını himaye eden hükümlere de yer vermek kaydıyla, *statuliber*'in hüküm ve sonuçları, ele alınarak incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** *Statuliber*, Vasiyetname ile azat etme (*manumissio testamento*), Şart (*condicio*), Vade (*dies*), Şarta bağlı azat etme.

### Abstract

The process of manumitting a slave by will (*manumissio testamento*) is one of the factors that enabled him to obtain his freedom, ending his slavery in Roman law. The master of the slave, who prepared the will, could directly free the slave upon the command that he stated in the testament. Moreover, in accordance with the

---

\* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

statement of the person who made the will, the process of manumission by will could be fulfilled through a disposition imposing the freedom of the slave subject to a death by the testator's heir or to whom he legated a certain property in his favor. In this case, either the person who became the master or the person who was legated a property in his favor conducted the manumission. If the testator added a condition or set a due date for releasing the slave in the will, so as to perform the process of manumission, it was necessary to wait until the condition was fulfilled or until the due date arrived. In this period during which the slave waited for his freedom, the legal status of the slave is defined as *statuliber*. When the condition was fulfilled or the due date arrived, the slave would be free *ipso iure* even if the heir transferred him to another person.

This study describes and examines the concept of *statuliber*, dealing with the necessary conditions of effectiveness to gain this legal status, as well as the judgments and decisions of the *statuliber* by referring to the judgments protecting the *statuliber*, who hoped to acquire his liberty, throughout this period.

**Keywords:** *Statuliber*, Manumission by will (*manumissio testamenti*), Condition (*condicio*), Due date (*dies*), Manumission subject to a condition.

## I. Kavram ve Hukuki Nitelik

En genel anlamı ile *statuliber*, bir şartın gerçekleşmesi koşulu ile ya da bir vadenin tamamlanması neticesinde özgürlüğü vasiyet ile bahşedilen kölenin<sup>1</sup>, şartın gerçekleşmesi ya da vadenin gelmesine kadar içinde bulunduğu hukuki durumu ifade eder<sup>2</sup>. *Digesta*'da yer alan aşağıdaki metinde ve Klasik Hukukçulardan *Ulpinianus*'un eserinden alınan metinde *statuliber*'in kim olduğu açıklanmaktadır:

D. 40.7.1. pr: “*Statuliber est, qui statutam et destinatam in tempus vel conditionem libertatem habet*”.

“*Statuliber*, özgürlüğü bir sürenin tamamlanmasına veya bir şartın yerine getirilmesine bağlı olarak sağlanacak olan kimsedir”.

<sup>1</sup> Roma hukukunda *status libertatis* (hürriyet durumu) açısından insanlar, hürler ve köleler olarak ayrılırlardı. Hür kimseler, ya doğuştan hürdü (*ingenuus*) ya da kölelikten kurtulmak suretiyle özgürlüklerine kavuşmuş olan azatlılar (*libertus*) idi. Hür olmak, hak ehliyetine sahip olmanın şartlarından biri olduğundan köle hak sahibi olamazdı. Bizzat kendisi hakkın konusunu oluştururdu ve klasik devirde *res Mancipi* sınıfına dâhil olan bir maldı. *Pater familias*'ın kölesi üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkı, “*dominium*” olarak adlandırılırdı. Roma hukukunda Klasik hukuk döneminin sonlarına kadar *res Mancipi- res Mancipi* mal ayrımı kullanılmıştı. *Ius civile*'ye göre üzerindeki binalarla birlikte İtalya arazisi, bu arazi üzerindeki arzi irtifaklar, köleler, fil ve deve hariç yük ve çeki hayvanları *res Mancipi* sınıfından mallardır. Bu malların dışında kalan mallar *res nec Mancipi* mallardır. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 44-45; KOSCHAKER, P. /AYİTER, K., Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 75.

<sup>2</sup> BUCKLAND, W.W, The Roman Slavery, New Jersey, 2000, s. 286; UMUR, Z., Roma Hukuk Lüğatı, İstanbul 1983, s. 201; BERGER, A., Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s.714.

Ulp. 2,1: “*Qui sub condicione testamento liber esse iussus est, statu liber apelletur*”.  
“Bir şart altında vasiyetname ile hür kılınan kimseye *statuliber* denir”.

Roma miras hukukunda vasiyet, kişilerin son iradelerini ortaya koyan, tek taraflı ve şekle bağlı bir hukuki işlemidir. Vasiyet düzenleyen kimse, bu sayede öldüğü zaman *ius civile*<sup>3</sup>’nin ölüm olayına kendiliğinden bağlayacağı sonuçları devre dışı bırakıp, kendi isteğine uygun hukuki sonuçları meydana getirmek imkânına sahiptir. *Ab intestatio*<sup>4</sup> mirasın geçerli olduğu ilk dönemlerin aksine vasiyetname ve vasiyette bulunma yaygınlaştıktan sonra, Roma miras hukukunda vasiyetname düzenleyen aile reisinin mutlak iradesi söz konusu olmuştur<sup>5</sup>.

Roma hukukunda vasiyetin asıl amacının mirasçı ataması olduğu kabul edilse de, vasi tayinleri ve köle azat etmeleri gibi tasarruflar, vasiyette mirasçı atamadan sonra yer alabilmekteydi. Vasiyetname ile azat etme işlemi (*manumissio testamento*), kölenin özgürlüğüne kavuşmasını sağlayan dolayısıyla köleliği sona erdiren sebeplerden biriydi. Vasiyeti düzenleyen kölenin sahibi vasiyetnamede dile getirdiği iradesiyle köleye özgürlüğünü verirdi. Vasiyeti düzenleyen kimsenin kullandığı ifadeye göre, köle vasiyetname ile doğrudan doğruya azat edilmiş ise, bir başka deyişle, şart konulmamış veya bir vade öngörülmemiş ise, miras kabul edilir edilmez, köle hür olurdu. Bunun dışında vasiyetname ile azat etme, vasiyet edenin, mirasçısına veya lehine belirli bir mal vasiyet ettiği kimseye<sup>6</sup>, köleyi, azat etmeyi yükleyen bir ölüme bağlı ta-

<sup>3</sup> Roma vatandaşlarına ait özel hukuka verilen isimdir. UMUR, Lügat, s. 100; BERGER, s. 160.

<sup>4</sup> *Ius civile*’ye göre, *ab intestatio* (kanuni miras) agnatik hısımlığa dayanırdı. XII Levha Kanunu’nda yer alan kurullar gereğince ölenin malvarlığı agnatik hısımlar arasında bölüşülürdü. Agnatik hısımlardan ilk dereceyi *sui heredes* denilen kişiler (aile evlatları, evlat edinilenler, *manus* altındaki kadınlar) oluştururdu. Bunlar *pater familias*’ın ölümü ile *sui iuris* hale gelen kimselerdi. Kız evlat, *pater familias*’ın ölümü üzerine aile malvarlığına erkek kardeşleriyle birlikte sahip olurdu. Bir başka deyişle, *sui heredes* olarak kız evlat da, ailenin bölünmemiş malvarlığı üzerinde (*consortium*) hisse sahibiydi. *Sui heredes*’in cinsiyeti miras paylarını etkilemezdi. Bununla birlikte kız evlat *manus*’lu evlilik gerçekleştirirse kendi ailesiyle agnatik bağları sona ererdi ve *ius civile* uyarınca kendi ailesinden miras hakkına sahip olamazdı. *Sui heredes* bulunmadığı zaman mirasçuları en yakın agnatik hısımlar oluştururdu. Kanuni miras (*ab intestatio*) ilkelerine göre, ölenin yakın agnatik hısımları yoksa o zaman malvarlığı gens üyelerine intikal ederdi. UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku -Borçlar Hukuku -Eşya Hukuku -Miras Hukuku, İstanbul 2010, s. 524.

<sup>5</sup> Bununla beraber, Cumhuriyet döneminde mirasbırakanın bu mutlak hakkını çeşitli sınırlamalara tabi tutma eğiliminin ortaya çıktığını ve *Iustinianus* döneminde bazı mirasçıların saklı paya sahip olmaya başladıkları bilgisini de paylaşmalıyız. DI MARZO, S., Roma Hukuku, (çev. UMUR, Z.), İstanbul 1959, s. 547, 552 vd; UMUR, Z., “Roma Miras Hukuku’nun Anahatları”, İÜHFD, C. XXXI, S. 1-4, 1966, s. 184 vd.

<sup>6</sup> Roma Hukukunda *Iustinianus*’tan önceki dönemde belirli mal bırakma işleminin iki şekilde gerçekleştiği görülmektedir. Bunlar *legatum* ve *fideicommissum*’dur. *Legatum*, bir vasiyetname veya vasiyetnameye yapılan bir ilavede, vasiyet edenin, atanmış mirasçının aleyhine başka bir kimseye yapmış olduğu bağışlamayı belirten ölüme bağlı tasarruftur. *Legatum*’lar yapılış şekillerine göre dört çeşittir: *-Legatum Per Vindicationem*; Bu tür *legatum*’larda lehine mal bırakılan kimse, vasiyet konusu malın mülkiyetini, vasiyet edennin kullandığı ifadeye bağlı olarak başka bir işleme gerek olmadan

sarrufu ile de gerçekleşebilirdi<sup>7</sup>. Bu durumda azat etme işlemini kölenin sahibi haline gelen mirasçı veya lehine mal bırakılan kimse yapardı. Eğer vasiyetnamede vasiyet eden tarafından kölenin azat edilmesi için şart konulmuş veya bir vade öngörülmüş ise, kölenin özgürlüğüne kavuşması için şartın gerçekleşmesini veya vadenin gelmesini beklemek gerekirdi. Böylece vasiyet eden, etkilerini kendi ölümünden sonrasında ertelediği şarta bağlı bir işlemle (ya da vade ilave ettiği bir işlemle) terekesini etkilemiş olurdu. Bir başka ifadeyle, vasiyet eden, temellerini henüz sağ iken attığı bir ölüme bağlı tasarrufa şart ya da vade ilave etmek suretiyle, bu işlemin hükümlerini kendi yaşamı boyunca askıya almakta ve etkilerini kendi ölümünden sonraya ertelemektedir. Vasiyet edenin ölümü ile hüküm ifade edecek olan vasiyet gereği, kölenin sahibi haline gelen mirasçı ya da lehine belirli mal bırakılan kimse, şartın gerçekleşmesi veya vadenin dolması üzerine köleyi özgürlüğüne kavuşturacak olan azat etme işlemini

doğrudan kazanırdı. *Gaius, Inst.* 2.193'te ifade edildiği üzere, vasiyet edenin, vasiyette “köle *Stichus*'u veriyor ve vasiyet ediyorum” veya “sahiplensin”, “onu alsın” şeklindeki sözleri kullanması, lehine mal bırakılan kimsenin sözkonusu malın mülkiyetini kazanması için yeterli idi.

-*Legatum Per Damnationem*; *Legatum*'un bu türünde lehine mal bırakılan kimse, mirasçıya karşı sözkonusu malın kendisine teslim edilmesine yönelik bir alacak ve talep hakkına sahip olurdu. *Gaius, Inst.* 2.201 ve *Ulpianus, Regulae* 24.4'te ifade edildiği üzere, vasiyet edenin, vasiyette “mirasçım köle *Stichus*'u vermeye mahkum olsun”, “versin” ya da “mirasçımın vermesini emrediyorum” şeklindeki sözleri kullanması ile bu tür *legatum* yapılırdı.

-*Legatum Sinendi Modo*: Bu *legatum* türünde mirasçının borcu vasiyet edilen malın mülkiyetini devretmeye yönelik işlemlerden birini yapmak değil, sadece o malın alınmasına tahammül ve müsaade etmektir. Bu tür *legatum*, *Gaius, Inst.* 2.209'da ifade edildiği üzere “mirasçım, *Lucius Titius*'un, kölem *Stichus*'u almasına ve onu sahiplenmesine ses çıkarmamaya mahkum olsun” şeklindeki sözlerin kullanılması ile olurdu.

-*Legatum Per Praeceptionem*; Bu vasiyet, *Gaius, Inst.* 2.216'da ifade edildiği üzere, “*Lucius Titius*, kölem *Stichus*'u henüz tereke taksim edilmeden önce alsın” şeklinde ifadeler kullanılarak yapılırdı.

*Fideicommissum* ise İlk İmparatorluk döneminde ortaya çıkmıştır. Vasiyet eden, kanuni mirasçıdan, atanmış mirasçıdan ya da kendisine belirli mal bırakılan kimseden, ölümünden sonra bir arzusunu yerine getirmesini rica ederdi. Bu tür vasiyetlerin yerine getirilmesini sağlayacak hukuki zorlama vasıtaları imparator *Augustus* zamanında ortaya çıkmıştır. Vasiyetin konusunun, vasiyet edene ait terekenin tamamına ya da bir bölümüne ilişkin olmasına göre, *fideicommissum universitatis* (genel *fideicommissum*) veya *fideicommissum speciale* (özel *fideicommissum*) olarak ikiye ayrılırdı. KÜÇÜKGÜNGÖR, E., Roma Hukukunda Vasiyetname (*Testamentum*), Ankara 2007, s.207 vd.; UMUR, Ders Notları, s.516 vd.; HONIG, R., Roma Hukuku, İstanbul 1938, s. 415 vd. İmparator *Augustus*'tan önce *fideicommissum*'un ifa edilmemesi halinde uygulanacak yaptırımın *ensor*'lar vasıtası ile ve dolaylı olduğuna ilişkin görüşle ilgili olarak bkz. KAYAK, S., “İmparator *Augustus*'tan Önce *Fideicommissum*'ların Yaptırıma Bağlanıp Bağlanmadığı Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 382-385.

<sup>7</sup> NICHOLAS, B., An Introduction to Roman Law, Oxford 1965, s. 73; UMUR, Z., Roma Hukuku- Tarihi Giriş, Kaynaklar- Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul 1984, s. 358; TAHIROĞLU, B./ ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Dersleri-Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 132; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar- Şahsın Hukuku- Hakların Korunması, Ankara 2014, (Tarihi Giriş) , S. 142-143.

yapma yükümlülüğü altındadır. *Statuliber*, kölenin, özgürlüğünü beklediği bu zaman zarfında, içinde bulunduğu hukuki durumu ifade eden bir kavramdır.

Belirtildiği üzere, vasiyetname ile azat etme, vasiyet edenin, mirasçısına veya lehine belirli bir mal vasiyet ettiği kimseye, köleyi azat etme yükümlülüğü yükleyen ölüme bağlı tasarrufu ile de gerçekleşebilirdi. Böylece sadece mirasçının değil, lehine belirli mal vasiyet edilen kimsenin kölesi de şarta tabi olarak azat edilebilirdi. Nitekim D. 40.7.39'dan anlaşıldığı üzere vasiyet eden, kölesi *Stichus*'u konu alan bir *legatum per vindicationem*<sup>8</sup> ile *Attius*'a köleyi bıraktıktan sonra, şarta bağlı olarak kölenin azat edilmesini sağlamaktadır. Şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin beklendiği zaman zarfı içinde köle, *statuliber* sayılır.

D. 40.7.39.pr.: “*Stichum attio do lego et, si is ei nummos centum dederit, liber esto*”. *Si servus ex testamento nummos attio dedisset, eos repetere heredem non posse Labeo existimat, quia Attius eos a servo suo acceperit, non ab heredis servo. Eum autem statuliberum esse Quintus Mucius, Gallus et ipse Labeo putant: Servius, Ofilius non esse. Superiorem sententiam probo, ita tamen, ut is servus heredis, non legatarii sit, utpote cum legatum statulibertate tollatur*”.

“*Stichus*'u *Attius*'a vasiyetle bırakıyorum, *Attius*'a yüz madeni para verirse, *Stichus* özgür kalsın. Vasiyete uyararak köle *Attius*'a paraları verdiği takdirde *Labeo*, mirasçının paraları geri isteyemeyeceğini düşünür, zira *Attius* bu paraları mirasçının kölesinden değil, kendine ait köleden almıştır. *Quintus Mucius, Gallus* ve *Labeo*'ya göre köle *statuliber* iken, *Servius* ve *Ofilius*'a göre değildir. Ben, vasiyet kölenin *statuliber* olmasıyla sona erdiği için, kölenin, kendisine belirli mal vasiyet edilene değil de mirasçıya ait olması kaydıyla, ilk görüşü uygun buluyorum”.

D. 40.7.42'de de kendisine belirli bir mal bırakılan kimsenin kölesinin şarta bağlı olarak azat edildiğine tanık oluyoruz. Şartın gerçekleşmesinin beklendiği dönemde köle, *statuliber* olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

D. 40.7.42: “*Si quis eundem hominem uxori suae legaverit et, cum ea nupsisset, liberum esse iusserit et ea ex lege nupsit, liber fiet is homo*”.

“Bir erkek, vasiyetle bir köleyi karısına bırakıp kölenin, karısı evlendiği takdirde özgür kalmasını emretmişse ve karısı yasal olarak evlenirse, köle özgür kalır”.

Vasiyet edenin ölümü üzerine hüküm doğuran vasiyetnamenin gereğinin yeri-

<sup>8</sup> *Iustinianus*'tan önce, Roma miras hukukunda mirasçının aleyhine olacak biçimde, bir başkasına belirli bir mal bırakmanın mümkün olduğu *legatum* türlerinden biri. Bir önceki dipnotta diğer türlerinin de açıklandığı *legatum per vindicationem* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. WATSON, A., *The Law of Succession in the Later of Roman Republic*, Oxford 1971, s. 122 vd.; UMUR, (Miras) s. 174 vd.

<sup>9</sup> WATSON, A., *The Law of Person in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, s. 203; BUCKLAND, W.W., *A Textbook of Roman Law From Augustus to Iustinian*, Cambridge 1932, s. 75.

ne getirilmesini bekleyen *statuliber*'in hak beklentisi içinde olduğunu ifade etmek gerekir<sup>10</sup>. Zira şartın gerçekleşmesi veya öngörülen vadenin tamamlanması ile özgürlüğüne kavuşarak, azatlı sıfatını kazanacak ve kısıtlı da olsa hak ehliyetine sahip olacaktır<sup>11</sup>. Bir başka ifadeyle, vasiyetin açıldığı ancak vasiyetin muhtevasında yer alan azat etme işleminin neticelerinin, şartın henüz gerçekleşmemesi (veya vadenin tamamlanması) dolayısıyla askıda olduğu dönemde, içinde bulunduğu hukuki durum nedeniyle *statuliber* beklenen hak sahibidir. Vasiyetnamenin vasiyet eden tarafından hazırlandığı ancak henüz ölüm olgusunun gerçekleşmediği için hüküm ifade etmediği dönemde ise, köle açısından beklenen haktan değil, fiili iktisap ümidinden bir başka deyişle alelade bir ümitten bahsetmek daha doğrudur. Zira azat etme yükümlülüğü altında olan kimse henüz borç altına girmemiştir ve borç altına girmesi henüz vasiyet eden kimsenin iradesine bağlıdır. Unutulmamalıdır ki, vasiyet eden ölüm anına kadar vasiyetten dönebilir. Bu bakımından bu zaman zarfı içinde, kölenin ancak özgürlüğüne kavuşma ümidinden bahsedilebilir. Beklenen hakka sahip olduğunu kabul edebilmek için, özgürlüğüne ve dolayısıyla hak ehliyetine sahip olacağı hususunda objektif bir değerlendirmeye göre az veya çok “kesinlik” olmalıdır. Vasiyetname hüküm ifade edip de azat etme işlemi için artık şartın gerçekleşmesinin (ya da vadenin tamamlanmasının) beklendiği dönemde mirasçı ya da lehine mal bırakılan kimse yükümlülük altındadır. Bu dönemde *statuliber*'in özgürlüğüne kavuşmasına ilişkin süreç başlamış ve ancak tüm unsurlar tamamlanmamıştır. Şartın henüz gerçekleşmediği bu ara dönemde, beklenen hak sahibi olarak *statuliber*'in himaye edildiğini ve onun durumunun zorlaştırılmayacağını açıklayan *Digesta* metinlerine, çalışmamızın “hüküm ve sonuçları” başlığı altında yer verilmiştir.

<sup>10</sup> Beklenen hak ile ilgili tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz. NOMER, H.N., Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002, s. 10 vd, ayrıca bkz. SEROZAN, R., Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979, s. 29 vd. ve SEROZAN, R./ENGİN, B. İ.: Miras Hukuku, İstanbul 2014, s. 70,71.

<sup>11</sup> Roma hukukunda bir kimsenin hak ehliyetine sahip olmasını belli *status*'lar belirlerdi. Bu *status*'lar; *status libertatis* (hürriyet durumu), *status civitatis* (vatandaşlık durumu) ve *status familiae* (aile durumu) idi. Bir kimsenin içinde yaşadığı toplum karşısındaki hukuki durumunu ifade eden üç *status* gereğince, ancak hür, Roma vatandaşı ve *sui iuris* kimseler hak ehliyetine sahipti. Köle durumundayken efendileri tarafından gerekli işlemlerle özgürlükleri verilenler, azatlı sıfatını alırlardı. Özgürlüklerini elde etmiş olsalar bile, daha önce köle olmaları, daha sonraki hayatlarını olumsuz etkilerdi. Kamu hukuku ve özel hukuk alanında çeşitli kısıtlamalar ile karşılaşılırdı. Azatlılar senatus üyesi olamazlardı, seçilme hakları yoktu, seçme haklarını kısıtlı olarak kullanabilirlerdi. İmparator *Augustus* zamanında, özgür Roma vatandaşı ile evlenmeleri mümkün değildi. Kendilerini azat etmiş olan eski efendilerine karşı yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülükleri vardı. Bir azatlı ancak imparatorun kararı ile özgür doğmuş bir Romalının hukuki statüsüne sahip olabilirdi. DI MARZO, s. 42; BERKİ, Ş., Romada Miras Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 1-4, 1953, s. 115-116.



## II. Statuliber Statüsünün Geçerlilik Şartları

Vasiyetname ile azat edilen kölenin, *statuliber* statüsünden kurtularak özgürlüğüne kavuşması imkânı, her şeyden önce vasiyetnamenin geçerli olmasına bağlıydı. Roma Hukukunda yapılan vasiyetnamenin öngörülen şekillere<sup>12</sup> uygun olarak yapılmaması veya mirasçı atama hükmünü bulundurmaması halinde geçersiz olduğu kabul edilirdi<sup>13</sup>. Mirasçı atamaya ilişkin vasiyet hükmünün de latince olması ve belli sözcükler kullanılarak yapılması gerekirdi. Aksi takdirde vasiyetname geçerli olmazdı. Vasiyetnamenin geçerli olmaması halinde, öngörülen şartın yerine getirilmiş olması, kölenin özgürlüğüne kavuşmasına imkân vermezdi.

D. 40.7.29.1<sup>14</sup> söz konusu durumu örneklemektedir:

D. 40.7.29.1: “*Quintus mucus scribit: pater familias in testamento scripserat “ si andronicus servus meus heredi meo dederit decem, liber esto”. deinde de his bonis coeperat controversia esse: qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, qui hereditatem possidebat, aiebat testamento se heredem esse. secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse. deinde andronicus quaerebat, si ipsi viginti dedisset, quoniam secundum eum sententia dicta est, futurusne esset liber an nihil videatur sententia, qua vicit, ad eam rem valere? quapropter si viginti heredi scripto dedisset et res contra possessorem iudicata esset, illum in servitute fore. labeo hoc, quod quintus mucus scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit: nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento, nihilo minus eum paruisse condicioni ei dando et liberum fore...”*

“*Quintus Mucius*, aile babasının vasiyetnamesinde şunu yazdığını yazar: “Mirasçığa on madeni para vermesi koşuluyla kölem *Andronicus* özgür kalsın”. Mirasçılık

<sup>12</sup> En eski vasiyet şekilleri *Gaius*'un *Institutiones*'inde de açıklandığı üzere (Gai. Inst. 2.101) üzere, *testamentum calatis comitiis* (barış döneminde belli zamanlarda *pontifex maximus* huzurunda toplanan eski *curia*'lar meclisi önünde yapılan vasiyetname türü) ve *testamentum in procinctu* (savaş zamanında vasiyet edenin, savaş düzeninde sıralanmış arkadaşlarının önünde sözlü olarak son iradesini açıkladığı vasiyetname şekli ) idi. Bu iki tür vasiyet şekli zamanla uygulamadan kalktı. Hukukçular bu iki vasiyet şeklindeki sınırlamalara tabi olmaksızın vasiyet yapılmasını sağlamak üzere yeni bir yöntem uygulamaya başlamışlardır. *Testamentum per aes et libram* adı verilen vasiyet şeklinde, vasiyet yapan kişi, malvarlığını bir bütün olarak *mancipatio* ile güvendiği bir arkadaşına devreder ve bu devir işlemi de, ölümünden sonra bu malvarlığını kendi talimatı çerçevesinde belirlediği kişilere dağıtmasını arkadaşından rica ederdi. *Mancipatio* yöntemi ile yapıldığından, vasiyetnamenin geçerli olabilmesi söz konusu devir muamelesinin içerdiği şekli şartların yerine getirilmiş olmasına bağlıydı. Anlaşılacağı üzere *testamentum per aes et libram*, oldukça zor ve karmaşık şekil şartlarını gerektiriyordu. Zamanla *mancipatio*'nun gerektirdiği şekil şartlarına uyulmaksızın yapılan vasiyetnamenin *praetor* tarafından geçerli olarak tanınması ile *praetor* vasiyetnamesi doğdu. BERKİ, s. 543-545; UMUR, Ders Notları, s. 508 vd.; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 123 vd.

<sup>13</sup> WATSON, Succession, s. 20-21; UMUR, Miras, s. 167; KÜÇÜKGÜNGÖR, s.100-101.

<sup>14</sup> Metnin geri kalan kısmı *statuliber*'in devredilmesi halinde, onu himaye eden hükme ilişkin olarak bizi aydınlatmaktadır ve çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, ilgili olan yerde kullanılacaktır.

hakkının kime ait olduğu üzerine bir anlaşmazlık çıkmıştı; mirasın zilyedi olan, atanmış mirasçı olduğunu iddia ederken, kanuni mirasçı olduğunu iddia eden mirasın ona ait olduğunu ileri sürdü. Hüküm, atanmış mirasçı olduğunu iddia eden erkeğin aleyhine verildi. Bunun üzerine *Andronicus* şu soruyu sordu: İddia sahibine yirmi madeni para vermiş olması sebebiyle, hüküm atanmış mirasçı olduğunu ileri süren erkeğin lehine verilseydi, köle özgür kalmış olacağından, kölenin özgürlüğü hususunda kararın hiçbir belirleyici etkisinin olmadığı düşünülür mü? Kararın belirleyici bir etkisi kesinlikle vardır, yanıtını vermiştir. Sonuç itibarıyla, atanmış mirasçıya yirmi madeni para vermesi ve hükmün atanmış mirasçı olan zilyedin aleyhinde sonuçlanması halinde, köle olarak kalacaktır. *Labeo*'ya göre, başarılı olan iddia sahibi vasiyetsiz ölme halinde hukuken mirasçı sayıldığından *Quintus Mucius*'un ifadesi doğrudur; fakat şayet atanmış mirasçı hâkimin hatalı kararı üzerine kaybetmişse, tarafına ödeme yapmış olacağından köle özgür kalır...”

Yukarıdaki metin dikkatli incelenmediğinde, *statuliber*'in özgürlüğüne kavuşması için gerekli olan şartı sağlayamadığı ve bu sebeple özgürlüğüne kavuşamadığı sanılsa da (kölenin vasiyetnamede mirasçı olarak gösterilen kimseye belirlenen miktarı vermesi ve asıl mirasçıya ödemenin yapılmamış olması), asıl gerçek vasiyetnamenin geçerli olmamasıdır. Vasiyetnamenin geçerli olmaması nedeniyle atanmış mirasçı mirasçılık sıfatını kazanamamıştır ve onun tarafından yapılacak tasarrufun geçerli olmayacaktır.

Vasiyetname ile azat edilen kölenin, *statuliber* olarak kabul edilmesi, vasiyetnamede öngörülen şartın niteliği ile de ilgiliydi. Kölenin özgürlüğüne kavuşması için öngörülen şartın, imkânsız olması halinde, vasiyet edenin, köleye özgürlüğünü bahşetmek gibi bir niyetinin olmaması bir başka deyişle gerçekten hukuki sonuç doğuracak bir işlem yapma iradesine sahip olmaması nedeniyle, kölenin *statuliber* sayılmayacağını hükme bağlayan bir metne rastlıyoruz (D. 40.7.4.1). İmkânsız olan bir şartın bulunduğu vasiyetnamenin geçersiz sayılması dolayısıyla kölenin de *statuliber* statüsüne kavuşmadığını anlıyoruz.

D. 40.7.4.1: “*Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is qui manumissus est vivere non possit: aut si tam difficilem, immo paene impossibilem condicionem adiecerit, ut aliunde ea libertas optingere non possit, veluti si heredi milies dedisset aut cum moreretur, liberum esse iussisset: sic enim libertas inutiliter datur, et ita iulianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est*”.

“Özgürlüğü, azat edileceği zamana kadar yaşamını sürdüremeyecek kadar çok ileri bir tarihe ertelenmiş olanlar veya vasiyet eden tarafından, mirasçıya bin madeni para verilmesi veya özgürlüğünün yalnızca ölüm döşeginde emredilmesi gibi özgürlüğün gerçekleşemeyeceği kadar çok zor ya da daha ziyade gerçek halde imkânsız bir şart sunulan erkekler *statuliber* değildir; *Iulianus*'un da yazdığı gibi, azat etme maksadı dahi olmadığından bu tür özgürlük imtiyazı geçersizdir”.

D. 40.7.4.1 gibi vasiyetname ile azat etme muamelesinde imkânsız şartın öngörüldüğü bir başka metin ise D. 40.7.39.4'tür:

D. 40.7.39.4: “*Si stichus attiae mille nummos dederit, liber esto*”. *attia vivo testatore decessit: non posse stichum liberum esse labeo ofilius responderunt: trebatius, si ante testamentum factum attia decessisset, idem: si postea, eum liberum futurum. labeonis et ofilii sententia rationem quidem habet, sed hoc iure utimur, ut is servus ex testamento liber sit*”.

“*Stichus Attia*’ya bin madeni para verirse özgür kalsın.” *Attia*, vasiyet eden henüz hayatta iken öldü. *Labeo* ve *Ofilius*, *Stichus*’un özgür olamayacağı cevabını vermişti. *Trebatius* da *Attia*’nın vasiyetname hazırlanmadan önce ölmesi halinde aynı görüşü paylaşmıştır; hazırlandıktan sonra ölmüşse, köle özgür kalacaktır. *Labeo* ve *Ofilius*’un görüşü uygundur; ancak şu an yürürlükte olan kanuna göre köle, vasiyetname gereğince özgürdür”.

D. 40.7.39.4’te hukukçulardan *Labeo* ile *Ofilius*’e karşı *Trebatius*’un farklı görüşe sahip olmasına yol açan bir husus vardır. Kölenin “bin” gibi yüksek bir miktarı ödemesinin şartı oluşturan bir olgu olarak belirlenmesinin, imkânsızlık oluşturduğunu ve vasiyet edenin gerçek iradesinin köleye özgürlük bahsetmek olmadığını göz ardı edecek olursak, metni daha karışık hale getiren ödeme yapılacak kişinin ölmesidir. Söz konusu kişinin vasiyetnamenin henüz hazırlanmadığı bir dönemde zaten hayatta olmaması, vasiyet edenin köleye özgürlüğünü bahsetme yönündeki iradesini sorgulamamızı gerektirir. Klasik hukukçulardan *Trebatius*’un, hukuki sorunu incelerken, vasiyetin hazırlanması esnasında ödeme yapılacak kişinin hayatta olup olmadığına göre ayırım yapması, vasiyet edenin iradesini araştırmak amacıyla olmalıdır. *Labeo* ve *Ofilius* ise, böyle bir ayırım yapmadan kölenin *statuliber* konumunu elde edemeyeceğini ve özgürlüğüne kavuşamayacağını yazmaktadır. Hukukçular arasındaki bu fikir ayrılığı ve konunun açıklığa kavuşamaması çok büyük ihtimalle Klasik devirde henüz *condicio impossibilis* (imkânsız şart) fikrinin yerleşmemiş olmasıdır. *Sabinianus*’ların<sup>15</sup> ileri sürdükleri ve sonradan hâkim olan kanaate göre ölüme bağlı tasarruflarda ve tabi ki vasiyetname ile azat etme muamelelerinde, imkansız olan şartların hiç konmamış gibi farz edilerek, muamelenin geçerli olduğu kabul edilmiştir (I. 2,14,10; I. 3,19,11).

<sup>15</sup> *Sabinianus* ve *Proculianus* hukuk okulları M.S. ikinci yüzyılın sonuna kadar faaliyet göstermiş ve çeşitli konularda görüş bildirerek hukukun gelişimine katkıda bulunmuşlardır. Bu okullar hukuk ilmine hâkimdi, çeşitli konularda hukuki mütalaalar verir, *edictum*’ları yorumlar ve hukuki kavramlarla ilgili açıklamalarda bulunurlardı. *Labeo*’nun öğrencisi *Proculus*, *Proculianus* okulunun kurucusuydu. *Capito*’nun öğrencisi *Sabinus* ise *Sabinianus* okulunun kurucusuydu. KARAGÖZ, H., Hukuk Kuralı (*Regula Iuris*) Kavramı, İstanbul 2010, s. 16-17.

### III. Statuliber Statüsünün Hüküm ve Sonuçları

*Statuliber* statüsünü elde eden köle, şart gerçekleşinceye ya da vade gelinceye, dolayısıyla özgürlüğüne kavuşuncaya kadar, mirasçının (veya lehine mal bırakılan kimsenin) kölesi olurdu.

*Gaius, Inst.2.200: “Exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servus esse”.*

“Herhangi bir şarta ilişkin olarak, vasiyetname gereğince özgürlüğünü kazanan kimse, yani *statuliber*’in bu süre zarfında mirasçının kölesi olması tabiidir”.

D. 40.7.16: “*Statulibera quidquid peperit, hoc servum heredis est*”.

“*Statulibera*<sup>16</sup>’nın altsoyu da mirasçının kölesi olur”.

*Statuliber*, olağan bir kölenin günlük yaşantısını sürdürürdü ve hukuki durumu itibariyle özgürlüğüne kavuşması ümidinin ortadan kaldırılamaması dışında bir imtiyaza sahip değildi. Mirasçının kölesi olarak satış sözleşmesine konu edilebilir, mülkiyeti devredilebilir, *usucapio*<sup>17</sup> ile mülkiyeti kazanılabılırdi. Bununla birlikte, özgürlüğünü bekleyen köle statüsünde olduğu için, mirasçı tarafından başkasına devredilmiş olsa dahi, bu statüsünü kaybetmezdi. Azat işlemi gerçekleştikten sonra ise, vasiyet edenin azatlısı sıfatını kazanırdı.

D. 40.7.2. pr: “*Qui statuliberi causam adprehendit, in ea condicione est, ut, sive tradatur, salva spe libertatis alienetur, sive usucapiatur, cum sua causa usucapiatur, sive manumittatur, non perdat spem orcini liberti. sed statuliberi causam non prius servus nanciscitur nisi adita vel ab uno ex institutis hereditate: ceterum ante aditionem sive tradetur sive usucapietur sive manumittetur, spes statutae libertatis intercidit*”.

“*Statuliber* olan köle hali sebebiyle, başka birine devredildiğinde özgürlük umudu bu devretmeden etkilenmez, zamaşaımı yoluyla iktisap sözkonusu olduğunda durumunu muhafaza eder, azat edilmesi söz konusu olduğunda ise vasiyet edenden azat edilmiş köle durumuna geçmeye yönelik umudunu kaybetmez. Ancak köleler, mirasçılardan en az biri mirası geçerli olarak kabul etmediği müddetçe bu yasal duruma sahip olamazlar; bir kölenin daha önceki aşamalarda devredilmesi veya zamaşaımı yoluyla iktisap edilmesi ya da azat edilmesi halinde, sağlanacak olan özgürlüğe dair umudu sona erer”.

<sup>16</sup> Özgürlüğünü bekleyen köle kadın.

<sup>17</sup> Roma Hukukunda, başkasına ait olan bir mal üzerinde fiilen tasarrufta bulunan bir kimsenin belli şartların gerçekleşmesi ile o malın maliki haline gelmesini sağlayan müessesedir. Bu müessese gereğince, bir Roma vatandaşı, başkasına ait olan bir malı, kimseye zarar vermediği düşüncesiyle (*bona fides*) ve hukuki sebebe dayanarak (*iusta causa possessionis*), *usucapio* ile iktisaba uygun bir malın (*res habilis*) zilyetliğini (*possessio*) elde ettiğinde, kanunda öngörülen süre (*tempus*) boyunca, bu malın zilyetliğini kaybetmezse söz konusu malın maliki haline gelirdi. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 185 vd.; ERDOĞMUŞ, B., Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2011, s. 71; GÜNAL, N., Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı zamaşaımı ile Mülkiyetin İktisabı (*Usucapio*), Ankara 2006, s. 36.

*Statuliber*'in özgürlüğüne kavuşması için öngörülen şart gerçekleşir veya vade gelirse, köle, mirasçı tarafından başkasına devredilmiş olsa dahi, *ipso iure* özgür olurdu. Şartın gerçekleşmesine mirasçının mani olması durumunda da, yine özgür sayılırdı. Zira Roma hukukunda şarta bağlı olarak hak beklentisi içinde olan *statuliber* bu zaman zarfında, mirasçının şartın gerçekleşmesine etkide bulunmasına karşı himaye edilmektedir.

D. 7.40.33: “*Statuliberorum iura per heredem fieri non possunt duriora*”.  
“Mirasçı, *statuliber*'in haklarını ihlal edemez”.

Aynı hususta bizi aşağıda yer alan metinler de aydınlatmaktadır<sup>18</sup>.

D.40.7.3.3: “*Non solum autem si dare iussum dare prohibeat, statuliber ad libertatem pervenit, verum etiam si ascendere capitolium iussum ascendere vetet, item si capuae dare iussum capuam ire prohibeat: nam qui prohibet servum proficisci, intellegendus est impedire magis velle libertatem quam operis servi uti*”.

“*Statuliber*, vermesi buyrulmuş şeyleri vermesi önlendiğinde özgürlüğüne kavuşmasının yanında, *Capitol*'a tırmanma emrini yerine getirmesi yasaklanırsa veya *Capua*'da vadesi dolan şeyleri vermesi emredildiğinde *Capua*'ya gitmesi önlenirse de özgürlüğüne kavuşur; çünkü kölenin yola çıkmasını önleyen birinin, kölenin hizmetlerinden yararlanmaktan ziyade onun özgürlüğüne mani olmak niyetinde olduğu anlaşılmalıdır”.

D. 40.7.3.8: “*Si quis servum iussum decem dare et liberum esse operari prohibeat, vel si, quod ex operis suis meret, abstulerit ei heres, vel si, quod ex mercedibus suis coegit, heredi dederit, an ad libertatem perveniat? et puto, si quidem ex operis dederit vel undecumque dederit, ad libertatem perventurum: quod si prohibeatur operari, non fore liberum, quia operari domino debet. plane si ei ablata fuerit pecunia ex operis collecta, liberum fore arbitror, quia de peculio dare prohibetur. sane si testator vel ex operis ut det iussit, prohibitum operari ad libertatem perventurum non dubito*”.

“Şayet özgür kalması için on adet madeni para vermesi emredilen bir kölenin para karşılığında çalışması önlenirse veya mirasçı kölenin kazandığı ücreti elinden alırsa ya da köle ücretlerinden biriktirdiği parayı mirasçıya vermişse, özgürlüğüne kavuşur mu? Benim fikrimce, ücret karşılığında işçi olarak çalıştığı işinden veya başka bir kaynaktan elde ettiği miktarı gerçekte, mirasçıya vermişse, özgürlüğüne kavuşur; ancak sahibi için çalışma vecibesi altında olduğundan dolayı ücret almak için çalışması önleniyorsa, özgürlüğüne kavuşmaz. Şüphesiz ki ücretli işçi olarak çalıştığı işinden biriktirdiği para elinden alınmışsa, kendine ait *peculium*'dan para vermesi önlenmiş olacağından dolayı zannımca köle özgür olmalıdır. Emin olmak amacıyla, şayet vasiyet eden köleye emeğinin ürününü vermesini emredip de, kölenin çalışmasını önlenirse, kölenin özgürlüğe kavuşacağına dair şüphem yoktur”.

<sup>18</sup> *Iustinianus* da mirasçı tarafından *statuliber*'in azat edilmesinin geciktirilmesi halinde, kölenin vasiyet eden tarafından doğrudan doğruya beyan edilmiş gibi azat edilmiş sayılacağı kuralını getirmiştir. C.7.4.15.

D. 40.7.3.11: “*Si quis heredi in diebus triginta proximis mortis testatoris dare ius-  
sus fuerit, deinde heres tardius adierit, trebatius et labeo, si sine dolo malo tardius adierit,  
dantem eum intra dies triginta aditae hereditatis ad libertatem pervenire: quae sententia  
vera est. sed quid si data opera traxit? an ob id statim, ut adita est hereditas, ad libertatem  
perveniat? quid enim si tunc habuit, post aditam habere desiit? sed et hic expleta videtur  
condicio, quoniam per eum non steterit, quo minus impleatur*”.

“Bir erkeğin, vasiyet edenin ölümünden sonraki otuz gün içerisinde mirasçıya bir miktar vermesi emredildiğini ve mirasçının mirası kabul etme sürecinde ağır davrandığını farz edelim; *Trebatius* ve *Labeo*'ya göre mirasçının ağır davranması hileli değilse, mirasın kabulünden sonraki otuz gün içinde vermek suretiyle köle özgürlüğüne kavuşur; bu fikir doğrudur. Lakin, mirasçının kabul etme sürecini kasten geciktirdiğini farz edelim; köle miras kabul edilir edilmez bu sebepten ötürü özgürlüğüne kavuşur mu? Peki ya kölenin o zamana kadar parası varsa ama mirasın kabulünden sonra parası kalmadıysa? Parayı karşılayamamasından köle sorumlu olmadığı için bu durumda da söz konusu şart yerine getirilmiş adlolunur”.

D. 40.7.3.16: “*Item iulianus libro sexto decimo digestorum scripsit, si arethusae libertas ita sit data, si tres servos pepererit, et per heredem steterit, quo minus pepererit (puta quod ei medicamentum dedisset, ne conciperet), statim liberam futuram esse: quid enim exspectamus? idemque et si egisset heres, ut abortum faceret, quia et uno utero potuit tres edere*”.

“On altıncı kitabı “*Digesta*”da *Iulianus* şunu yazar, üç çocuk dünyaya getirmesi şartına bağlı olarak *Arethusa*'ya özgürlük verilirse ve mirasçısı, (örneğin, gebe kalmasının önlenmesiyle) doğum yapmamasından sorumlu olursa, *Arethusa* hemen özgür kalır; zira beklemenin manası nedir? Mirasçı kürtaj yaptırmışsa da kadının üçüz dünyaya getirmiş olma olasılığından dolayı aynısı geçerlidir”.

*Statuliber*'in iradesine bağlı bir hususun şart olarak kabulü halinde, şartın gerçekleşmesi için gerekeni yapması, özgürlüğüne kavuşması açısından önemlidir.

D.40.7.3.pr.: “*Statuliberos condicioni parere oportet, si nemo eos impediatur et sit condicio possibilis*”.

“Hiç kimsenin engel teşkil etmediği ve şartın imkânsız olmadığı hallerde, *statuliber* özgürlüğüne yönelik olan şartla uyum göstermelidir”.

Şartın gerçekleşmesinin *statuliber*'e bağlı olduğu hallerde, *statuliber*'in gereğini yerine getirmediği ve bu durumun kendisine ait bir sebepten kaynaklandığı durumda özgürlüğüne kavuşamayacağı, zira şartın yerine gelmiş sayılmayacağı hususu D.40.7.3.12'de açıklığa kavuşturulmuştur.

D.40.7.3.12: “*Si quis sic acceperit libertatem “ cum decem dare poterit, liber esto”, trebatius ait, licet habuerit decem vel idoneus fuerit ad adquirendum et conservandum peculium, tamen non alias ad libertatem perventurum, nisi dederit aut per eum non steterit, quo minus det: quae sententia vera est*”.

“Bir erkeğin özgürlüğünü şu şartla elde edeceğini farz edelim: “On adet madeni para verebilecek duruma geldiği zaman özgür kalır.” *Trebatius*’a göre köle on adet madeni paraya veya bu bedeli elde edip *peculium* bulunduracak kaynaklara sahip olsa dahi, tutarı vermediği ya da zühulden kendisi sorumlusu olduğu müddetçe, köle özgürlüğüne kavuşmaz; bu fikir doğrudur”.

D. 40.7.4.7: “*Ita liber esse iussus “ si titius capitolium ascenderit”: si titius nolit ascendere, impediatur libertas. idemque iuris est in similibus causis et condicionibus*”.

“Bir erkeğin özgürlüğünün “*Titius Capitol’e* tırmandığında” verilmesinin emredildiği ve *Titius*’un bunu reddettiği düşünülürken, özgürlüğün kanuni yolları kapanacaktır. Aynı esas, benzer davalarda ve şartlarda da uygulanır”.

Çalışmamızda yer alan metinlerden ve açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, *statuliber*’in satış sözleşmesine konu edilmesi mümkündür<sup>19</sup> ve bu husus XII Levha Kanunundan itibaren uygulanmaktaydı<sup>20</sup>. Bununla beraber, *statuliber*’in konu edildiği satış sözleşmesi uyarınca kölenin durumunun ağırlaştırılması uygun görülmezdi.

D. 40.7.25: “*Statuliberos venumdari posse leges duodecim tabularum putaverunt: duris autem condicionibus in venditione minime onerandi sunt, veluti ne intra loca serviant neve umquam manumittantur*”.

“*Statuliber*’i satışa çıkarabilme, XII Levha Kanununda düzenlenmiştir; ama satışta, belirli bölgelerde hizmet vermelerini veya herhangi bir zamanda azat edilmele-rini yasaklamak gibi katı şartlar yüklenmesi hiç de doğru değildir”.

Klasik hukukçulardan *Ulpianus*’un *Regulae* (Kaideler)<sup>21</sup> isimli eserinde de belirtildiği üzere, *statuliber*’in, mirasçıya belli bir miktar ödemesi koşulu ile azat edilmesi ve bu sayede özgürlüğüne kavuşması imkânı, XII Levha Kanunları kadar erken bir dönemde tanınmıştı. Bu yasal durum dışında, *statuliber*’e, mirasçı tarafından satılması halinde, vasiyetnamede yer alan şartı yerine getirmek üzere, satın alan kişiye, belirli miktarı ödeyerek özgürlüğüne kavuşması imkânı da tanınmıştı (Ulp.2,4)<sup>22</sup>. Bu durum, şartlı ölüme bağlı hukuki muamelenin hükümlerinin henüz askıda ol-

<sup>19</sup> *Statuliber*’in satış sözleşmesine konu edilebilmesi D. 21.2.69.3’te de açıkça ifade edilmektedir. İlgili metin satış sözleşmesinde, satış konusu malın zaptı halinde, alıcıya tanınan imkânı düzenlediği için metne bizi ilgilendirdiği kadarıyla işaret etmekle yetineceğiz.

<sup>20</sup> BUCKLAND, *Slavery*, s. 289; WATSON, s. 204 vd.; DI MARZO, s. 42.

<sup>21</sup> Klasik hukukçuların birçoğunun *regulae* (kaideler ya da kurallar) adını taşıyan eserleri vardır. Bunlar, hukuku basit bir dille öğretmeyi hedefleyen, açık ve yalın bir dili olan, özellikle hukuki tartışmaların nihai sonuçları hakkında bilgiler içeren eserlerdir. Klasik Hukukçuların ilgili eserleri için bkz.: KARAGÖZ, s. 30 ve *Regula Iuris*’in Roma Hukukundaki gelişimi ve değişen anlamları için bkz. s.73 vd.

<sup>22</sup> *Ulpianus*’un metnine paralel bir metin de D. 40.7.6.5’dir:

“*Statuliber decem dare iussus et liber esse, si quinque datis distractus sit, residua quinque emptori dabit*”.

“On madeni para vermesi koşuluyla özgür kalması emredilen bir *statuliber* beş madeni para verdikten sonra satılırsa; kalan beş madeni parayı alıcıya verir”.

duğu bir dönemde, *statuliber*'i doğabilecek zararlara karşı hakkaniyet gereği himaye eden bir anlayışın ürünüdür<sup>23</sup>. Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, *statuliber*'in özgürlüğüne kavuşması için vasiyet eden tarafından öngörülen en yaygın şart türü, mirasçıya belli bir miktar para vermesinden ibaretti. Bu süre zarfında *statuliber* satış sözleşmesine konu edilecek olursa, *statuliber*'in o belli miktarı alıcıya ödeyerek özgürlüğüne kavuşması mümkündür<sup>24</sup>. Öyle ki D.40.7.29.1'i incelediğimizde, *statuliber*'in sadece satış sözleşmesi değil farklı hukuki sebeplerle başkasına devredilmesi halinde de, şartı yerine getirmek amacıyla devredildiği kişiye yaptığı ödemenin onu, özgür kılacağı açıkça belirtilmiştir.

D.40.7.29.1<sup>25</sup>: “...*Sed verissimum est, quod et aristo celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur: non interesse, quo genere quisque dominus eius fieret et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est, et liberum futurum eum, qui ei dedisset pecuniam. hunc autem, id est possessorem hereditatis, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione, cum ceteris hanc quoque pecuniam victori restituere debere*”.

“...Ancak asıl gerçek, Aristo'nun Celsus'a yanıt olarak yazdığı üzere, hükmün

<sup>23</sup> Şartın gerçekleşmesinin beklendiği bu dönemde *statuliber*'in himaye edildiğini örnekleyen diğer metinler ise şunlardır:

D. 40.7.3.14: “*Quid si servus, qui annua bima trima die iussus est dena dare, tota simul offerat heredi non expectata die ? vel decem primo anno datis secundo anno viginti optulit ? benignius est eum in libertatem pervenire, cum utriusque providentia infertur et servi, quatenus maturius in libertatem perveniat, et heredis, quatenus dilatione interempta ilico accipiat, quod post tempus consequi poterat*”.

“Peki köleye üç yıl ard arda belirlenmiş bir günde on adet madeni para vermesi emredildiyse ve köle günü beklemeden mirasçısına tüm tutarı bir anda vermeyi teklif ederse veya ilk yıl on adet madeni para verip sonraki yıl yirmi adet madeni para verirse? Böyle bir durumda, köle özgürlüğüne daha erken kavuşacağından, mirasçı da beklemekten ziyade daha sonradan elde edeceği şeyi bir kerede almayı kabul edeceğinden dolayı bu görüş daha yeğdir”.

D. 40.7.4.3: “*Si duobus decem datis liber esse iussus sit et unus quinque accipere noluerit, melius est dicere posse eum eadem quinque alteri offerentem ad libertatem pervenire*”.

“Bir kölenin özgürlüğüne kavuşması iki kişiye on adet madeni para vermesi şartına bağlı olarak emredildiyse ve biri beş adet madeni para almayı reddettiyse, erkeğin aynı beş madeni parayı diğer kişiye sunmak suretiyle özgürlüğe kavuşacağını söylemek daha iyi olacaktır”.

<sup>24</sup> Hatta mirasçı *statuliber*'in şartı yerine getirmesine mani olacak tarzda hareket eder veya kölenin özgürlüğünü iktisap etmek için para vereceği kimse parayı almaktan kaçınırsa veya parayı almadan ölürse, şart gerçekleşmiş sayılırdı (Ulp. 2, 5-6). *Ulpianus*'un açıklığa kavuşturduğu bu hususa yakın bir bilgi veren D. 40.7.8.pr.'da, mirasçının, *statuliber*'in özgürlüğüne kavuşmasını engellemek amacıyla alıcının kimliğini gizlemesi halinde, *statuliber* tarafından sözkonusu paranın mirasçıya verilmesinin onu özgürlüğüne kavuşturacağı açıkça belirtilmiştir.

“D. 40.7.8.pr.: “*Ita liber esse iussus “ si decem dederit, liber esto” heredi dare debet: nam qui non habet, cui det, heredi dando ad libertatem pervenit*”.

“Bir erkeğin özgürlüğünün “on madeni para verirse, özgür kalsın” şartıyla verilmesinin emredildiği farz edildiğinde; mirasçıya parayı vermesi zorunludur; zira alıcının adı verilmediği takdirde, köle parayı mirasçıya vererek özgürlüğüne kavuşur”.

<sup>25</sup> Metnin ilk bölümü çalışmamızın daha erken bölümünde kullanılmıştır.



lehine verildiği vasiyetsiz ölme sonucu kanuni mirasçı olan kişiye para ödenebilir, zira XII Levha Kanunu “satım” başlığı altında yapılan her türlü devri kapsar; kişilerin hangi sebeple kölenin sahibi haline geldiği fark etmez, bu yüzden kanun, hükmün lehine sonuçlandığı kişiyi de kapsar ve bu kişiye ödeme yapan köle özgür hale gelir; ayrıca, tutarın ödendiği kişi, yani mirasın zilyedi, iddia ettiği mirası kaybederse kalan mal varlığının yanında bu parayı da davayı kazanan tarafa bırakmak zorundadır”.

## SONUÇ

Roma hukukunda vasiyetnamenin içeriğinde yer alan tasarruflardan azat etme muamelesi geciktirici bir şarta bağlandığı (veya bir vadenin tamamlanması öngörüldüğü) için, muamelenin hükümlerinin askıda olduğu dönemde, kölenin içinde bulunduğu hukuki durum (*statuliber*) ve bu durumun arz ettiği özellik, hak beklentisi içinde olan kölenin, doğabilecek zararlara karşı, hakkaniyet gereği korunması gerektiği anlayışının doğmasına yol açmıştır. *Digesta* yer alan “*Statuliberorum iura per heredem fieri non possunt duriora*: Mirasçı, *statuliber*’in haklarını ihlal edemez” (D.7.40.33) şeklindeki hüküm bu anlayışın bir ürünüdür.

Gerek *Digesta*’dan alınan metinlerinden gerekse *Ulpianus*’un *Regulae* isimli eserinden edindiğimiz bilgiler, *statuliber* statüsünü elde eden köleleri himaye eden bazı hükümlerin, XII Levha Kanunu kadar erken bir döneme ait olduğunu ortaya koymaktadır. Bu hükümlerin bir kısmı, şartın gerçekleşmesinin beklendiği ve bu sebeple, muamelenin hükümlerinin askıda olduğu dönemde, azat etme muamelesini gerçekleştirecek kimsenin, *statuliber*’in özgürlüğüne kavuşmasını engelleyecek şekilde, şarta bir etkide bulunması ihtimaline karşı öngörülmüştür. Roma hukukunda böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda, örneğin mirasçı (ya da lehine mal vasiyet edilen) şartın gerçekleşmesine dürüstlüğe aykırı şekilde engel olursa, şartın gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmiştir. *Statuliber*’i ve onun hukuki durumunu himaye eden hükümlerin bir kısmı, muamelenin hükümlerinin askıda olduğu dönemde, azat etme muamelesini gerçekleştirecek olan kimselerin tasarruflarına karşı öngörülmüştür. Örneğin, *statuliber*’in satış sözleşmesine konu edilmesi ya da *usucapio* (kazandırıcı zamanaşımı) ile iktisap edilmesi halinde, bu statüsünü kaybetmeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

Roma hukukunda hak beklentisi içinde olan kölelerin hukuki durumu bir başka ifadeyle *statuliber* kavramı ve *statuliber*’i himaye eden hükümler ele alındığında, modern hukukta şarta bağlı hukuki muamelelerde, muamelenin hükümlerinin askıda olduğu dönemde, beklenen hak sahibi lehine tanınan hükümlerle hemen hemen aynı yönde olduğu görülmektedir.

**KAYNAKÇA**

- BERKİ, Ş., Romada Miras Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S. 1-4, 1953, s. 542-576.
- BUCKLAND, W.W., The Roman Slavery, New Jersey 2000, (Slavery).
- BUCKLAND, W.W., A Textbook of Roman Law From Augustus to Iustinian, Cambridge 1932.
- BERGER, A., Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philedelphia 1953.
- DI MARZO, S., Roma Hukuku, İstanbul 1959.
- ERDOĞMUŞ, B., Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2011.
- HONIG, R., Roma Hukuku, İstanbul 1938.
- GÜNAL, N., Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı zamaşaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (*Usucapio*), Ankara 2006.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar- Şahsın Hukuku- Hakların Korunması, Ankara 2014, (Tarihi Giriş) .
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö., Roma Eşya Hukuku, Ankara 2008, (Eşya).
- KAYAK, S., "İmparator *Augustus*'tan Önce *Fideicommissum*'ların Yaptırımı Bağlanıp Bağlanmadığı Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul 2009, s. 371-397.
- KARAGÖZ, H., Hukuk Kuralı (*Regula Iuris*) Kavramı, İstanbul 2010.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, E.: Roma Hukukunda Vasiyetname (*Testamentum*), Ankara 2007.
- KOSCHAKER, P. /AYİTER, K., Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.
- NOMER, H.N., Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul 2002.
- SEROZAN, R., Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979.
- SEROZAN, R./ ENGİN, B. İ., Miras Hukuku, İstanbul 2014.
- TAHİROĞLU, B./ ERDOĞMUŞ, B., Roma Hukuku Dersleri-Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku, İstanbul 2009.
- UMUR, Z., Roma Hukuk Lügatı, İstanbul 1983, (Lügat).
- UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku -Borçlar Hukuku -Eşya Hukuku -Miras Hukuku, İstanbul 2010, (Ders Notları).
- UMUR, Z., Roma Hukuku- Tarihi Giriş, Kaynaklar- Umumi Mefhumlar- Hakların Himaşesi, İstanbul 1984, (Tarihi Giriş).
- UMUR, Z., "Roma Miras Hukuku'nun Anahatları", İÜHFD, C. XXXI, S. 1-4, 1966, s. 159-195, (Miras).
- WATSON, A., The Law of Succession in the Later of Roman Republic, Oxford 1971, (Succession).
- WATSON, A., The Law of Person in the Later Roman Republic, Oxford 1967, (Person).

## ALACAĞIN DEVRİ VE TAHKİM ANLAŞMASI

(Assignment of Receivables and Arbitration Agreement)

Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR\*

### ÖZET

Alacağın doğduğu sözleşmeye ilişkin tahkim anlaşması, alacağın devriyle birlikte, devralana geçer mi ? Bu, Türk ve İsviçre hukuklarında alacağı devralanın ve borçlunun karşılıklı olarak tahkim anlaşmasına dayanabileceğini savunan hakim görüşünün ortaya attığı ve olumlu olarak yanıtladığı bir sorudur. Alacağı devralanın, kural olarak, tahkim anlaşmasından yararlanabilmesi ve onunla bağlı sayılması, hukuk politikası bakımından, tercihe şayan bir sonuçtur. Ancak, bu makalede temsil edilen görüşe göre, bu sonuca, anılan soru çerçevesinde yapılan bir tartışma neticesinde ulaşmak mümkün değildir. Bu makale, sorunun nasıl sorulması gerektiği, yanıtı ve hukuki gerekçeleri hakkındadır.

**Anahtar kelimeler:** Alacağın temlikli, tahkim anlaşması, cüz'i halefiyet, bağlı haklar, öncelik hakları, usul hukukundan doğan savunmalar, kanun boşluğu.

### *Abstract*

Can the arbitration agreement be deemed to be transferred to the assignee when the receivable arising from a contract under an arbitration agreement has been assigned to a third person ? This is the question raised and answered in the affirmative by the majority of scholars in Turkey and Switzerland, which side with the view that the assignee and the debtor must both be given the right to rely on such an arbitration agreement against each other. That the assignee may benefit from and must be bound with such an arbitration agreement in principle is indeed preferable in terms of legal policy. However, such a preferable solution is unlikely to be reached at the end of a discussion made around the question mentioned above. This article addresses the question that needs to be put differently, its answer, and the reasoning thereof.

**Keywords:** Assignment of receivables, arbitration agreement, singular succession, accessory rights, preferable rights, objections arising out of civil procedure law, lack of rules.

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I – İncelemenin Konusu

Bu makalede “*tahkim anlaşması*” olarak ifade edilen tahkim şartının ya da sözleşmesinin, alacağın devri halinde alacağı devralan ile borçlu arasında da etkili olup olmayacağı sorusu, Türkiye’de -birkaç kaynak ve Yargıtay kararı dışında- çok incelenmiş bir konu değil. Oysa, uluslararası tahkim davalarında ortaya çıkan ihtilaflar da dahil olmak üzere, bu sorunun yanıtının ve gerekçesinin Türk maddi hukuku kurallarına göre<sup>1</sup> ne olabileceği meselesi, hukuk politikası bakımından olduğu gibi, uygulama metodolojisi açısından da önemli bir konu.

Alacağın devri halinde tahkim anlaşmasının, alacağı devralan ile borçlu arasında da etkili olup olmayacağı sorusu, şu üç alt sorudan oluşmakta:

(a) *Devralan alacaklı, devraldığı alacakla ilgili olarak borçlu tarafından kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açıldığında, tahkim anlaşmasına dayanarak, davanın, tahkim anlaşmasının hükümlerine göre, tahkimde görülmesini isteyebilir mi ?*

(b) *Borçlu, devredilmiş olan alacakla ilgili olarak devralan alacaklı tarafından kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açıldığında, tahkim anlaşmasına dayanarak, davanın, tahkim anlaşmasının hükümlerine göre, tahkimde görülmesini isteyebilir mi?*

(c) *Devralan alacaklı, devraldığı alacakla ilgili olarak, borçluya karşı tahkim anlaşmasına dayanarak tahkimde dava açtığında, borçlu, devralan alacaklının tahkime başvuramayacağını (devlet mahkemesinde dava açması gerektiğini) ileri sürebilir mi ?*

Ulusal ve uluslararası tahkim hukuku uygulaması ile yerli ve yabancı doktrinde -aksine görüşler bulunmakla birlikte- bugün hakim olan fikir, ilk iki sorunun olumlu, üçüncü sorunun olumsuz yanıtlanması gerektiği yönünde. Bu durum, öncelikle, hukukun uygulanması aşamasında ortaya çıkan bir hukuk politikası tercihinin ifadesi. İlgili sorunun ya da soruların açık bir yasal düzenlemeye tabi olmadığı tespit edilirse, kaçınılmaz olarak,

*“alacağı devralanın, borçlunun ve alacağı devredenin menfaatleri ile tahkimin anlam ve işlevi dikkate alındığında, hukuk politikası bakımından tercihe şayan olan yanıt nedir?”*

meselesi ortaya çıkıyor. Öte yandan, ilgili sorunun ya da soruların açık yasal bir düzenlemeye tabi olduğu kanısına ulaşanlar da, aslında, ilgili yasal düzenlemeyi yorumlarken bir hukuk politikası tercihi yapmış oluyorlar. Bu arada, her iki görüşü de temsil edenlerin önemli bir kısmı, meseleyi, *alacağın temlikıyla birlikte, tahkim anlaşmasının, alacağı devralana kendiliğinden geçip geçmeyeceği* problemi olarak ele alıyor.

<sup>1</sup> Yabancılık unsuru taşıyan tahkim davalarında, bu sorunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre hangi ülkenin maddi hukukuna göre yanıtlanacağı meselesi bu çalışmanın konusu dışındadır. Bu konu için, bkz. örn., Fouchard , Gaillard , Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague / Boston / London, 1999, §§ 689 vd., 716 vd.

Bu makalede temsil edilen görüşe göre, Türk hukuku bakımından, ikinci sorunun yanıtı, tatbik edilebilirliği kabul edilen açık bir kanuni düzenleme gereğince olumlu; birinci sorunun yanıtı, Türk Medeni Kanunu (TMK) m.1 f.2 hükmü çerçevesinde -kural olarak- olumlu; üçüncü sorunun yanıtı ise, birinci soruda kabul edilen gerekçeyle ve birinci soruya verilen yanıtın doğal bir izdüşümü olarak, olumsuz. Öte yandan, üç sorunun yukarıdaki ifade tarzından da anlaşılacağı gibi, bu makalede kabul edilen görüşe göre, meselenin *alacağın temlikleriyle birlikte, tahkim anlaşmasının, alacağı devralana kendiliğinden geçip geçmeyeceği* sorusu temelinde, yani *cüz'i intikal* kavramı etrafında tartışılması doğru değil.

## II – Hakim Olan Görüş

Hemen yukarıda (I)'in sonunda yapılan tespitten devam edecek olursak; ABD ve İngiliz hukukundaki durumu inceleyen çalışmalarda olduğu gibi; Alman doktrininin ezici çoğunluğu ile Alman Federal Mahkemesi (BGH) kararlarının ve İsviçre doktrinini önemli bir kısmı ile İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının (BGE) da, meseleyi, *tahkim anlaşmasının, alacağın devriyle birlikte, alacağı devralana geçip geçmediği* sorunu olarak değerlendirdiği anlaşılmakta<sup>2</sup>. Bu, hem *alacaklının tahkim şartına dayanıp dayanamayacağı*<sup>3</sup>, hem de *alacaklının tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı*<sup>4</sup> sorularını kapsayan bir yaklaşım.

<sup>2</sup> Bkz. örn., Sinclair, Anthony C.: “*The Assignment of Arbitration Agreements*”, “Assignment and Arbitration” in E. Gaillard and D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards—The New York Convention 1958 in Practice* (London: Cameron May, 2008). [http://www.giur.uniroma3.it/materiale/didattico/International\\_arbitration/Sinclair%20on%20assignment%20of%20arbitration%20agreements.pdf](http://www.giur.uniroma3.it/materiale/didattico/International_arbitration/Sinclair%20on%20assignment%20of%20arbitration%20agreements.pdf), 1 vd.; Vincze, Andrea: “*Arbitration Clause – Is it transferred to the Assignee?*”, Nordic Journal of Commercial Law, issue 2003 # 1, 1 vd.; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, München 2004, N. § 401; Hossfeld, Anna: “*Die Abtretung schieds- und gerichtstandsgebundener Forderungen*”, Frankfurt am Main, 2013, s.61 dn.223'de zikredilen eserler; RGZ 56, 182, 183; BGH NJW 1976, 852, NJW 1977, 1397/1398, NJW 1978, 1585/1586; BGH 02.10.1997, [https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1997-10-02/III-ZR-2\\_96](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1997-10-02/III-ZR-2_96), N. 10; BGH, 28.05.1979, [https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1979-05-28/III-ZR-18\\_77](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1979-05-28/III-ZR-18_77), § 16; Spirig, Eugen: “*Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art.164-174 OR*”, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), N.24 Art.170 OR; Gauch/Schluemp/Emmenegger: “*Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*”, Band II, 10. Auflage 2014, N. 3459; von Tuhr/Escher: “*Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*”, Bd.2, 3. Auflage, Zürich 1974, § 95/II, 357; BGE 134 III 565, 567, 128 III 50, 56, 117 II 94, 100, 103 II 75; Dayınlarlı, Kemal: “*Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*”, 4. Baskı, Ankara 2010, s.311; Feyzioglu, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul 1977, s.641; Üçer, Mehmet: “*Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki*”, AÜHF, Yıl 2005, s.424; Esen, Emre: “*Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*”, İstanbul 2008, s.194; Aydıncık, Şirin: “*Alacağın Temlikinde Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Alacağı Temellük Eden Bakımından Geçerliliği Sorunu*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.8, Eylül 2006, s.176.

<sup>3</sup> Bkz. örn. BGE 103 II 75.

<sup>4</sup> Bkz. özellikle Hossfeld, a.g.e., s.58-62.

Amerikan ve İngiliz hukukunda bu yaklaşımı benimseyen mahkeme kararı ve görüşlerin hangi hukuki gerekçelere dayandığı sorusu, bu makalenin amacını ve boyutunu aşır. Ancak, sorunun Türk maddi hukukuna göre hangi mesele çerçevesinde ele alınması gerektiği açıklanırken, Alman ve İsviçre hukukundaki hakim görüşün yukarıda açıklandığı gibi olmasının hangi hukuki gerekçeye dayandırıldığına değinmekte yarar var:

Alman Federal Mahkemesi 1975 yılında verdiği bir kararda, alacağın devriyle birlikte tahkim şartının da alacaklıya geçeceği görüşünü, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) -TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne benzeyen- § 401 kuralındaki *temel düşünceye* dayandırıyor<sup>5</sup>. § 401 BGB, alacağın devriyle birlikte, (tek tek saydığı) bağlı hakların alacağı devralana geçeceğini ve alacağı devralanın, ayrıca, alacakla bağlantılı, icra ve iflas hukukuna ait öncelik haklarından da yararlanabileceğini öngörmekte. Alman Federal Mahkemesi, 1997 yılında komandit şirket payının devriyle ilgili olarak verdiği bir başka kararında ise, tahkim anlaşmasını, devredilen hakkın *özelliğine* dahil ve böylece BGB § 401 hükmündeki temel düşünceyi izleyen bir unsur olarak değerlendirmiş<sup>6</sup>. Daha önceki kararlarında ise, Alman Federal Mahkemesi, 1903 yılından itibaren İmparatorluk Mahkemesi'nin kararlarında (RGZ) yapıldığı gibi, tahkim anlaşmasından doğan hak ve yükümlülüklerin, kendiliğinden, devredilen hakkın halefine geçeceğini; bunun tek istisnasının ise, tahkim anlaşmasının, devreden ile borçlu arasındaki özel bir güven ilişkisine dayanılarak yapılmış olması halinde ortaya çıkacağını belirtmişti<sup>7</sup>. Diğer taraftan Alman doktrininde ege- men olan görüş aynı yönde olmakla birlikte; BGB § 401 hükmünün yanı sıra, § 404 ve § 398 hükümlerini gerekçe olarak gösterenler de var<sup>8</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi de, bu konudaki en önemli kararlarından biri olarak görülen 1977 tarihli bir kararında<sup>9</sup>, devralan alacaklının, borçluya karşı tahkim anlaşmasından yararlanabileceği şeklindeki sonucun Art.170 Abs.1 OR hükmüne dayandırılabilirliğini, fikrimce, dolaylı ya da örtülü olarak kabul etmişti<sup>10</sup>. İsviçre

<sup>5</sup> BGH NJW 1976, 852

<sup>6</sup> BGH 02.10.1997, [https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1997-10-02/III-ZR-2\\_96](https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1997-10-02/III-ZR-2_96), N. 10

<sup>7</sup> BGH NJW 1976, 852; RGZ 56, 182, 183; Hossfeld, *a.g.e.*, s.59/60.

<sup>8</sup> Bkz. Hossfeld, *a.g.e.*, s.61'de zikredilen eserler. Bu maktelede ele alınan konunun tamamını "*devralan alacaklının tahkim anlaşmasıyla bağlı olması*" ("*Die Bindung des Zessionars an die Schiedsvereinbarung*") başlığıyla (yani bu maktelede, aşağıda (II/B/1)'de kullanılan başlıkla) inceleyen Hossfeld ise, Alman hukukunda bu mesele hakkında bir kanun boşluğu bulunduğunu belirtmekte; bu boşluğun BGB §§ 398 vd. hükümlerinin tamamını kapsayan bir *bütüncül kıyastan* ("*Gesamtanalogie*") çıkarılması ve "*alacağın devriyle birlikte tahkim anlaşmasının da alacağı devralana geçeceği*" şeklinde ifade edilmesi gereken bir temel hukuk ilkesiyle doldurulmasını savunmaktadır (bkz. Hossfeld, *a.g.e.*, s.83 vd., s.195).

<sup>9</sup> BGE 103 II 75, 77, 78

<sup>10</sup> Bu kabulün örtülü olup olmadığına değinmeksizin aynı görüşte, Pfisterer, Stefanie, "*Art.350*", Berner Kommentar, ZPO, Band III: Art.353-399 ZPO und Art.407 ZPO Schweizerische Zi-

Federal Mahkemesi'nin 1991 tarihli bir başka kararında<sup>11</sup> ise, tahkim anlaşmasını içeren sözleşmedeki kapsamlı bir devir yasağı nedeniyle devrin geçersiz olduğu ve alacağı devraldığını iddia eden kişi tarafından başvuru tahkim heyetinin, salt bu nedenle yetkili olmadığı; bununla birlikte, somut olayda mevcut olan kapsamlı devir yasağının tahkim anlaşmasını da kapsadığının tespit edilmiş olması karşısında, bu anlaşmanın, zaten, yalnızca sözleşmenin taraflarına inhisar ettirildiğinin<sup>12</sup> de anlaşıldığı belirtilmişti. Federal Mahkeme, bu kararında, hemen yukarıda zikredilmiş olan BGE 103 II 75 kararına da atıfta bulunarak, atıf yapılan bu karardaki durumun farklı olduğunu, çünkü orada bir devir yasağı bulunmadığını da vurgulamıştı. Bu nedenle, Federal Mahkeme'nin anılan 1991 tarihli kararında da BGE 103 II 75 karardaki yaklaşımı sürdürdüğü kanısındayım.

İsviçre doktrinine gelince : Yazarların bir kısmı, tahkim anlaşmasının alacağın temlikıyla birlikte devralan alacaklıya geçtiği görüşünde<sup>13</sup>. Bu yazarlardan bazıları, bu sonucu, tahkim anlaşmasının, Art.170 Abs.1 OR anlamında, sadece borçlunun ve devreden alacaklının şahsına inhisar ettirilemeyecek olan bir *öncelik hakkı* (*Vorzugsrecht*) olduğu gerekçesiyle açıklarken<sup>14</sup>; bazıları tahkim anlaşmasının Art.170 Abs.1 OR anlamında -somut olayda sadece borçlunun ve devreden alacaklının şahsına in-

vilprozessordnung, Band I-III, 2014, N.50. Aksi görüşte, Lardelli, Flavio: "Die Einreden des Schuldners bei der Zession", ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht, Band/nr. 204, 2008, 2.3.2 no'lu başlık, swisslex, 35/36.

<sup>11</sup> BGE 117 II, 94, 100; ; bkz. ve krş. ayrıca BGE 128 III 50.

<sup>12</sup> Bkz. Art.170 Abs.1 OR : "... mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind"; krş. TBK m.189 f.1.

<sup>13</sup> Bkz. örn. Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR; Gauch/Schlupe/ Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459; Becker, *Berner Kommentar*, N.1, Art.170 OR; BGE 103 II 75'de zikredilen eserler.

<sup>14</sup> Bkz. örn. Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR ve orada zikredilen diğer eserler. Tahkim anlaşmasının devredilen alacakla birlikte devralan alacaklıya kendiliğinden geçen bir *öncelik hakkı* olduğu düşüncesinden hareket eden bu yazarların önemli bir kısmı, bu keyfiyeti salt maddi özel hukukun bir konusu olarak ele almaktadır. Bu görüşte Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR (ve orada anılan diğer eserler). Konuyu yetki kayıtları (*Gerichtsstandsklausel*) bakımından incelemiş olan yazarlardan Becker, ise Art.170 Abs.1 OR hükmünde kural olarak kendiliğinden devralan alacaklıya geçeceği belirtilen *öncelik hakları* ile *bağlı hakların* sadece özel hukuktan doğan hakları değil, usul hukukuna tabi olan yetki anlaşmalarını da kapsadığını belirtmektedir. Bkz. Becker, Herman: "Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR", Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, 1945, N.1, Art.170, OR. İsviçre'de, Federal Hukuk Muhakemesi Kanunu (ZPO) yürürlüğe girmeden önce Federal Mahkeme içtihadı, tahkim anlaşmasının intikalinin kantonal usul hukukuna dayandığı yönündeydi. Bkz. BGE 103 II 75, 77. Bundan anlaşılması gereken, anılan karar Art.170 Abs 1 OR hükmünün de dayanak olarak gösterdiğine göre, herhalde, bu konuda öncelikle kantonal usul kurallarına bakılması gerektiği, orada kural yoksa, o zaman Art.170 Abs.1 hükmünün (eğer, Art.170 Abs.1 hükmündeki haklara usul hukukundan doğan hakların doğrudan dahil olmadığı kabul edilmiyorsa -ki kararın bu yönde anlaşılması gerekirdi- kıyasen) uygulanması gerektiği idi. Nitekim, usul hukuku artık ZPO ile federal düzeyde düzenlenmiş olan İsviçre'de, bugün, Art.170 Abs.1 hükmünün, tahkim anlaşmasının intikali meselesinde, ZPO'da herhangi bir hüküm bulunmadığı için, ikincil olarak ve kıyasen uygulanacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşte Gauch/Schlupe/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459.

hisar etmiyor olması kaydıyla- bir *bağlı hak* (*Nebenrecht*) teşkil ettiği düşüncesinden hareket ediyor<sup>15</sup>.

İsviçre’de, alacağın temlikıyla birlikte tahkim anlaşmasının da alacağı devralana (kural olarak) geçeceği ve bunun gerekçesinin de Art.170 Abs.1 olduğu görüşünün dayandığı varsayımın ya da düşüncenin şu olduğu söylenebilir :

*Alacağın kaynağını oluşturan hukuki ilişkiden doğacak ihtilaflarla ilgili olarak borçlu ile devreden alacaklı arasında yapılmış olan tahkim anlaşması, alacağın konusunun elde edilebilmesi yöntemiyle ilgili, devlet mahkemelerine başvurulmasını engelleme olanağı veren, kanun yolu gerekçeleri kısıtlı, konusunda uzman kişiler tarafından süratle ve etkin olarak halledilen bir yargılamaya başvurma olanağı yaratan bir anlaşmadır ve bu nedenle de devredilen alacağın bizzat kendisiyle ilgili bir öncelik hakkı ya da bağlı hak olarak değerlendirilmelidir*<sup>16</sup>.

Keza, Almanya’da, tahkim anlaşmasının, alacağın devriyle birlikte devralan alacaklıya (kural olarak) geçeceği sonucuna varılmasının § 401 BGB hükmündeki temel düşünceye uygun olacağını belirten hakim görüşün de, benzer bir şekilde, *tahkim anlaşmasının, anlam ve işlevi nedeniyle, devredilen alacağın özelliğine dahil bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiği* kabulüne dayandığı anlaşılıyor<sup>17</sup>.

Konuya çok az yazar tarafından değinilmiş olan Türk doktrininde ise, tahkim anlaşmasının, TBK m.189 f.1 hükmü gereğince, alacağın devriyle birlikte devralan alacaklıya geçeceğini belirten yazarlardan bazıları, bunu tahkim anlaşmasının *bağlı hak* olduğu düşüncesine dayandırmakta<sup>18</sup>; diğer bazıları ise bu anlaşmanın alacak hakkını güçlendiren bir *öncelik hakkı* olduğu kabulünden hareket etmekte<sup>19</sup>. Yargıtay’ın genel olarak alacağın temlikine değil, konşimentonun devrine ilişkin olarak verdiği karar(lar)ında ise, Yüksek Mahkeme’nin sorunu –bu bağlamda detaylı bir açıklama yapmamakla birlikte- tahkim anlaşmasının konşimentoyu devralana *intikal edip etmediği* meselesi olarak ele almadığı söylenebilir<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Bkz. Gauch/Schlupe/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459, dn.107. Bkz. hemen yukarıda dn.14. İsviçre’de bir yazar tarafından temsil edilen diğer bir görüşe göre ise, tahkim anlaşması, alacağın devriyle birlikte Art.170 Abs.1 hükmü gereğince bir *öncelik hakkı* ya da *bağlı hak* olarak değil; alacağı devir taahhüdünün (*pactum de cedendo*) tahkim anlaşmasının da kapsamı nedeniyle alacağı devralana geçer: Pfisterer, *Berner Kommentar*, N.50.

<sup>16</sup> Bkz. Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR (ve orada anılan diğer eserler).

<sup>17</sup> Bkz. yukarıda dn.6-8’de yapılan atıflar.

<sup>18</sup> Bkz. Dayınlırlı, *a.g.e.*, s.311; aynı görüşte Bozer, Ali: “*Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*”, Ankara 2002, s.264/265.

<sup>19</sup> Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.641; Aydınçık, *a.g.e.*, s.176. Bkz. ve krş. ayrıca, Kuru, Baki: “*Hukuk Muhakemeleri Usulü*”, C.VI, İstanbul 2001, s.5982. Konuyu, uluslararası tahkim bakımından diğerlerinden çok daha detaylı inceleyip, yine bir intikal meselesi olarak ele alan bir başka yazar ise, tahkim anlaşmasının alacağın devriyle birlikte devralan alacaklıya geçebilmesi için, devralan alacaklının açık ya da örtülü rızasının bulunması gerektiğini belirtmektedir (bkz. Esen, *a.g.e.*, s.194).

<sup>20</sup> Bkz. Y. 11. HD, E. 2002/216, K.2002/4357 (<http://66.221.165.115Icgi-bin/highlt/ibb/.....>).



### III - Bu Makalede Temsil Edilen Görüş

#### A) Genel Olarak

Hemen yukarıda (II)'de açıklanmış olan genel yaklaşım, hukuk politikası bakımından doğru olan neticeye, yani borçlu ile alacağı devralan arasındaki ihtilaflarda her iki tarafın da tahkim anlaşmasına dayanabileceği sonucuna ulaşmakta ve bunu *tahkim anlaşmasının, alacağın devriyle birlikte, alacağı devralana geçtiği* gerekçesine dayandırmaktadır. Bu makalede temsil edilen görüşe göre ise, yukarıda (I)'de ifade edilmiş olan üç soru, Türk (ve İsviçre) hukukunda *alacağın devriyle birlikte tahkim anlaşmasının da devralan alacaklıya intikal edip etmeyeceği* meselesi olarak ele alınmaz. Aşağıda açıklanacağı üzere, *tahkim anlaşmasının, alacağın devriyle birlikte, alacağı devralana geçtiğini* kabul etmek, tahkim anlaşmasının özelliğine uygun değildir.

#### B) Hukuk Politikası ve Pozitif Hukuk Bakımından Değerlendirme

Yukarıda (I)'de sorulmuş olan üç sorudan ilk ikisinin olumlu, üçüncüsünün ise olumsuz olarak yanıtlanması gerekir. Bunun anlamı, borçlu ile alacağı devralan arasındaki ihtilaflarda her iki tarafın da, kural olarak, tahkim anlaşmasına dayanabilmesi gerektiridir.

#### 1- Borçlu Devralan Alacaklıya Karşı Tahkim Anlaşmasına Dayanabilir mi ?

*Borçlunun, devredilmiş olan alacakla ilgili olarak devralan alacaklı tarafından kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açıldığında, tahkim anlaşmasına dayanarak, davanın, tahkim anlaşmasının hükümlerine göre, tahkimde görülmesini isteyebilmesi* (ki, bu yukarıda (I)'de zikredilen ikinci sorudur), kanımca, hukuk politikası bakımından gerekli olduğu gibi, bir pozitif hukuk düzenlemesinin de icabıdır.

Gerçekten, eğer borçlu, alacak devredilmemiş olsaydı, durumuna göre ya Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.413 f.1 hükmüne ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5 f.1 hükmüne dayanarak, tahkim (ilk) itirazında bulunabilecekti. Borçlunun şu veya bu nedenle yapmış olduğu tahkim anlaşmasından doğan bu hakkını kullanmasının, taraflar arasında aksi kararlaştırılmış olmadıkça, salt alacak<sup>21</sup> bir başkasına devredildiği için ve tahkim anlaşmasının sadece devreden alacaklı ile borçlu arasında akdedilmiş olmasından hareketle, borçlunun elinden alınması, hukuk po-

Yargıtay 11. HD'nin, konuyla ilgili olarak zikredilen (bkz. Esen, *a.g.e.*, s.191) ve bir tanker kiralama sözleşmesinde yer alan tahkim anlaşmasının tankeri sonradan devralan yeni malike karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda verdiği E.1993/5034, K.1994/4082 sayılı kararı ise, alacağın devrine değil, eşyaya bağlı borç meselesine ait bir karardır.

<sup>21</sup> ..... kanuni ya da akdi veya alacağı doğuran hukuki ilişkinin niteliği gereğince bir devir yasağı bulunmadığından (TBK m.183 f.1; Art.164 Abs.1 OR) ...

litikası bakımından, hiçbir makul sebebe dayanamaz. Aksine, tahkim anlaşmalarının, ticari değeri yüksek olan sözleşmelerden doğacak ihtilaflar için yapıldığı ve bu sözleşmelerde, ortaya çıkacak hukuki ihtilafların çözüm yollarının maliyetlere dahil edildiği dikkate alındığında; Fransız Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında istikrar kazandığı belirtilen<sup>22</sup> “devir konusu alacakla tahkim anlaşması arasında sıkı bir ekonomik bağlantının bulunduğu” kabulünden hareketle, borçlunun, alacağı devralana karşı da tahkim anlaşmasına dayanmasında, hukuken korunmaya değer bir menfaati bulunduğu açıktır.

Türk ve İsviçre pozitif hukukunda, TBK m.188 f.1 ve Art.169 Abs.1 OR hükümlerinde (de) ifadesini bulmuş olan *borçlunun durumunun alacağın devriyle ağırlaştırılmaması* ilkesi<sup>23</sup> de bu düşünceyi desteklemektedir. Bir başka ifadeyle, Türk ve İsviçre pozitif hukukunda, borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, kural olarak<sup>24</sup>, yeni devralan alacaklıya karşı da ileri sürebileceğine (TBK m.188 f.1 ve Art.169 Abs.1 OR) ve tahkim itirazı da bir savunma olduğuna göre, borçlunun -tahkim anlaşmasını, alacağın devrini öğrenmeden önce yapmış olması koşuluyla- devralan alacaklıya karşı da tahkim anlaşmasına dayanabilmesi (yani, dava devralan alacaklı tarafından devlet mahkemesinde açılmışsa, tahkim itirazında bulunabilmesi), kanun gereğince mümkün olmalıdır<sup>25</sup>. Bu bağlamda, tahkim itirazı şeklinde ortaya çıkan bu savunmanın bir usul kanununda düzenlenmiş olmasının önemi yoktur<sup>26</sup>. Çünkü, TBK m.188 f.1 (TBK Art. 169 Abs.1) kuralında zikredilen ve borçlunun devreden alacaklı karşısında sahip olduğu için devralana alacaklıya karşı da ileri sürebilmesi gerektiği hükme bağlanan savunmaların, salt maddi hukuktan doğan savunmalara (*def'i, itiraz*) inhisar ettirilerek, usul hukukundan doğan savunmaların kuralın kapsamı dışına çıkarılmasının, ne dogmatik, ne kanuni, ne de hukuk politikası bakımından makul bir sebebi olabilir<sup>27</sup>. Şu halde, medeni usul hukukunun

<sup>22</sup> Şanlı, Cemal : *Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve 'Perdeyi Kaldırma Teorisi' Uygulamasında Sözleşmede Yeralan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sayı:2, Yıl:2002, s.783-785.

<sup>23</sup> Bucher, Eugen: “*Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*”, 2. Auflage, Zürich 1998, s.560; Ingeborg, Schwenzer: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zweite überarbeitete Auflage, Bern 2000, N.90.40 s.479.

<sup>24</sup> TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmünde borçluya tanınan bu imkanın, tarafların yapacağı (örneğin, devreden alacaklıyla borçlu arasında daha asıl sözleşmede; devralan alacaklı ve hatta -üçüncü kişi lehine bir akitle- devreden alacaklı ile borçlu arasında -alacak devredilirken ya da daha sonra yapılan) bir anlaşmayla önceden bertaraf edilebilmesi mümkündür (Gauch/Schluep/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3479).

<sup>25</sup> Aynı görüşte Bucher, *a.g.e.*, s.572, dn.142; Lardelli, *a.g.m.*, 36.

<sup>26</sup> Aynı görüşte, Lardelli, *a.g.m.*, 36.

<sup>27</sup> Borçlunun alacağı devralana karşı da tahkim itirazında bulunup bulunamayacağı meselesiyle ilgili tartışmada, İsviçre doktrininde, “*Bu mesele (federal) maddi özel hukukun mu, yoksa usul hukukunun mu konusudur?*” sorusu da sorulmuştur (bkz. Bucher, *a.g.e.*, s.572 dn.142 –bu yazar,

yürürlük kaynaklarında bu sonucu engelleyen bir hüküm bulunmadığına göre (ya da bulunmadığı sürece), borçlunun, alacağı devralana karşı tahkim itirazında bulunması olanağının varlığı kabul edilmelidir ve bu olanak, TMK m.1 f.1 (Art.1 Abs.1 ZGB) hükmü kapsamında yapılan bir yorumla, doğrudan –yani, TMK m.5 (Art.7 ZGB) talimatı gereğince yapılacak bir kıyasa<sup>28</sup> bile gerek kalmaksızın- TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmüne dayanır.

Bu durumda, borçlunun, devredilmiş olan alacakla ilgili olarak devralan alacaklı tarafından kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açıldığında, tahkim anlaşmasına dayanarak, davanın, tahkim anlaşmasının hükümlerine göre, tahkimde görülmesini isteyebilmesinin hukuki dayanağı, TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR), hükmü olmayacağı gibi; hukuki dayanağın bu hükümde aranması gerekli ve hukuk politikası bakımından doğru da değildir. Gerçekten, eğer borçlunun devralan alacaklıya karşı da tahkim itirazında bulunup bulunamayacağı sorusunun yanıtı TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde aranacak olursa, tahkim anlaşmasının, bu hüküm çerçevesinde bir öncelik hakkı ya da bağlı hak olarak kabul edilmek suretiyle, devralan alacaklıya kendiliğinden intikal ettiğinin kabulü –aşağıda açıklanacağı üzere ve bu makalede temsil edilen görüşe göre- mümkün olmadığından, borçlunun devralan alacaklıya karşı tahkim itirazında bulunabilmesi olanağı da kapatılmış olacaktır. Bu, alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştırmaması ilkesinin bir ifadesi olarak TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmünde öngörülmüş olan düzenleme ile açıkça çatışan bir sonuçtur<sup>29</sup> ve, fikrimce, kabul edilemez.

---

federal maddi özel hukuk görüşünü savunmuştur- ve BGE 103 II 75, 79/80). Bu bağlamda akla ilk gelen, bu sualin, daha ziyade, ZPO'nun yürürlüğe girmesinden önce, kantonal hukuk – federal hukuk ikilemi çerçevesinde ortaya atıldığıdır. Ancak, sorunun, usul hukukunun kamu hukukuna ait bir alan olduğu varsayımıyla ilgili olduğu da anlaşılmaktadır. Kamu hukuku – özel hukuk ayırımının pratik anlam ve sonucunun ne olduğu sorusu kadar, dogmatik anlamı ve ayırım ölçütleri de tartışmalıdır. Öte yandan, medeni yargılama hukukunun kamu hukuku dalı olduğunun kabulü halinde bile, salt bu kabulden hareketle, özel hukukun temel yürürlük kaynağı olan borçlar kanununun -alacağın devri halinde borçlunun durumunun ağırlaştırılmayacağı gibi haklı bir gerekçeyle- borçlunun devralan alacaklıya karşı da ileri sürülebileceğini –herhangi bir ayırıma gitmeksizin- belirttiği savunmaların kapsamına, usul kanununda bir savunma türü olarak öngörülmüş olan tahkim itirazının dahil edilemeyeceğini öne sürmenin mantıklı olmayacağı da kuşkusuzdur. Kaldı ki, medeni yargılama hukukunun yürürlük kaynaklarında düzenlenmiş olan konuların, yargı teşkilatı ve mahkeme ile taraflar arasındaki ilişki (yargılama işlemleri) bakımından kamu hukukuna; özel hukuktan doğan hakların kamu gücünden yararlanılarak yerine getirilmesinde, özellikle, dava açma, açılmış davaya devam etme, davadan feragat vb. konuların ise özel hukuka girdiği görüşü (Pekcanitez/Atalay/Özekes: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s.56) kabul edilirse, tahkim itirazı, maddi hukuka değil usul hukukuna dayanmakla birlikte, özel hukuktan doğan bir savunma (hakki) olarak pekala değerlendirilebilir.

<sup>28</sup> Bkz. bu konuda, Gürzumar, Osman Berat: “Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Prof Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, Özel Hukuk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2004, İstanbul, s.105, 141 vd.

<sup>29</sup> Alacağın devri kurumuna temelden aykırı böyle bir normlar çatışması ise, TBK m.188 f.1 (TBK Art. 169 Abs.1) hükmü ile TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) arasında genel-özel ve önceki-sonraki norm ilişkisi bulunmadığından, gerçek ve örtülü bir kanun boşluğuna yol açar.

Hemen yukarıdaki açıklamada ifade edilen yaklaşıma şu itirazın yapılabilceği düşünülebilir :

*'Eğer, borçlunun devralan alacaklıya karşı da tahkim itirazında bulunup bulunamayacağı sorusunun yanıtının -bu makalede temsil edilen görüşün aksine- TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde aranması gerektiği kabul edilirse; ve, sorunun yanıtı da, tahkim anlaşmasının -yine bu makalede temsil edilen görüşün aksine- bu hüküm çerçevesinde bir öncelik hakkı ya da bağlı hak olarak devralan alacaklıya kendiliğinden intikal ettiği sonucuna varılmak suretiyle, olumlu olarak verilirse, yukarıdaki açıklamada işaret edilen sakıncalar da zaten doğmaz.'*

Böyle bir itirazın şu nedenle haklı olmayacağı kanısındayım:

*Sorunun yanıtını, konuyla doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili bulunduğu -en azından- çok tartışmalı bir hükümde, yani TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) kuralında aramak yerine, konuyu doğrudan kapsadığı rahatlıkla tespit edilebilecek başka bir hukuk normu, yani TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmünde aramak gerekir. Kaldı ki, TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayanılması gerektiği görüşünün kabulüne, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı engel teşkil ettiği gibi; bu görüşün buna rağmen kabulü halinde, asıl sözleşmenin (ve böylece devredilen alacağın) geçersizliği durumunda borçlunun alacağı devralan kişiyi devlet mahkemesinde değil, tahkimde dava açmaya zorlayabilmesi mümkün olamayacaktır. Bu, alacağın devriyle borçlunun durumunun ağırlaştırılmayacağı ilkesine aykırı bir sonuçtur. Çünkü borçlu, devreden alacaklı kendisine devlet mahkemesinde dava açmış ve kendisi de tahkim itirazında bulunmuş olsa idi; devreden alacaklının bu itiraza karşı ileri süreceği 'alacağın geçersiz olması nedeniyle tahkim anlaşmasının da geçersiz olduğu' iddiası, HMK m.412 f.4 ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m.4 hükümlerindeki açık hüküm gereğince, reddedilecekti.*

TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmünün konuyu doğrudan kapsadığı hususu yukarıdaki paragraflarda açıklandı. *Borçlunun devralan alacaklıya karşı da tahkim itirazında bulunup bulunamayacağı sorusunun TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü temelinde yanıtlanmasının en azından tartışmalı (hatta fikrimce yanlış) olmasının nedeni ise şudur:*

TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde alacağın devriyle birlikte alacağı devralana geçecek olan haklar belirlenmiştir. Alacağı devreden için olduğu gibi, devralan alacaklının da borçlunun tahkim itirazına katlanmak zorunda olmasının bir hak teşkil etmediği ise aşikardır. Bu sebeple, anılan hüküm, olsa olsa, devralan alacaklının borçluya karşı tahkim anlaşmasından yararlanmasıyla ilgili soruların yanıtını vermek için bir anlam ifade edebilir. Kuşku yok ki, alacak hakkını devralan kişi, hem alacak hakkını hem de onunla ilgili öncelik hakları ile bağlı hakları, külfetleriyle (yükleriyle) birlikte devralır. Bir başka deyişle, devralanan alacak hakkının ve onunla birlikte intikal eden öncelik haklarının veya bağlı hakların doğması ya da kullanılması,

bir *külfetin* yerine getirilmesine bağlı ise, hakkın devriyle birlikte o *külfet* de alacağı devralana geçer. Çünkü *külfet*, hakla doğrudan bağlantılı olarak, hakkın doğmasını ya da kullanılmasını kayıtlayan bir keyfiyettir. Alacağı doğuran hukuki ilişkiden kaynaklanacak ihtilafların tahkime götürülmesini öngören bir tahkim anlaşması nedeniyle alacaklının ihtilaf halinde borçluya karşı tahkime başvurmak zorunda olması ise *külfet* değildir; çünkü, bu zorunluluk, borçlunun devlet mahkemesinde açacağı davalarda alacaklının tahkim şartına dayanma hakkının doğmasına ya da kullanılmasına kayıt koyan bir unsur teşkil etmez. Dolayısıyla, alacaklının tahkime başvurabilme ve kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açılacak olursa tahkim itirazında bulunabilme olanağının, bir *öncelik hakkı* ya da *bağlı hak* olduğunun kabul edilebilmesi halinde bile; alacağın devriyle birlikte alacağı devralana intikal edecek olan şey sadece bu *menfaat* olurdu; yoksa, *devralan alacaklının borçlunun tahkim itirazına katlanmak zorunluluğunun* da, bu menfaatle birlikte ve onun bir *"külfeti"* olarak devralan alacaklıya geçtiği söylenemezdi. Yani bu kabulde bile, devralan alacaklının borçlunun tahkim itirazına katlanmak zorunda kalması, ancak TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmü ile açıklanabilirdi.

Fakat, kanaatimce, devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanma olanağı da TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü çerçevesinde izah edilecek bir intikalle açıklanamaz. Aşağıda, bu konu incelenmektedir.

## 2- Alacağı Devralan, Borçluya Karşı Tahkim Anlaşmasına Dayanabilir mi ?

Alacağın doğduğu hukuki ilişkinin tarafları arasında yapılmış olan bir tahkim anlaşmasının da alacağın devriyle birlikte devralan alacaklıya kendiliğinden geçtiği görüşünün, hakim görüş olduğu yukarıda (II)'de belirtilmişti. Borçlunun, devralan alacaklıya karşı tahkim anlaşmasına dayanabilmesi olanağını bile TBK m.189 f.1, Art.170 Abs.1 OR, § 401 BGB hükümlerine dayandıran bu görüşün, devralan alacaklının borçluya karşı tahkim anlaşmasından yararlanabilmesi olanağını evleviyetle bu hükümlere dayandırması tabiidir.

Hukuk politikası bakımından, alacağı devralana, borçlu karşısında, *tahkim anlaşmasından yararlanma* hakkına -kural olarak- dayanabilme olanağının tanınması, fikrimce de tercihe şayan bir sonuçtur. Borçlu, alacağı doğuran hukuki ilişki çerçevesinde (ki bu ezici bir çoğunlukla bir sözleşme olarak ortaya çıkar) alacağı devreden ile yaptığı tahkim anlaşmasında, alacakla ilgili olanlar da dahil olmak üzere, o hukuki ilişkiden kaynaklanacak hukuki ihtilafların tahkim yoluyla çözülmesini peşinen kabul etmiştir. Dolayısıyla, borçlunun, devralan alacaklı tarafından tahkimde açılan bir (örneğin) alacak (eda) davasında, devralan alacaklının tahkim anlaşmasına dayanamayacağı, ancak devlet mahkemesinde dava açabileceği şeklinde itiraz etmesinde, kural olarak, hukuken korunabilecek bir menfaat yoktur. Böyle bir yetki itirazının

*kural olarak* haklı görülememesi, borçlunun, bu konuda hukuken dikkate alınması gereken bir menfaatinin bulunduğunu kanıtlama olanağına sahip olduğu anlamını taşımakla birlikte; borçlunun böyle bir itirazda bulunmasını hukuken haklı gösterecek durumların varlığını düşünmek güçtür. Eğer tahkim anlaşmasında, bu anlaşmaya tabi tutulan hukuki ilişkiden doğan hakların bir üçüncü kişiye devri halinde, bu üçüncü kişilerin borçluya karşı dava açmaları halinde tahkime başvuramayacakları açıkça kararlaştırılmışsa; alacağı devralanın borçluya karşı tahkim yoluyla dava açmayacağı konusunda borçlunun menfaatinin olduğu keyfiyeti, sözleşme özgürlüğünden faydalanılarak yaratılmış bir fiksiyon teşkil eder. Bu durumda, borçlunun devralan alacaklının kendisine karşı başvurduğu hakemin ya da hakem heyetinin yetkisiz olduğu itirazında bulunmaktaki haklı menfaatini ayrıca kanıtlamasına da, kuşkusuz, gerek kalmaz. Tahkim anlaşmasına tabi olan sözleşmeden doğan hakların üçüncü kişilere devri halinde bu üçüncü kişilerin borçluya karşı tahkime başvuramayacaklarının tahkim anlaşmasında kararlaştırıldığı -TMK m.2 hükmü temelinde güven ilkesine dayanılarak- objektif bir yorumla tespit edilebilmesi olanağı ise, kanaatimce, borçlunun yetki itirazında bulunmasında hukuken korunacak bir menfaatinin sübut etmesine bağlıdır.

Öte yandan, borçlunun, devralan alacaklıya karşı devlet mahkemesinde açtığı bir davada, devralan alacaklının yapacağı tahkim itirazını savuşturmasında (daha doğrusu böyle bir görev itirazının mahkemece reddedilmesinde), hukuken korunacak bir menfaate sahip olması da güçtür. Aksine, devralan alacaklıya da bu itiraz olanağının tanınmasında, devralan alacaklı ile devreden alacaklının hukuken korunacak bir menfaati vardır. İkincisinin menfaati, alacak davasında borçlunun tahkim itirazına muhatap olma durumunun alacağın değerine yaptığı olumsuz etkinin dengelenmesi (alacağın daha kolay satılabilmesi) menfaattir. Dolayısıyla, bu ihtimal bakımından da, karine, borçlunun bu konuda haklı görülecek bir menfaatinin bulunmadığı yönünde olmalı; ancak borçluya aksini kanıtlama olanağı verilmelidir. Örneğin, devralan alacaklıya karşı borçlu tarafından açılacak uluslararası tahkim davasını devralan alacaklı kaybederse, devralan alacaklının –devredenden farklı olarak- borçlu tarafından evvelce ödenmiş olan tahkim masraflarını –finansal kaynaklarının yetersizliği nedeniyle- tazmin edemeyecek olması<sup>30</sup>, borçlunun devlet mahkemesinde dava açmakta haklı bir menfaatinin bulunduğunun kabulüne neden teşkil edebilir. Tahkim anlaşmasında, tahkim yeri, devreden alacaklı ile borçlunun vatandaşlık bağıyla bağlı olmadığı bir ülkenin belli bir şehri ("*tarafsız yer*") olarak belirlenmiş ve verilecek tahkim kararının iptali prosedürü de o ülke hukukuna tabi iken, devralan alacaklının da o ülke vatandaşı (ya da orada ikamet ediyor) olması ihtimalinde de benzer bir durum vardır<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Bkz. Sinclair: *a.g.m.*, s.10.

<sup>31</sup> Bkz. Girsberger/Hausmaninger, *a.g.m.*, s.145-146; Esen, *a.g.e.*, s.193.

Dolayısıyla, tahkim anlaşmasına tabi bir hukuki ilişkiden doğan alacağın devri halinde, devralan alacaklının borçluya karşı tahkim anlaşmasından, kural olarak, yararlanabilmesi gerektiği şeklindeki hakim görüş, bu makalede de paylaşılmaktadır. Buna karşın, bu yaklaşımın, TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayandırılacağı yolundaki hakim görüşe, hukukun tatbiki yöntemi bağlamında (TMK m.1, 4, 5), hem teorik nedenlerle hem de doğacak sonuçlar bakımından katılmıyorum:

TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü öncelik haklarının ve bağlı hakların, alacağın devriyle birlikte kural olarak<sup>32</sup> devralana geçeceğini öngörmektedir. Anılan hükümdeki *öncelik hakları*, esas itibarıyla -İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesinde olduğu gibi- devredilen alacağa *başka alacaklar* (yani, *borçlunun diğer alacaklıları*) karşısında öncelik tanıyan ayrıcalıkları (imtiyazları) ifade eder<sup>33</sup>. Ancak, tapuya verilen şerhin etkisinden yararlanabilme olanağı (yani, hakkında şerh verilmiş olan taşınmazı sonradan devralan ya da onun üzerinde sonradan hak kazanan kişiye karşı alacak hakkına dayanabilme imkanı) da, *öncelik hakları* kapsamında kabul edilmektedir<sup>34</sup>. *Bağlı haklar*, ise, aynı ve şahsi teminat hakları, faiz, sözleşmeye değil alacağa bağlı olan yenilik doğuran haklar gibi fer'ilerdir<sup>35</sup>.

İşte, Türk ve İsviçre doktrininde, devralan alacaklının borçluya karşı tahkim anlaşmasına dayanabilmesi olanağını bir *intikal* konusu olarak ele alıp, bu olanağın varlığını kabul eden yazarlar da<sup>36</sup>, devralan alacaklının borçlu karşısında tahkim anlaşmasına dayanabilmesi olanağını, tahkim anlaşmasının *öncelik hakkı* ya da *bağlı hak* teşkil ettiği gerekçesiyle, TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayandırmaktadır.

Oysa, tahkim anlaşmasından doğan *tahkime başvurma* ve *diğer tarafın devlet mahkemesinde dava açmasını engelleyebilme* yetkisinin (usul hukukundan doğan bu hakkın<sup>37</sup>) içerik itibarıyla *öncelik haklarından* veya *bağlı haklardan* biri olarak nite-

<sup>32</sup> Eski Borçlar Kanunu m.168 f.1 hükmündeki "... temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada ..." ibaresi, TBK m.189 f.1 hükmüne alınmamış ise de, bu şartın bugün de aranmaması için hiçbir geçerli gerekçe yoktur (bu ibare, Art.170 Abs.1 OR hükmünde "... mit Ausnahme der, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind." şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, eğer bu haklar devreden alacaklının şahsına has iseler, devralan alacaklıya geçmezler ve, borçlu ile alacaklının, alacağı doğuran sözleşmede, bu hakları alacaklının şahsına has kılmaları da mümkündür (bkz. Gauch/Schluep/Emmenegger, a.g.e., N. 3469).

<sup>33</sup> Oğuzman, Kemal/Öz: "Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", Cilt 2, 9. Bası, İstanbul 2012, s.548; Bucher, a.g.e., s.572

<sup>34</sup> Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, a.g.e., s.548/549;

<sup>35</sup> Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, a.g.e., s.548/549; Bucher, a.g.e., s.571

<sup>36</sup> Bkz. yukarıda (II).

<sup>37</sup> Alman doktrinindeki *tahkim anlaşmasının* hak olup olmadığı tartışması (ve, doğru bir değerlendirmeyle, *hak olmadığı* görüşü) için bkz. Hossfeld, a.g.e., s.66-73.

lendirilmesinin isabetindeki soru işareti<sup>38</sup> bir yana<sup>39</sup>; salt devredilen alacakla birlikte yeni alacaklıya kendiliğinden intikalleri sağlanmak için TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne zikredilmiş olan bu haklara *tahkim anlaşmasından yararlanma yetkisini* de dahil etmek, *tahkim anlaşmasının bağımsızlığı* ilkesi nedeniyle mümkün değildir<sup>40</sup>.

Gerçekten, HMK m.412 f.4<sup>41</sup> ve MTK m.4<sup>42</sup> hükümlerinde pozitif bir dayanak bulmuş olan ve uluslararası tahkim hukukunda da kabul edilen<sup>43</sup> *tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı* prensibine göre, tahkim anlaşmasının ilişkin olduğu asıl sözleşmenin geçersiz olması, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez<sup>44</sup>. Bu

<sup>38</sup> Bağlı hak olmadığı yönündeki benim de katıldığım görüş için bkz. Akyol, Şener: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 1995, s.23.

<sup>39</sup> Tahkim anlaşmasından doğan hakların *öncelik hakkı* ya da *bağlı hak* olduğunu savunan görüş, bu hakların neden içerik itibarıyla *öncelik hakları* ya da *bağlı haklarla* aynı kategoride olduğunu detaylı olarak açıklamamaktadır (bkz. Gauch/Schluelp/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459; Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.641; Dayınlarlı, *a.g.e.*, s.310). Belki, öncelik hakkı görüşü, tahkim anlaşmasından doğan hakların, içerik itibarıyla, devlet mahkemesinde dava açmak zorunda kalmama ve devlet mahkemesinde açılacak davaya muhatap olmama konusunda bir imtiyaz teşkil ettiği gerekçesiyle haklı görülebilirdi. Ancak bu durumda da yine tahkim anlaşmasından yararlanma yetkisinin –öncelik hakkı olarak nitelendirildiğine göre- TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü çerçevesinde (devreden şahsına has kılınmamışsa) *alacanın devriyle, alacakla birlikte devralana geçen* bir hak teşkil ettiği kabul edilmiş olacak ve bu da hemen aşağıda açıklanan ilkeyle bağdaşmayacaktı.

<sup>40</sup> Bkz. Pfisterer, *Berner Kommentar*, N.50; Şanlı, *a.g.m.*, s.783-785. Devralan alacaklıya *intikali* savunan ve bunun dayanağını TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde gören yazarlar, istisnasız, *“tahkim anlaşmasının (ya da şartının) devralan alacaklıya geçmesi”* kavramını kullanmaktadırlar (Bkz. Gauch/Schluelp/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459; Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.641; Dayınlarlı, *a.g.e.*, s.310). Oysa, devralan alacaklıya geçip geçmediği tartışılan şey, salt, devredilen alacakla ilgili olarak tahkime başvurma olanağıdır; devreden, tarafı olduğu sözleşmeden doğan diğer alacaklarıyla (ya da –örneğin, sözleşmeden dönme, fesih gibi sözleşmenin tarafı olmaya bağlı- başka haklarla -Gauch/Schluelp/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 343463/3465-) ilgili olarak tahkim şartından yararlanma yetkisi kendisinde kaldığı gibi (bkz. Bucher, *a.g.e.*, s.572; Lardelli, *a.g.m.*, 35), *tahkim anlaşmasının* geçtiğinden bahsetmek de, zaten, kavramsal olarak yanlış; çünkü tahkim anlaşması sadece tahkime gidebilme hakkını değil tahkime gitme ve tahkime muhatap olma zorunluluğunu da içeren –alacağı devralana kendiliğinden geçmesi olanak dışı bulunan- bir *sözleşmedir* (bkz. ve krş. Alman doktrininde Hossfeld, *a.g.e.*, s.71/72: *Tahkim anlaşması yapılması, her iki taraf için de, hukuk muhakemesi hukukunun yürürlük kaynaklarında sadece devlet mahkemelerinde dava açılması hali için öngörülmüş olan derece, adli yardım vb. haklardan vazgeçmek anlamına gelir.*). Buna karşın, *öncelik haklarının* ve *bağlı hakların* alacanın devriyle birlikte devralana intikal etmesi demek, bu hakların devreden alacaklıda kalması demektir.

<sup>41</sup> İsviçre’de ulusal tahkim için bkz. Art.357 Abs.2 ZPO.

<sup>42</sup> İsviçre’de uluslararası tahkim için bkz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.178 f.3.

<sup>43</sup> Bkz. örn. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları m.6 (9);

<sup>44</sup> Ancak, tahkim anlaşmasının tabi olduğu asıl sözleşmedeki geçersizlik nedeni, korkutma (tehdit) durumunda ortaya çıkabileceği üzere, tahkim anlaşmasını da sakatlıyorsa -ki, böyle bir ihtimal sadece tahkim şartı değil tahkim sözleşmesi için de söz konusu olabilir- bu durumda tahkim anlaşmasının da hükümsüz olacağı kuşkusuzdur. HMK m.412 f.4 hükmünün yoğun bir eleştirisi için bkz. Umar, Bilge, *“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi”*, 2011 Ankara, s.1153/1154.



ilke –asıl sözleşmenin geçersiz olması, o sözleşmeden bir alacak hakkı doğmadığı anlamına da geldiğine göre- alacak hakkıyla tahkim anlaşması arasındaki ilişki için de söz konusudur. Başka bir deyişle, tahkim anlaşması, ilgili bulunduğu asıl sözleşmeden doğan (doğduğu ileri sürülen) *alacak hakkından da bağımsızdır ve devredilen alacağın geçersiz (doğmamış) olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez*. Bu durumda, tahkim anlaşmasından yararlanma –yani tahkimde dava açabilme ve karşı tarafın devlet mahkemesinde dava açmış olması halinde tahkim itirazında bulunabilme- yetkisinin, alacağın devriyle birlikte devralan kişiye intikal edeceğinden de bahsedilemez; çünkü bu yetki, alacağın kaderine tabi ve bağlı değildir. Oysa TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde zikredilen *öncelik hakları ve bağlı haklar*, ilgili ya da fer'i oldukları alacak hakkının kaderine tabi haklardır: Alacak hakkı varsa onlar da vardır, alacak hakkı yoksa onlar da yoktur ve alacak hakkı devredilmişse onlar da devredilmiştir. Oysa, tahkim anlaşmasından yararlanma hakkı sözleşmenin ve böylece de alacağın kaderine tabi olmadığı (hakem ya da tahkim heyetinin geçersiz bir sözleşmedeki tahkim şartı gereğince de yetkili olması ve ilgili ihtilafa bakabilmesi gerektiği) için, bu hakkın alacağın devriyle birlikte devralana *intikal etmesi ya da etmemesi (geçmesi ya da geçmemesi)* şeklinde bir sorun olamaz. Sorun, *cüzi intikal* kavram ve kurumu etrafında değil; salt *“devralan alacaklının kural olarak tahkim anlaşmasından yararlanma hakkı var mıdır?”* şeklinde ifade edilmelidir. Türk ve İsviçre doktrininde, tahkim anlaşmasına dayanabilme yetkisinin devralan alacaklıya tanınmasını bir hukuk politikası olarak tercih ettikleri halde, bu tercihin uygulamaya konabilmesinin hukuki dayanağını TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde arayan<sup>45</sup> görüş ise, isteyerek ya da istemeden<sup>46</sup>, bu tercihin tatbik edilebilirliğini, asıl sözleşmenin geçerli olduğu hallere inhisar ettirmiş olmaktadır. Bu sonuç, tahkim anlaşmasının bağımsızlık özelliğine aykırıdır.

Bu durumda, hukuk politikası bakımından kural olarak tercih edilmesi gereken sonucun devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanabilmesi olduğu kabul edilirse –ki, evvelce de belirttiğim üzere, hakim görüş bu yöndedir- o zaman bu sonuca TMK ve TBK (ZGB ve OR) çerçevesinde hangi hükümlerden ve uygulama ilkelerinden yararlanarak ulaşılabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Fikrimce, bu sonuca, ancak, *devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanıp yararlanamayacağı* konusunda açık ve gerçek bir kanun boşluğu bulunduğundan (TMK m.1 f.2 (Art.1 Abs.2 ZGB)) hareket etmek ve bu boşluğu *devralan alacaklının*

<sup>45</sup> ... ve böylece, sorunu *“devralan alacaklının kural olarak tahkim anlaşmasından yararlanma hakkı var mıdır?”* şeklinde değil, *“tahkim anlaşmasından yararlanma hakkı alacağın devriyle birlikte intikal eder mi?”* Sorusunun yanıtıyla halletmeye çalışan ...

<sup>46</sup> Devralan alacaklının tahkim anlaşmasına dayanabilme yetkisini TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayandıran görüşün, anılan tahkim hukuku prensibinin varlığına rağmen mi böyle bir sonuca ulaştığını tespit etmek mümkün değildir; çünkü meseleyi bu yönüyle tartışmamıştır.

*-kural olarak- böyle bir hakkının mevcut olduğu* şeklinde doldurmak suretiyle ulaşılabılır. Boşluk, açık ve gerçektir; çünkü, sorunun yanıtını vermek, kanunda mevcut bir hükmün, lafziyla çatışan amacına göre yorumuyla aşılabilecek bir zorluğun (örtülü ve gerçek olmayan boşluk) ötesindedir: Kanunda, hukuken düzenlenmesi gerekli olan bu konuyla ilgili hiçbir hüküm yoktur. Ayrıca, Türk (ve İsviçre) hukuku bakımından, devralan alacaklının *-kural olarak- böyle bir hakkının mevcut olduğu* yönünde bir (ticari) örf ve adet hukukunun yerleştiğini ileri sürmek de, fikrimce, güçtür. Bu durumda *-örf ve adet hukuku da bulunmadığına göre ya da bulunmadığı kabul edilirse-* bu *hukuk* boşluğunun, hakemler ve devlet mahkemeleri tarafından doldurulması gereklidir. Boşluğun, *devralan alacaklının -kural olarak- böyle bir hakkının mevcut olduğu* şeklinde doldurulmasının gerekçesi ise, kanaatimce, yukarıda açıklanan hukuk politikası tercihi de esas alınarak, şöyle izah edilebilir :

Madem devralan alacaklı, devraldığı alacağın kaynaklandığı hukuki ilişkide borçlu ve devreden arasında yapılmış bir tahkim anlaşması yüzünden (TBK m.188 f.1, Art.169 Abs.1 OR gereğince) borçlunun tahkim itirazına *-kural olarak-* katlanmak zorunda bırakılıyor<sup>47</sup>; o zaman, kanun koyucuya TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmü temelinde yorum yoluyla atfedilen bu normatif tercih *-kanun koyucunun değerler yaklaşımında mündemiç olduğu varsayılmak gereken eşitlik ilkesi gereğince-* alacaklının borçluya karşı aynı tahkim anlaşmasına *-kural olarak-* dayanabilme imkanı bakımından da geçerli olmalıdır. Böyle bir yaklaşım, kanun boşluğunun *-keyfi, hukukun genel ilkeleriyle çelişen, uygulamanın yapıldığı hukuk sisteminin bünyesine aykırı düşen, dahiyane bir tarzda değil-* kanun koyucu gibi davranılarak doldurulması prensibine de uygundur. Kanun boşluğu ve boşluğun açıklanan sonuca yol açacak şekilde doldurulması yaklaşımı, meselenin TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayanılarak değerlendirilmesi halinde ortaya çıkan *-ve belki de sorunun çözümünü bu hükümde arayan görüşün de istemediği-* teorik ve pratik sakıncaları içermemektedir.

Nihayet, kanun boşluğu ve boşluğun açıklanan sonuca yol açacak şekilde doldurulması görüşü kabul edilirse, devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanma hakkını *-kural olarak-* kazanacağını öngören *-hakim ya da hakem tarafından yaratılmış-* norm, bu hakkın *devren* değil, *aslen* iktisap edildiğinin bir ifadesi olacaktır<sup>48</sup>. Bu tespite karşı, *"tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişi, bu anlaşmadan yararlanabilme hakkını, borçlunun rızası olmaksızın, kazanamaz"* şeklinde yapılacak bir itirazın yerinde olmayacağı fikrindeyim. Çünkü, bir kere, devralan alacaklının tahkim anlaşmasına dayanabilme olanağını TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR)

<sup>47</sup> Bkz. yukarıda (1).

<sup>48</sup> Yukarıda dn.8'de zikredilen ve konunun tamamını *"devralan alacaklının tahkim anlaşmasıyla bağlı olması"* (*"Die Bindung des Zessionars an die Schiedsvereinbarung"*) başlığı altında ele alan Hossfeld'in *devren iktisap* görüşü ile krş.

hükmüyle (yani *devren iktisapla*) açıklayan hakim görüş de bu sonucun doğması için borçlunun rızasını aramamaktadır. Öte yandan, borçlunun rızası konusu -TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünü esas alan görüşün de (en azından zımnen) kabul ettiği üzere- tahkim anlaşması yapılırken borçlunun bunu peşinen yasaklayıp yasaklamadığı sorunu kapsamında ele alınmalıdır. Bu sorun ise, yaratılacak normun, *devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanma hakkının kural olarak mevcut olduğu* şeklinde ifade edilmesi lüzumu ile ilgilidir. Yani, *tahkim anlaşmasında, bu anlaşmadan doğan hakların üçüncü kişilere devri durumunda, bu kişilerin bu anlaşmadan yararlanamayacağı hükme bağlanmışsa, (iyi niyet iddiası – TMK m.3 (Art.3 ZGB) gereğince- korunamayacak olan) devralan alacaklı, tahkim anlaşmasından yararlanamaz ve tahkim anlaşmasındaki böyle bir kayıt, borçlunun bu konuda bir menfaati bulunduğu konusunda geçerli bir fiksasyon olarak kabul edilmek gerekir. Borçlu, devralan alacaklının tahkim anlaşmasına dayanmasının engellenmesinde kendisinin hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğunu başka olgulara dayanarak da kanıtlayabilir. Borçlunun bu nitelikteki bir menfaatinin varlığını kanıtlayabildiği her durumda, bu menfaat, hakem ya da hakim tarafından yaratılmış olan ve devralan alacaklının tahkim anlaşmasından kural olarak yararlanabileceğini öngören normdaki genel kuralı bertaraf eden ve fakat yine de bu normun tatbikiyle dikkate alınmış olan bir olgu teşkil eder.*

## SONUÇ

Bu makalede temsil edilen görüşe göre:

1. Tahkim şartına tabi bir hukuki ilişkiden doğan alacak hakkı devredildiğinde, borçlunun alacağı devralana karşı ve alacağı devralanın da borçluya karşı kural olarak tahkim şartından yararlanabilmesi, hukuk politikası bakımından tercihe şayan bir sonuçtur.

2. Borçlunun devralan alacaklı karşısındaki durumu bakımından, bu sonuç, hakim olan görüşün aksine, tahkim anlaşmasının alacağın devriyle birlikte TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü gereğince alacaklıya intikal ettiği şeklindeki bir gerekçeye değil, doğrudan ve münhasıran, TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmüne dayanır.

3. Devralan alacaklının borçlu karşısındaki durumu bakımından ise bu sonuç, hakim olan görüşün aksine, tahkim anlaşmasının alacağın devriyle birlikte TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü gereğince alacaklıya intikal ettiği şeklindeki bir gerekçeye değil, bu konuda mevcut olan açık ve gerçek bir kanun boşluğunu, TMK m.1 f.2 (Art.1 Abs.2 ZGB) hükmü gereğince dolduracak olan norma dayanır.



# BONODA YER ALAN TEDİYE TARİHİ VE ÖDEME TARİHİ KAVRAMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(An Assesment of The Concept of Payment and Disbursement Date In Promissory Note)

Prof. Dr. Mehmet HELVACI\*  
Ar. Gör. Raziye AKSU\*\*

## ÖZET

Bu çalışmada, bonoda yer alan tediye ve ödeme tarihi kavramları kambiyo senetlerine hâkim olan ilkeler ışığında değerlendirilmiştir. Tediye tarihi, bir para borcunun ödeneceği tarihi ifade etmekle birlikte, hukuki niteliği TTK m. 776, f. 1/c anlamında vade değildir. Zira bonoda yazılı bir tarihin, vade olarak yorumlanabilmesi için en azından senedi eline alan herkes için, söz konusu tarihte senedin ödeneceğinin anlaşılması gerekir. Buna karşın tediye tarihinde, söz konusu netlik bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tediye tarihi bir kayıt olarak bonoya yazılabilir. Bu sayede, düzenleyen lehdara karşı ileri sürebileceği şahsi bir def'i yaratmak istemiş olabilir. Öte yandan, uygulamada bazı matbu bonolara "tediye tarihi" şeklinde bir ifadenin eklendiği görülmektedir. Tediye tarihi, bononun zorunlu unsurlarından olmadığı için ve vade ile karıştırılarak çifte vade yaratıp bononun geçersizliği sorunu yaratabildiğinden bu kısmın bonodan çıkartılması uygun olur. Ayrıca bonoda ödeme tarihi de vade anlamına gelmemektedir. Zira vade para borcunun muaccel olduğu günü ifade etmesine rağmen, ödeme tarihi muaccel olan bir para borcunun fiilen ödenebileceği günü ifade eder.

**Anahtar kelimeler:** Ödeme Tarihi, Tediye Tarihi, Vade, Bonoda Kayıtlar

## Abstract

In this study, the concept of payment date and disbursement date in promissory note was examined in the light of principles that dominate the commercial bills. Disbursement date means the date of payment of a monetary debt. However, its legal character is not maturity date, which is regulated in Turkish Commercial Code Article 776, paragraph 1/c. Because of a written date of the promissory note, to be interpreted as the maturity date due to everyone at least shares the hands, on the date in question should be understood to be paid. However, the

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, raziye\_aksu1905@hotmail.com.

disbursement date, there is no such clarity. Besides, it can be written as a clause on the promissory note. In this way, the regulator may have wanted to create a personal defences that could be asserted against the beneficiary. On the other hand, in practice, it is seen that the disbursement date added as a form of expression in some printed promissory note. Since the disbursement date is not mandatory elements of the promissory note, it would be appropriate to remove it from the promissory note. In addition, payment date does not mean the maturity date. Because despite the fact that the maturity date is the day when the money is due and payable debts, the payment date refers to the day can actually paid with a money debt due.

**Keywords:** Payment Date, Disbursement Date, Maturity Date, Clauses in Promissory Note

## GİRİŞ

Uygulamada bonoya “tediye veya ödeme tarihi<sup>1</sup>” şeklinde bir bölüm eklendiği ve söz konusu durumun, yargı kararlarına intikal ettiği gözlemlenmiştir. Bu çalışmanın konusu, tediye ve ödeme tarihi kavramlarının kambiyo senetlerine hâkim olan ilkeler ışığında değerlendirilmesidir.

Çalışmanın ilk kısmında, Yargıtay’ın tediye ve ödeme tarihine ilişkin önüne gelen uyumsuzluklarda hangi gerekçelerle, ne yönde karara vardığı incelenmiştir. Daha sonra doktrinde söz konusu kavramlara yer verilip verilmediği irdelenerek, konuya ilişkin değerlendirmemize geçilmiştir. Bu kısımda özellikle, tediye ve ödeme tarihi kavramlarının ne anlama geldiği, bonoya bu tarihlerin yazılıp yazılmayacağı ve şayet yazılabiliyorsa bunun sınırlarının ne olması gerektiği gibi soruların yanıtları aranmıştır. Bu aşamada Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi de yapılmıştır.

### I. Yargıtay Uygulaması

#### A. Tediye Tarihi Açısından

Yargıtay, tediye tarihi ile ilgili önüne gelen uyumsuzluklarda, tediye tarihi kısmında yazılı tarihin bonoda yer alan düzenleme veya vade tarihi ile aynı olup olmasına göre farklı sonuçlara ulaşmıştır.

Öncelikle Yargıtay’ın, önüne gelen uyumsuzluklarda, bonoda farklı düzenleme, vade ve tediye tarihlerinin bulunması halinde, bonoda yer alan tediye tarihini vade olarak yorumlayarak, bonoda çift vade olduğuna ve bononun kambiyo senedi niteliğini kaybettiğine karar verdiği görülmektedir<sup>2</sup>. Nitekim Yargıtay, düzenleme tarihi-

<sup>1</sup> Bu çalışmada kullanılan ödeme tarihi kavramı, “ödeme günü” ile aynı anlamdadır. İnceleme için bkz. C. Vade.

<sup>2</sup> Yargıtay 27.10.2008 düzenleme tarihli bonoda, “tediye tarihi” kısmında 22.05.2009 tarihinin yazılması ve senet metninde ise vadenin 20 Mayıs 2009 olarak gösterilmesi sebebiyle çift

nin 26.12.2012, bononun sol üst kısmında tediye tarihinin 25.01.2013, senet metni içinde ise vade tarihinin “yirmibeş aralık ikibinonüç” olarak gösterildiği bonoda, tediye tarihini vade olarak kabul etmiş ve bu iki tarih birbirinden farklı olduğu için bonoda çift vade olduğuna hükmetmiştir<sup>3</sup>.

Bununla birlikte, Yargıtay tediye tarihini vade olarak yorumladığı diğer bazı kararlarında düzenleme ve vade tarihi ile ilgili ilginç bir yorum yöntemi kullanarak, bononun geçersiz olmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay, düzenleme tarihinin 9.30.2007, tediye tarihinin 31.12.2007 olarak yazıldığı ve senet metninde ise 9.30.2007 tarihinde ödeneceği yazılan bonoda, metin bölümünde yer alan bu tarihin düzenleme tarihinin tekrarından ibaret olduğuna karar vermiştir<sup>4</sup>. Bir başka olayda ise<sup>5</sup> tediye tarihi 10.10.2003 olup metinde de aynı tarihte senedin ödeneceği ve vade kısmında 10.10.2002, düzenleme tarihi kısmında ise 10.10.2002 tarihleri yazmaktadır. Yargıtay bu durumda da, düzenleme tarihinin bu şekilde tekrar edilmiş olmasının ikinci bir vade tarihi olarak kabul edilemeyeceğine ve bononun üst bölümünde vade kısmında yazılı tarihin, tediye tarihi bölümüne yazılmış olmasının ise yazım sırasındaki düzensizlikten kaynaklandığına karar vermiştir. Buna karşın Yargıtay’ın benzer bir olayda vade tarihini düzenleme tarihi olarak yorumlamadığı bir kararı da mevcuttur. Somut olayda düzenleme tarihi 07.05.2013, sol üst kısmında tediye tarihi 01.07.2013, senet metni içinde ise vade tarihinin 07.05.2013 olarak gösterildiği bonoda çift vade olduğuna karar verilmiştir<sup>6</sup>.

İkinci olarak Yargıtay’ın önüne gelen uyuşmazlıklarda, bonoda aynı düzenleme ve tediye tarihi, bunlardan farklı vade tarihi bulunmaktadır. Bu durumda Yargıtay, tediye tarihi ile bononun düzenleme tarihinin aynı olmasının çift vade anlamına gelmeyeceğine, aksine, düzenleme tarihinin tediye tarihinde tekrarı anlamına geleceğine hükmetmiştir<sup>7</sup>. Örneğin Yargıtay, düzenleme tarihinin 21.06.2007, tediye tari-

---

vade olduğuna karar vermiştir. Bkz. Y. 12. HD. E. 2015/18259 K. 2015/22441 T. 29.9.2015; Benzer kararlar için bkz. Y. 12. HD. E. 2015/7238 K. 2015/15727 T. 8.6.2015; Y. 12. HD. E. 2014/32091 K. 2015/6961 T. 24.3.2015; Y. 12. HD. E. 2015/30972 K. 2015/31425 T. 14.12.2015; Bu çalışmada kullanılan tüm Yargıtay kararları [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) adresinden alınmıştır. Kararlara en son erişim tarihi 24.06.2016’dır.

<sup>3</sup> Y. 12. HD. E. 2015/30959 K. 2016/1537 T. 20.1.2016.

<sup>4</sup> Y. 12. HD. E. 2009/29449 K. 2010/10515 T. 27.4.2010.

<sup>5</sup> Y. 12. HD. E. 2007/6101 K. 2007/9073 T. 4.5.2007.

<sup>6</sup> Y. 12. HD. E. 2014/26362 K. 2015/719 T. 15.1.2015.

<sup>7</sup> Yargıtay düzenleme tarihinin 01.05.2012, tediye tarihi başlığı altında 01.05.2012, metin kısmında ise 01.11.2012 vade tarihinin yazılı olduğu anlaşılan bonoda, düzenleme tarihinin tediye tarihinde tekrarının çift vade anlamına gelmeyeceğine, aksinin kabulünün ise aşırı şekilcilik olup hak kaybına neden olacağına hükmetmiştir. Bkz. Y. 12. HD. E. 2015/6753 K. 2015/15552 T. 4.6.2015; Benzer kararlar için bkz. Y. 12. HD. E. 2005/17619 K. 2005/17739 T. 22.9.2005; Y. 12. HD. E. 2015/8038 K. 2015/18134 T. 29.6.2015; Y. HGK. E. 1989/12-681 K. 1990/154 T. 7.3.1990.

hi kısmında 21.06.2007, senet metni içinde ise vade tarihinin 21.06.2010 yazıldığı bonoda aynı sonuca varmış ve aksinin kabulünün ise aşırı şekilcilik olup hak kaybına neden olacağına hükmetmiştir<sup>8</sup>.

## B. Ödeme Tarihi Açısından

Yargıtay ödeme tarihi ile ilgili önüne gelen uyuşmalıklarda, ödeme tarihini vade olarak yorumlamıştır. Örneğin Yargıtay, bonoda ödeme tarihi kısmında yer alan tarihin 04.04.2010 ve senet metninde ise vadenin “04 NİSAN 2011” olarak yazıldığı, bu durumda çift vade bulunması sebebiyle senedin kambiyo senedi niteliğinde olmadığına karar vermiştir<sup>9</sup>. Yine Yargıtay 31.10.2008 vadeli, ödeme tarihi kısmında 31.10.2008, senet metninde ise vadenin 30 Ekim 2008 olarak gösterildiği bonoda da aynı sonuca varmıştır<sup>10</sup>. Ayrıca Yargıtay, ödeme tarihi yerine ödeme gününü kavramının kullanıldığı bonoda da çift vade olduğuna karar vermiştir<sup>11</sup>.

## II. Doktrindeki Görüşler

Doktrinde tediye tarihi kavramı açıkça incelenmemiştir. Bununla birlikte, iki yazarın eserlerinde<sup>12</sup>, çift vadenin geçersiz olduğuna dair örnek verirken, tediye tarihine ilişkin Yargıtay kararlarına atıf yaptıkları görülmektedir. Bu kararlarda tediye tarihi, vade tarihi olarak yorumlanmıştır. Buna karşın yazarlardan birinin eserinde, aynı zamanda, Yargıtay’ın tediye tarihini, düzenleme tarihinin tekrarı olarak yorumladığı kararlardan birine de atıf yapılmıştır<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> 12. HD. 2.4.2013 tarihli ve E. 2013/3785 K. 2013/12677.

<sup>9</sup> Y. 12. HD. E. 2015/24873 K. 2016/1267 T. 19.1.2016; Benzer karar için bkz. Y. 12. HD. E. 2015/17551 K. 2015/29536 T. 26.11.2015.

<sup>10</sup> Y. 12. HD. E. 2015/6046 K. 2015/15920 T. 9.6.2015.

<sup>11</sup> “Takip dayanağı senette ödeme günü başlığı altında 15.04.2014 ve senedin metin kısmında ise 13.08.2013 tarihinin yazılı olduğu, bu haliyle söz konusu senedin çift vade taşıdığı görülmektedir.” Bkz. Y. 12. HD. E. 2015/12186 K. 2015/24272 T. 13.10.2015.

<sup>12</sup> Öztan’ın atıf yaptığı kararda Yargıtay, senet metninde tediye tarihi olarak 28.4.1983, senedin arkasına ödeme günü olarak 28.5.1983 tarihinin yazılması sebebiyle senedin farklı iki vade içerdiğine ve geçersizliğine karar vermiştir (Y. 12. HD. E. 1985/10620 K. 4686 T. 21.4.1986). Bkz. Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 659 dnp. 76; Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal da çift vadenin senedi geçersiz kılacağına anlatıldığı bölümde aynı karara atıf yapmıştır. Bkz. Karahan, Sami/Arı, Zekeriyya/Bozgeyik, Hayri/ Saraç, Tahir/ Ünal, Mücahit, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 195 dnp. 3.

<sup>13</sup> Düzenleme tarihinin vadeden sonraki bir tarih olmaması gerektiğinin anlatıldığı bölümde örnek olarak verilen karar şöyledir: “Bononun üst bölümünde ve vade yazılı kısmında vade tarihi 30.07.2000 olarak yazılmış ve aynı tarih bono metnindeki vade kısmında da belirtilmiştir. Bonoda düzenleme tarihi 18.05.2000 olarak yazıldığı ve bu tarihin ayrıca bononun üst kısmında, “tediye tarihi” kısmında tekrar edildiği görülmektedir. Düzenleme tarihinin bu şekilde ve tediye tarihi bölümünde tekrar edilmiş olması, 2. bir vade tarihi olarak kabul edilemeyeceği için bononun vasfını etkilemez.” Bkz. Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal, s. 183-184 dnp 5.



Doktrinde bononun üzerine yazılı ödeme tarihi kavramının hukuki niteliği açıkça incelenmemiştir. Bununla birlikte, ödeme tarihi kavramı ile aynı anlamda oldukları kanaatinde olduğumuz ödeme günü kavramı<sup>14</sup> vade olarak yorumlanmaktadır<sup>15</sup>. Bir görüş, 6762 sayılı Ticaret Kanunu döneminde basıldığı anlaşılan bono örneğinde “vade” yerine “ödeme günü” ifadesinin tercih edildiğini; çünkü ticari hayatta vadenin, tatil günleri dikkate alınarak belirlendiğini, bunun ise genellikle gerçek ödeme gününü ifade ettiğini belirtmiştir<sup>16</sup>.

### III. Değerlendirme

#### A. Genel Olarak

Tediyenin kelime anlamı, para vb. bir şey verme, ödeme anlamına gelmektedir<sup>17</sup>. Hukuki anlamda tediye, para borçlarının ifasını ifade etmek için kullanılır<sup>18</sup>. TTK’da, tediye kavramına yer verilmemekle birlikte, ETK’da bu kavram, para borcunun ödenmesi anlamında kullanılmıştır<sup>19</sup>. Örneğin ETK m. 631’de poliçenin borçlu tarafından tediye edileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce tediye tarihinden kasıt da, bir para borcunun ödeneceği tarih olmalıdır.

Ödemenin kelime anlamı, bir borcun alacaklıya verilerek borca son verilmesi anlamına gelmektedir<sup>20</sup>. Ödeme tarihi kavramı, TTK’nın kambiyo senetlerine ilişkin hükümlerin yer aldığı üçüncü kitap, dördüncü kısmında iki hükümde yer almak-

<sup>14</sup> Bkz. C. Vade.

<sup>15</sup> Öztan, iki ayrı vadenin yazılması haline atıf yaparak örnek gösterdiği kararda, üst kısmında ödeme günü 20.6.1985 olarak gösterilen senedin metninde 6 Haziran 1985’de ödeneceği yazılı olduğundan Yargıtay bononun geçersizliğine karar vermiştir (Y. 11. HD. E. 1986/6215 K. 1986/6695 T. 12.10.1986). Bkz. Öztan, 1997, s. 658 dpn. 68; Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal, s.195 dpn. 3.

<sup>16</sup> Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal, s. 332.

<sup>17</sup> Türk Dil Kurumu, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=TED%C4%B0YE](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=TED%C4%B0YE), ET. 13.06.2016.

<sup>18</sup> Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 196; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 257.

<sup>19</sup> Örneğin, ETK m. 166’da şirketten ödünç alınan para vade gününde tediye ve teslim edilmeyecek olursa, bu vadenin veya zamanın geçmesinden itibaren ödünç alınan paraya kanuni faizin işleyeceği düzenlenmiştir. Tediye kavramı, hala yürürlükte olan kanunlarda da ödeme anlamında kullanılmaktadır. Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanunun 2’nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun, madde 1’de, her yıl için birer aylık istihakları tutarında ilave tediye yapılacağı düzenlenmiştir Burada tediye kavramı, “ödeme” anlamında kullanılmış ve aynı kanunda tespit edebildiğimiz kadarıyla 15 kez daha aynı anlamda kullanılmıştır. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.6772.pdf>, ET. 14.06.2016.

<sup>20</sup> Türk Dil Kurumu, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.578a8c9486c0c7.34353975](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.578a8c9486c0c7.34353975), ET. 14.07.2016.

tadır. TTK m. 726, f. 1/b uyarınca, bono bedelini ödemiş olan kişi, kendisinden önce gelen borçlulardan, ödeme tarihinden itibaren bu tutarın faizini isteyebilecektir. Burada ödeme tarihi kavramı, fiilen bono bedelinin ödendiği tarihi ifade etmek üzere kullanılmıştır. TTK m 772, f. 1'de vade geldiğinde ödeme, özellikle vadenin geldiği günün ve ödeme tarihinin hesaplanması<sup>21</sup>, poliçenin hangi ülkede ödenmesi gerekiyorsa o ülkedeki hukuka göre belirleneceği düzenlenmiştir. Hükümde ödeme tarihi kavramı, fiilen ödemenin istenebileceği ve/veya yapıldığı gün anlamında kullanılmıştır. Böylece ödeme tarihinin anlamı da kambiyo senetleri hukuku açısından, bir para borcunun fiilen ifasının istenebileceği veya yapıldığı tarihi ifade etmektedir.

Tediye ve ödeme tarihi kavramlarının, bononun geçerliliğini etkileyip etkilemediği meselesi açısından bonoya nelerin geçerli olarak yazılabileceği incelenmelidir; çünkü söz konusu tarihler de bonoya yazılmaktadır. TTK m. 776'da bononun hangi unsurları<sup>22</sup> içerdiği düzenlenmektedir. Bu unsurlardan tarih içerenler, düzenleme tarihi ve vadedir. Bunlar dışında bonoya konulabilecek diğer kayıtlar<sup>23</sup> tarih açısından incelenmelidir. Kanaatimizce, tediye veya ödeme tarihine yüklenecek anlam ya söz konusu unsurlar ya da kayıtlar açısından değerlendirilerek ortaya konulmalıdır.

Her iki kavramın anlamı da ödeme ile ilgili olduğu için, kambiyo senedi alacağının kural olarak uygun bir asıl borç ilişkisine, bir illi ilişkiye dayandığına da<sup>24</sup> değinmek gerekir. Buna göre, bir kambiyo senedi düzenleyip veren veya elindeki kambiyo senedini devreden ve bu senedi devralan herkes, bütün bu hukuki işlemlerin yapılmasına temel teşkil eden bir amaca ulaşmak istemektedir. Senet, bu amaç yönünden, "ifa amacıyla", daha açık bir ifadeyle, "mevcut bir borcu ifa için" veya "mevcut bir borcun yerine kaim olmak üzere" verilmiş olabilir<sup>25</sup>. Bu amaçla kambiyo senedi düzenlendiğinde, ortada esasen temel ilişkiden ve kambiyo senedinden

<sup>21</sup> Vade ile ödeme tarihi birbirinden farklı kavramlardır. Ayrıntılı inceleme için bkz. C. Vade.

<sup>22</sup> Doktrinde şekil şartları çeşitli ayırmalara tâbi tutularak incelenmekle beraber, biz bu çalışmada kanunun madde metin başlığını kullanmayı tercih ettik. Örneğin *Ülgen*, şekil şartlarını -unsurları-, yasal şekil şartları, ihtiyari -isteğe bağlı- ve diğer kayıtlar şeklinde üçe ayırarak incelemiştir. Yasal şekil şartları, TTK m. 776'da düzenlenen "bono" ya da "emre yazılı senet" kelimesi, belirli bir bedeli kayıtsız şartsız ödeme vaadi, vade, ödeme yeri, kime ya da kimin emrine ödenecek ise onun adı ve soyadı ya da ticaret unvanı, senedin düzenleme tarihi ve yeri, düzenleyenin imzasıdır. Bkz. *Ülgen*, Hüseyin (Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan), Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası'dan Onuncu (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 130-141; *Özcan*, konuyu bononun şekil unsurları ve bononun ihtiyari muhtevası olarak ikiye ayırmıştır. Şekil unsurları başlığı altında "bono" ya da "emre yazılı senet" kelimesi, belirli bir bedeli kayıtsız şartsız ödeme vaadi, ödeme yeri, kime ya da kimin emrine ödenecek ise onun adı ve soyadı ya da ticaret unvanı, senedin düzenleme tarihi ve yeri, düzenleyenin imzasının incelemesidir. Bkz. *Özcan*, 1997, s. 981-991.

<sup>23</sup> Konunun incelenmesi için bkz. D. Bonoya Konulabilecek Diğer Kayıtlar.

<sup>24</sup> Kambiyo senedi bir temel ilişkiye dayanılarak verilir. Bu temel ilişki bir borçlar hukuku sözleşmesi veya hatır ilişkisi olabilir. Bkz. *Ülgen* (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 86 vd.

<sup>25</sup> *Özcan*, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 72.

doğan olmak üzere ödenecek iki borç mevcut olmaktadır<sup>26</sup>. Bu husus özellikle tediye tarihine ilişkin bir tartışma yapılırken, düzenleyenin bonoya tediye tarihini bu her iki borçtan birini ödemek için yazabileceği bir tarih olup olamayacağı açısından değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte her iki kavram yorumlanırken, kambiyo senetlerinin sıkı şekil koşullarına tâbi olduğu ilkesine de dikkat edilmelidir<sup>27</sup>. Kambiyo senetlerinde kanun koyucu her senet için belli şekil şartları tespit etmiştir. Kambiyo senetlerinin sıkı sıkıya şekle bağlılığı, kambiyo senetlerinin söz konusu şekil şartlarını içermesi zorunluluğunu ifade eder. Bu şartların senette mevcut olup olmadığı kolayca anlaşılır. Başka bir deyişle, senedi alan şahıs, senedin geçerli olup olmadığını rahatça tespit edebilecek durumdadır<sup>28</sup>. Kambiyo senetlerindeki bu esasın amacı, ilgililerin menfaatini korumaktır<sup>29</sup>.

## B. Düzenleme Tarihi Açısından

Bonoya yazılacak tarihlerden biri düzenleme tarihi olup TTK m. 776, f. 1/f uyarınca, bonoda düzenleme tarihinin mutlaka yer alması gerekir. Aksi takdirde bono hükümsüz olur<sup>30</sup>. Düzenleme tarihinin belli ve açık olması gerekir. Düzenleme tarihi açısından önemli olan, bonoda belli ve mümkün bir tarihin gün, ay ve yıl olarak gösterilmesidir. Yoksa, bu tarihin gerçeğe uygunluğu aranmaz<sup>31</sup>.

Kanaatimizce, bonoda yer alan ödeme tarihi kavramı düzenleme tarihi olarak nitelendirilemez. Zira senedi eline alan herkes ödeme tarihinin anlamından kambiyo borcunun ödenmesiyle ilgili olup senedin düzenlenmesi ile ilgili olmadığını çıkartabilir<sup>32</sup>. Bununla birlikte tediye tarihinin de, kavramsal olarak kambiyo senedinin dü-

<sup>26</sup> Adi bir borç veya hak için kambiyo senedi düzenlendiğinde, her iki alacağın da mevcut olduğu; ancak hamilin öncelikle hakkı kambiyo senedine müsteniden araması gerektiği hususunda bkz. Domaniç, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş İkinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 129-130.

<sup>27</sup> *Kınacıoğlu*, kambiyo senetlerinde şekle bağlılık kavramının iki anlamı olduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki, kambiyo senetlerinin kanunda yer alan şekli unsurları içermesidir. Diğer anlamı ise, usul, icra ve iflas ve maddi hukuk bakımından kambiyo senetlerinin tabi bulunduğu rejimi ifade etmektedir. Bu çalışmada, “kambiyo senetlerinin sıkı sıkıya şekle bağlı olması” ilk anlamı itibarıyla kullanılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kınacıoğlu*, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, s. 88 vd.

<sup>28</sup> *Kınacıoğlu*, s. 88; *Öztaş*, 1997, s. 370; *Ülgen* “kambiyo senetleri özellikli -mevsuf- şekil şartlarına tâbidir” başlığı altında, aynı hususa değinmektedir. Bkz. *Ülgen* (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 96.

<sup>29</sup> *Öztaş*, 1997, s. 370.

<sup>30</sup> *Ülgen* (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 136.

<sup>31</sup> *Öztaş*, 1997, s. 467.

<sup>32</sup> *Yargıtay* ve doktrinde ödeme tarihini, kambiyo senedinden doğan borcun ödeneceği tarih olan vade olarak nitelendirmektedir. Konunun incelenmesi için bkz. C. Vade.

zenlendiği tarihle bir ilişkisi bulunmamaktadır. Yargıtay bonoda aynı düzenleme ve tediye tarihinin, bunlardan farklı vade tarihinin bulunduğu uyuşmazlıklarda, her iki tarihin aynı olmasının çift vade anlamına gelmeyeceğine, aksine, düzenleme tarihinin tediye tarihinde tekrarı anlamına geleceğine karar vermiştir<sup>33</sup>. Bu kararlarda, tediye tarihi ile düzenleme tarihinin aynı olmasının çift vade anlamına gelmeyeceği gerekçesine dayanılması, Yargıtay'ın esasen tediye tarihini vade olarak kabul ettiğini<sup>34</sup>; ancak senedi ayakta tutabilmek adına ayniyet gördüğü tarihler bakımından “birbirinin tekrarıdır” şeklinde yerinde olmayan bir yorum yaptığını ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce böyle bir yorum tarzı, kambiyo senetlerine hâkim olan ilkeler ile bağdaşmaz. Zira kambiyo senetleri yorumlanırken öncelikle kambiyo senetlerinin sıkı şekil koşullarına tâbi olduğu ilkesi dikkate alınmalıdır. Bu ilkenin sonucu olarak da, kambiyo senedini eline alan herkes aynı şeyi anlamalıdır. Oysa söz konusu kararlarda açıkça düzenleme, tediye ve vade tarihi bölümü bulunmaktadır. Tediye tarihinin ise düzenleme tarihi ile kavramsal olarak ilişkisi bulunmamaktadır.

### C. Vade

Bonoya yazılabilecek tarihlerden diğeri, TTK m. 776, f. 1/c uyarınca vade tarihidir. Vade, para borcunun muaccel olması için geçmesi gereken süre, bir başka deyişle muaccel olduğu gündür. Bonoda ödeme ancak vadede talep edilebilir<sup>35</sup>. Keza, hile veya ağır kusuru bulunmadıkça bonoyu vadesinde ödeyen kişi borcundan kurtulur (TTK m. 778, f. 1/c; TTK m. 710). Hükümde bonoyu vadesinde ödeyen kişinin borçtan kurtarılacağı düzenlenmekle birlikte, TTK m. 708'de hamilin bonoyu, ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde ödemek üzere ibraz etmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Maddede yer alan ödeme günü ile vade birbirinden farklı iki kavramdır<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Kararlar için bkz. A. Tediye Tarihi Açısından, dpn. 4 ve 5'te yer alan kararlar.

<sup>34</sup> Yargıtay'ın, düzenleme tarihi olmayan bonoda, tediye tarihini vade olarak kabul etmesi savunduğumuz görüşü desteklemektedir. Bkz. Y. 12. HD. E. 2015/11408K. 2015/13281T. 12.5.2015; Y. 12. HD. E. 2015/8397 K. 2015/18404 T. 30.6.2015; Y. 12. HD. E. 2014/11987 K. 2014/14569 T. 15.5.2014.

<sup>35</sup> Öztan, 1997, s. 643; Kınacıoğlu, s. 113; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları Çek Kanununun Yorumu İle, Yeniden Yazılmış 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 213.

<sup>36</sup> Ayrıca ödeme günü ile ilgili diğer düzenlemeler şöyledir: TTK m. 714, f. 3 “Belirli bir günde veya düzenleme gününden ya da görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şartını içeren bir poliçeden dolayı çekilecek ödememe protestosunun, ödeme gününü izleyen iki iş günü içinde çekilmesi zorunludur.”, TTK m. 711, f. 1 “Poliçenin, ödeme yerinde rayici olmayan bir para ile ödeneceği şart koşulduğu takdirde, bedeli, vade günündeki değerine göre o ülke parasıyla ödenebilir. Borçlu, ödemede geciktiği takdirde, hamil poliçe bedelinin dilerse vade günündeki, dilerse ödeme günündeki kura göre ülke parasına dönüştürülerek ödenmesini isteyebilir.”

<sup>37</sup> Öztan, 1997, s. 644; Öztan, s. 128; Kınacıoğlu, s. 113; Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen), s. 181-182; Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal, s. 194.

Ödeme günü, muaccel olan bir borcun ifa edildiği gündür. Vadede borç muaccel olur ve kural olarak muaccel olan borç derhal yerine getirilir; ancak, borcun muaccel olduğu gün -vade- bir tatil gününe rast gelirse, ödeme günü TTK m. 752, f. 1 uyarınca “bu tatili takip eden ilk iş günüdür”. Bir başka deyişle, ödeme günü vadeyi de içine alan daha geniş bir kavram olup, fiilen ödemenin istenebileceği günü ifade etmektedir<sup>38</sup>.

Kanaatimizce ödeme tarihi ile ödeme günü aynı kavramlardır. Zira, her iki kavram da kambiyo senedinden doğan muaccel borcun fiilen ödendiği veya ödenmesinin istenebileceği günü ifade eder<sup>39</sup>. Bu sebeple, ödeme gününün olduğu gibi ödeme tarihi de vade anlamına gelmemektedir. Bu farklılığı özellikle, vade geldiğinde ödemenin, özellikle vadenin geldiği günün ve ödeme tarihinin hesaplanması, poliçenin hangi ülkede ödenmesi gerekiyorsa o ülkedeki hukuka göre belirleneceğini düzenleyen TTK m. 772 ortaya koymaktadır. Böylece bir bonoda vade tarihi ve ödeme tarihi varsa ve bu iki tarih birbirinden farklıysa, TTK m. 703 uyarınca bonoda çift vade olduğu sonucuna varılmayacaktır<sup>40</sup>.

Kanaatimizce tediye tarihinin anlamı da vade değildir. Zira bonoda yazılı bir tarihin, vade olarak yorumlanabilmesi için en azından senedi eline alan herkes için, söz konusu tarihte senedin ödeneceğinin anlaşılması gerekir. Bu “vade” veya “bono şu tarihte ödenecektir” şeklinde açık bir ifadeyle yapılır ya da bonoda vadeye ilişkin hiçbir şey belirtilmez. Bu durumda bono, TTK m. 777, f. 2 uyarınca görüldüğünde vadeli sayılacaktır.

Buna karşın tediye tarihinde, söz konusu netlik bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay kararlarında<sup>41</sup> ve doktrinde tediye tarihi bazen vade ile ilişkilendirilerek, bazen düzenleme tarihinin tekrarı olarak görülerek aynı sorunlarda farklı sonuçlara varılmıştır. Oysa vade<sup>42</sup>, kıymetli evrakta şekle ilişkin bir husus olup senet metninden herkes tarafından görülebilmektedir. Bu sebeple, TTK m. 703, f. 2 uyarınca, aynı anda farklı iki vadeyi içeren bono geçersiz olup, bu eksiklik senet metninden anlaşılan bir def’i oluşturur<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Vade ve ödeme gününe bağlanan hüküm ve sonuçlar, bazı yönlerden birbirinden farklıdır. Hamilin başvurma hakkını kullanarak bono borçlularına başvurması halinde, talep edebileceği gecikme faizi vade gününden itibaren işlemeye başlar. Keza, kabul etmiş muhatap lehine konan üç yıllık zamanaşımı süresi de vadeden itibaren işlemeye başlar (TTK 661, f. 1).

<sup>39</sup> Ödeme tarihinin anlamının incelenmesi için bkz. A. Genel Olarak dñn. 20’ye ilişkin metin.

<sup>40</sup> Yargıtay’ın ödeme tarihine vade anlamı yüklediği kararları için bkz. 2.2. Ödeme Tarihi Açısından.

<sup>41</sup> Bkz. A. Tediye Tarihi Açısından, dñn. 2 ila 6 arasındaki Yargıtay kararları.

<sup>42</sup> Vadeye ilişkin kayıtların bononun içeriği göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekir. Bu konuda bir yorum yapılırken, düzenleyenin bono üzerine her hususu bilerek yazdığı keyfiyetinden hareket edilmelidir. Gerek düzenleyen, gerek diğer bono borçluları bonoya dercettikleri her kaydın başkalarını ciddiye alınacağını bilmek zorundadırlar. Bkz. Öztan, 1997, s. 647.

<sup>43</sup> Doktrinde kıymetli evrakta ileri sürülebilecek def’iler çeşitli ayrımlara tabi tutulmakla birlikte,

Dolayısıyla bono ile borç altına giren herkes için bir savunma aracı teşkil eden bu hususun, senedi eline alan herkes için aynı ve net olması gerekir. Bir başka deyişle, kambiyo senetlerinde şekle ilişkin vade unsurunun farklı yorumlara yol açmadan yazılması gerekir. Buna karşın, tediyeye tarihi her seferinde yeni bir tartışmaya sebep olabilecektir. Bu da kambiyo senetlerinin tedavül güvenliği özelliğini ve senetlere olan güveni ortadan kaldıracaktır. Bu bağlamda, kanaatimizce bononun üzerine yazılan tediyeye tarihi vade anlamına gelmemelidir.

Ayrıca doktrinde tediyeye tarihine yönelik atıf yapılan kararlarda Yargıtay, senet metninde tediyeye tarihi olarak 28.4.1983, senedin arkasına ödeme günü olarak 28.5.1983 tarihinin yazılması sebebiyle senedin farklı iki vade içerdiğine ve geçersizliğine karar vermiştir<sup>44</sup>.

Kanaatimizce, burada tediyeye ve ödeme gününe vade anlamı yüklenmiş olsaydı dahi verilen karar yine de yerinde değildir. Zira senette ödeme günü olarak gösterilen tarih senedin arka yüzüne yazılmıştır. Dolayısıyla dikkate alınmayacaktır; çünkü vadenin düzenleyenin bono üzerinde yazıyla ifade edilen irade beyanının herhangi bir yerine işaret olunması mümkün olmakla birlikte, düzenleyenin imzasının bu kaydı kapsar şekilde atılmış olması lazımdır<sup>45</sup>. Oysa bonoda düzenleyenin imzası senet metnini kapsar şekilde ön yüze atılması sebebiyle, senedin arkasındaki ödeme gününü kapsamamaktadır. Dolayısıyla bonoda vade tarihinin belirtilmesi için açıkça “vade tarihi” yazmasına gerek yoktur.

Öte yandan bonoda vadenin düzenleme tarihi ile bir ilişkisi vardır. Buna göre, senette düzenleme tarihi olarak yazılan tarih vade ile çelişmemelidir. Örneğin düzenleme tarihi vadeden daha sonraki bir tarih olmamalıdır. Buna karşın, vade ile düzenleme tarihinin aynı olması senedin geçerliliğini etkilemez<sup>46</sup>. Örneğin, Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta senedin vade ve düzenleme tarihinin 30.10.2007 olmasının, poliçenin niteliğini etkilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>47</sup>.

#### D. Bonoya Konulabilecek Diğer Kayıtlar Açısından

Bono, kanunda yer alan zorunlu şekil şartları dışında başka kayıtları da içere-

---

şekil noksanlığına ilişkin def'iler kambiyo taahhüdünde bulunan kişilerin, kendilerine başvuran herkese karşı ileri sürebileceği def'iler şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Helvacı, Mehmet, “Kambiyo Senetlerinde Defiler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 665; Kınacıoğlu, s. 163-164; Poroy/Tekinalp, s. 97.

<sup>44</sup> Bkz. d.pn. 13.

<sup>45</sup> Öztan, 1997, s. 646.

<sup>46</sup> Poroy/Tekinalp, s. 145; Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal, s. 184.

<sup>47</sup> Y. 12. HD. E. 2009/19965, K. 2010/1007 T. 19.1.2010; Aynı yönde, Y. 15. HD. E. 2003/1367 K. 2003/4460 T. 1.10.2003.

bilir. Doktrinde kayıtlar çeşitli ayırımlara tâbi tutularak incelenmiştir<sup>48</sup>. Örneğin, doktrinde bir görüş kayıtları, ihtiyari -isteğe bağlı- kayıtlar ve diğer kayıtlar şeklinde ikiye ayırmıştır. Bedeli nakten/malen alınmıştır kaydı, muacceliyet kaydı, ihtiyari kayıtlara; teminat, tahkim gibi kayıtlar da diğer kayıtlara örnek olarak verilmiştir<sup>49</sup>.

Bonoya söz konusu kayıtların yazılmasının sebebi, öncelikle kaydı koyan kişi ve TTK'da açıkça yasaklayan bir düzenleme yoksa tüm kambiyo borçluları için savunma aracı olarak kullanılmak istenmesidir. Bu sayede bazen sorumluluğun ortadan kaldırılması bazen de sınırlandırılması sağlanacaktır. Kanaatimizce bir kayıt olarak tediye tarihi öncelikle kambiyo senedinin lehdara verildiği tarihi ifade etmek için yazılmış olabilir. Nitekim, düzenleyen senedi lehdara verirken kambiyo ilişkisine temel teşkil eden para borcunun yerine senedi vermiş -tediye etmiş- ve senedin üzerine de buna ilişkin tarihi yazmış olabilir. Böylece bonoya tediye tarihi eklenerek, düzenleyen lehdara karşı ileri sürebileceği bir def'i yaratmak istemiş olabilir. Peki söz konusu kayıt, bonoya eklenebilir mi? Zira kambiyo senetlerinde kayıtların bazılarının bonoya yazılması mümkündür. Bazıları ise bononun niteliğiyle bağdaşmaması sebebiyle bonoyu batıl kılar<sup>50</sup>.

Bu bağlamda, kanaatimizce bir kaydın geçerli olup olmadığını belirleyebilmek için, öncelikle kanunda söz konusu kaydı açıkça yasaklayan bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Böyle bir açık hüküm yoksa, bonoya yazılmak istenen kaydın bononun niteliğiyle bağdaşmayan herhangi bir yönünün bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Aksi takdirde, bono kambiyo senedi vasfını yitirecektir. Buna göre TTK'da tediye tarihinin bonoya yazılmasını yasaklayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bono, TTK m. 776, f. 1/b uyarınca kayıtsız şartsız bir ödeme vaadi içermelidir. Dolayısıyla kambiyo senedinde yazılı herhangi bir kayıtla, kambiyo senedinin düzenlenmesine esas teşkil eden temel ilişki arasında bir bağ kurulamamalıdır.

Kanaatimizce tediye tarihinin de, bononun niteliğine aykırı düşen bir yanı bulunmamaktadır. Bununla birlikte tediye tarihi ancak bu tarihi koyanlar arasında bir

<sup>48</sup> *Kınacıoğlu*, bu kayıtları bonoya yazılması geçerli ve yasak kayıtlar şeklinde ikiye ayırmıştır. Yazara göre, geçerli kayıtları da kendi arasında kambiyo taahhüdüyle ve illi ilişkiyle ilgili kayıtlar olarak ikiye ayırıp incelemek mümkündür. Bonoya yazılması yasak kayıtlar, bononun soyutluğuna aykırı düşen, korku şartı gibi kayıtlardır. Bkz. *Kınacıoğlu*, s. 118-121; *Öztan*, bononun ihtiyari muhtevasını, kanunda zikredilen ihtiyari kayıtlar ve kanunda zikredilmemiş bulunan kayıtlar şeklinde ikiye ayırmıştır. Kanunda zikredilen ihtiyari kayıtlara, vade, menfi emre kaydını; kanunda zikredilmemiş bulunan kayıtlara yetki kaydı, tahkim, muacceliyet vb. kayıtlarını örnek olarak göstermiştir. Bkz. *Öztan*, 1997, s. 995-1009.

<sup>49</sup> Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya), s. 139-141.

<sup>50</sup> Caiz olmayan kayıtların bazıları kanun gereği yazılmamış sayılırken, bazıları bonoyu geçersiz hale getirir ( *Kınacıoğlu*, s. 118). Yazılmamış sayılan kayıtlara, vade tarihi itibarıyla caiz görülmeyen faiz kayıtları; bonoyu geçersiz hale getiren kayıtlara, ödeme vadinin şarta bağlanması örnek verilebilir. Bkz. *Öztan*, 1997, s. 1001 dpn. 26.

şahsi def'i<sup>51</sup> olarak kullanılabilir. Böylece bonoda düzenleme, vade ve tediye şeklinde üç farklı tarih bulunabilir. Tediye tarihi zorunlu unsur değildir. Kayıt olarak konmasında da bir mahsur yoktur.

Öte yandan, uygulamada bazı matbu bonolara “tediye tarihi” şeklinde bir ifadenin eklendiği görülmektedir. Tediye tarihi, bononun zorunlu unsurlarından olmadığı için bu kısmın bonodan çıkartılması uygun olur. Şayet düzenleyen de şahsi bir def'i oluşturmak istemiyorsa, bu kısmı doldurmamalı veya üzerini çizmelidir.

Ayrıca kanaatimizce Yargıtay kararlarındaki esas hukuki sorun, bonoyu ayakta tutmak amacıyla tediye tarihi kavramına farklı anlamlar yüklenerek aynı hukuki soruna ilişkin çelişkili kararlar verilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira Yargıtay bazı kararlarında, tediye tarihine vade anlamı yüklerken bazı kararlarında tediye tarihinde düzenleme tarihinin tekrarlandığına karar vermiştir. Tediye tarihine ilişkin söz konusu yorum farklılığı, tediye tarihinin olmadığı uyuşmazlıklarda da mevcuttur. İlginçtir ki Yargıtay, bazı kararlarında da sırf bonoda vade kısmında yazılı tarih, düzenleme tarihi kısmında yazan tarih ile aynı diye, vade ile kastedilenin esasen düzenleme tarihi olduğuna karar vermiştir. Böylece Yargıtay, bonoyu geçerli kılabilmek için tarafların açık iradelerini ve kanunun buna bağladığı sonucu göz ardı etmiştir.

## SONUÇ

Tediye ve ödeme tarihi, bir para borcunun ödeneceği tarihi ifade eder. Kambiyo senetlerine ilişkin hükümlerin yer aldığı TTK'nın üçüncü kitap, dördüncü kısmında, tediye veya ödeme tarihi kavramlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda bononun unsurlarının düzenlendiği TTK m. 776'da tarih içeren, düzenleme tarihi ve vade ile bunlar dışında bonoya konulabilecek diğer kayıtlar tarih açısından incelenmelidir.

Bonoda yer alan ödeme tarihi kavramı düzenleme tarihi olarak nitelendirilemez. Zira senedi eline alan herkes ödeme tarihinin anlamından kambiyo borcunun ödemesiyle ilgili olup senedin düzenlenmesi ile ilgili olmadığını çıkartabilir. Bununla birlikte tediye tarihinin de, kavramsal olarak kambiyo senedinin düzenlendiği tarihle bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Bonoda ödeme tarihi vade anlamına gelmemektedir. Zira vade para borcunun muaccel olduğu günü ifade etmesine rağmen, ödeme tarihi muaccel olan bir para borcunun fiilen ödenebileceği veya ödendiği günü ifade eder. Vade ile ödeme tarihinin farklılığını özellikle, vade geldiğinde ödemenin, özellikle vadenin geldiği günün

<sup>51</sup> Şahsi def'iler, ancak hamilin poliçeyi iktisap ederken bilerek borçlunun zararına hareket etmek olarak anlatılan, bir gizli anlaşmanın varlığı halinde üçüncü kişilere ileri sürülebilen ve kendisine başvuru bono borçlusu ile başvuran kişi arasındaki doğrudan doğruya mevcut ilişkilerin sonucu olan def'ilerdir. Blz. Helvacı, s. 690 vd.



ve ödeme tarihinin hesaplanması, poliçenin hangi ülkede ödenmesi gerekiyorsa o ülkedeki hukuka göre belirleneceğini düzenleyen TTK m. 772 ortaya koymaktadır.

Bonoda yer alan tediye tarihinin anlamı da vade değildir. Zira bonoda yazılı bir tarihin, vade olarak yorumlanabilmesi için en azından senedi eline alan herkes için, söz konusu tarihte senedin ödeneceğinin anlaşılması gerekir. Bu “vade” veya “bono şu tarihte ödenecektir” şeklinde açık bir ifadeyle yapılır. Buna karşın tediye tarihinde, söz konusu netlik bulunmamaktadır.

Tediye tarihi bir kayıt olarak bonoya yazılabilir. Bu sayede, düzenleyen lehdara karşı ileri sürebileceği şahsi bir def’i yaratmak istemiş olabilir. Bununla kambiyo senedinin lehdara verildiği veya temel ilişkiden doğan para borcuna ödenmesi amacıyla kambiyo senedinin verildiği tarih yazılmış olabilir. Tediye tarihine ilişkin kaydı, kanunda açıkça yasaklayan bir düzenlemenin olmaması ve söz konusu kaydın bononun niteliğiyle bağdaşmayan herhangi bir yönünün bulunmaması sebebiyle, böyle bir kayıt bonoya geçerli bir şekilde yazılabilir. Öte yandan, uygulamada matbu bonolarda tediye tarihi şeklinde bir kısmın eklendiği de görülmektedir. Tediye tarihi, bononun zorunlu unsurlarından olmadığı için bu kısmın bonodan çıkartılması uygun olur. Şayet düzenleyen de şahsi bir def’i oluşturmak istemiyorsa, bu kısmı doldurmamalı veya üzerini çizmelidir.

#### **KISALTMALAR**

Bkz./bkz.	: Bakınız
C..	: Cilt
dpn..	: Dipnot
E..	: Esas
ET.	: En son erişim tarihi
ETK.	: 6762 Sayılı Ticaret Kanunu
f..	: Fıkra
HD..	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
K..	: Karar
m..	: Madde
No.	: Numara
s..	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TC.	: Türkiye Cumhuriyeti
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

**KAYNAKÇA**

- Domaniç, H., Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş İkinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975 (Domaniç).
- Helvacı, M., “Kambiyo Senetlerinde Defiler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 647-703 (Helvacı).
- Karahan, S., Arı, Z., Bozgeyik, H., Saraç, T., Ünal, M., Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014 (Karahan/Arı/Bozgeyik/Saraç/Ünal).
- Kınacıoğlu, N., Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999 (Kınacıoğlu).
- Öztan, F., Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1997 (Öztan, 1997).
- Öztan, F., Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012 (Öztan).
- Poroy, R., Tekinalp, Ü., Kıymetli Evrak Hukuku Esasları Çek Kanununun Yorumu İle, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (Poroy/Tekinalp).
- Ülgen, H., Helvacı, M., Kendigelen A., Kaya, A., Kıymetli Evrak Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Bası’dan Onuncu (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015 (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya).
- Türk Dil Kurumu, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&kelime=TED%C4%B0YE](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=TED%C4%B0YE), ET. 13.06.2016.
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.6772.pdf>, ET. 14.06.2016.

## FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA ÜÇ AŞAMALI TEST

### (Three Step Test in Intellectual Property Law)

Prof. Dr. Serap HELVACI\*  
Ar. Gör. Eray Aksın ATAR\*\*

#### ÖZET

Birçok uluslararası hukuk metninde yer alan üç aşamalı test, uluslararası hukukta eser sahibinin haklarının sınırlandırılması ile ilgili olarak öngörölmüş, hukuk güvenliğini sağlamaya yönelik bir denetim aracıdır.

Çalışma kapsamında üç aşamalı testin ölkeler açısından uluslararası ve ulusal boyutlarda ifade ettiği anlam üzerinde durulacaktır. Ayrıca adil kullanım hakkı öğretisine ve bu öğretinin üç aşamalı test ile olan benzerlikleri ve farklılıklarına değinilecektir.

Son olarak bu çalışmada fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında bir eser meydana getirmiş olan eser sahiplerinin eser üzerinde sahip oldukları hakların sınırlandırılmasına ilişkin üç aşamalı test olarak ifade edilen metot gereğince uyulması gereken her bir aşama ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Üç Aşamalı Test, Adil Kullanım Hakkı, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Sınırlandırma, Eser Sahibinin Haklarının Sınırlandırılması

#### *Abstract*

Three-step test is a control instrument set forth regarding the limitation of ownership rights under international law with the purpose of legal certainty. The test is prescribed in various international law conventions.

This study discusses what the three-step test means in national and international contexts. Furthermore, it addresses the fair use doctrine. The similarities and differences between three-step test and the fair use doctrine are dealt with as well.

Lastly, criteria included in the three-step test regarding the limitation of author's rights under intellectual property law are examined.

**Keywords:** Three-Step Test, Fair Use, Intellectual Property Law, Limitation, Limitation of Author's Rights

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi

## GİRİŞ

Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalarda uyulması gereken koşulların denetiminin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla birçok uluslararası sözleşme metninde yer alan ve öğretilerde üç aşamalı test (*three-step test*) olarak adlandırılan bir metot söz konusudur. Üç aşamalı test, fikir ve sanat eserleri hukukunda eser sahibinin mali haklarının sınırlandırıldığı hallerle ilişkin olarak uluslararası düzeyde denetim fonksiyonuna sahip bir metottur. Söz konusu test ilk kez yalnızca çoğaltma hakkına ilişkin olarak 1967 yılında Stockholm revizyonu ile Bern Sözleşmesi'ne dâhil olmuş ve ilerleyen yıllarda birçok ulusal ve uluslararası hukuk metninde diğer mali hakları da kapsayacak şekilde kendisine yer bulmuştur. Bern Sözleşmesi m. 9/II'de “*Bu eserlerin, eser sahibinin yasal çıkarlarına zarar vermemek ve eserin normal kullanımına engel olmamak kaydıyla, bazı özel durumlarda çoğaltılmasına verilecek izin, Birlik ülkelerinin mevzuatı ile düzenlenecektir*” hükmü ile üç aşamalı test düzenlenmiştir<sup>1</sup>.

Üç aşamalı test, 1994 yılında gerçekleştirilen değişiklik ile TRIPS m. 13'te “*Üyeler münhasır haklara getirilecek sınırlamaları veya istisnaları eserden normal olarak yararlanma durumu ile çelişmeyen ve hak sahibinin meşru menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar veren belirli özel hallerle kısıtlayacaklardır*” hükmü ile düzenlenmiştir.

<sup>1</sup> **GASSER** Christoph/**OERTLI** Reinhard, SHK - Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtswicklung, Bern, 2012, Vorbem. URG 19-22, N. 16; **GEIGER** Christophe/**GERVAIS** Daniel/**SENFTLEBEN** Martin, “Understanding the “three-step test”, International Intellectual Property A Handbook of Contemporary Research, Cheltenham, 2015, s. 167; **SENFTLEBEN** Martin, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, Den Haag, 2004, s. 43; **GERVAIS** Daniel, “Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize and Limitations to Copyright”, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., Vol: 57, 2009-2010, s. 510; **BRENNCKE** Martin, “Is “Fair Use” an Option for U.K Copyright Legislation”, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 71, 2007, s. 13; **WESTKAMP** Guido, “The “Three-Step Test” and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law Between Approximation and National Decision Making”, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol: 56, No: 1, 2008, s. 3; **STERLING** J. Adrian, World Copyright Law, London, 1999, s. 354; **ALICA** Turkey/**ÖNDER** Bülent, “Engellerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşması ve Olası Etkileri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 2014/1, s. 61; **GERVAIS** Daniel, “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, Marquette Intellectual Property Law Review, Vol: 9, No: 1, 2005, s. 13; **JULIANO** Jason, “Is Legal File Sharing Legal? An Analysis of the Berne Three-Step Test”, Virginia Journal of Law & Technology, Vol: 16, No: 04, 2011, s. 471; **SCHWARTZ** Eric J., “An Overview of the International Treatment of Exceptions”, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol: 57, No: 3, 2010, s. 482; **ARNOLD** Richard/**ROSATI** Eleonora, “Are National Courts the Addressees of the Infosoc Three-Step Test?”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Int., Heft: 12, 2015, s. 1194; **CHRISTIE** Andrew/**WRIGHT** Robin, “A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties”, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Heft: 4, 2014, s. 411; **RICKETSON** Sam, The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions, Strawberry Hills, New South Wales: Centre for Copyright Studies, 2002, s. 22, **ATAR** Eray Aksın, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016, s. 91.

TRIPS'te yer alan söz konusu hüküm incelendiğinde üç aşamalı testin Bern Sözleşmesi'nde olduğu gibi yalnızca çoğaltma hakkına ilişkin olarak değil diğer mali hakları da kapsayacak şekilde düzenlendiği söylenebilir. Dolayısıyla üç aşamalı test TRIPS'in ilgili hükmü gereğince eser sahibinin diğer mali hakları açısından da uygulama alanı bulacaktır<sup>2</sup>. Ayrıca 2001/29/EC sayılı InfoSoc Direktif'i art. 5'te, WIPO m. 10'da ve WPPT m. 16'da da sınırlandırmanın hukuka uygunluğunun belirlenmesinde üç aşamalı testin uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir<sup>3</sup>.

Eser sahibinin mali haklarına ilişkin getirilen kısıtlamalar, uluslararası ve ulusal hukuk metinlerinde sınırlandırma veya istisna kelimeleri ile ifade edilmektedir. Öğretide genel olarak sınırlandırma ve istisna kavramının aynı olguyu ifade ettiği kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Ancak sınırlandırma ve istisna kavramlarının farklı olduğunu ve sınırlandırmanın istisnai halleri de kapsayan daha geniş bir kavram olduğunu savunan bir görüşte söz konusudur<sup>5</sup>. Söz konusu bu sınırlandırma halleri ise her ülkenin hukukunda farklılık arz etmektedir<sup>6</sup>.

### I. Sınırlandırmanın Hukuka Uygunluğunun Tespitinde Üç Aşamalı Test ve Fair Use Doktrini İle Karşılaştırılması

Üç aşamalı test, adil kullanım olarak ifade edebileceğimiz Anglosakson hukukunda var olan "*fair use*" doktrini ile tamamıyla aynı içeriğe sahip olmasa da önemli benzerliklere sahiptir. Adil kullanım ile ilgili düzenleme 1976 tarihli USCA (Amerika

<sup>2</sup> **COOK** Trevor, "Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law", Journal of Intellectual Property Rights, Vol: 17, 2012, s. 243; **STERLING**, s. 356; **BRENNCKE**, s. 15; **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 20; **ARNOLD/ROSATI**, s. 1195; **CHRISTIE/WRIGHT**, s. 411; **RICKETSON**, s. 22; SHK-GASSER/OERTLI, Vorbem. URG 19-22, N. 16.

<sup>3</sup> **GERVAIS**, Fair Use, s. 511; **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 13; **JULIANO**, s. 471; **ARNOLD/ROSATI**, s. 1195; **RICKETSON**, s. 22; **GASSER/OERTLI**, SHK - URG, Vorbem. URG 19-22, N. 16.

<sup>4</sup> **GRIFFITHS** Jonathan, "The "Three-Step Test" in European Copyright Law-Problems and Solutions", Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009, <http://ssrn.com/abstract=1476968>, s. 1, (11.07.2016); **GEIGER** Christophe, "The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society", UNESCO, e-Copyright Bulletin, January-March, 2007, s. 2; **STERLING**, s. 350; **JULIANO**, s. 471; **GERVAIS**, Fair Use, s. 500; Biz bu makalede eser sahibinin haklarının kısıtlandığı bu halleri ifade etmek için sınırlandırma kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

<sup>5</sup> *Christie*, "istisna" (exception) ve "sınırlandırma" (limitation) kavramlarının farklılığı üzerinde durmaktadır. Yazara göre, eser sahibinin haklarını daraltan her olgu sınırlandırma olarak ifade edilemez. Eser sahibinin haklarının sınırlandırıldığı haller, istisnai durumları da kapsayan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Sınırlandırma halinde eserden yararlanma herkes için serbest hale gelirken, istisnai hallerde eserin üçüncü kişiler tarafından belirli şekilde kullanımları koruma kapsamı dışında bırakılmaktadır. Söz konusu bu istisnalar halinde eser sahibine adil bir bedel ödenmesi gereken durumlar olabileceği gibi böyle bir bedelin ödenmesine gerek olmayan haller de olabilir. **CHRISTIE** Andrew, "Maximising Permissible Exceptions to Intellectual Property Rights", The Structure of Intellectual Property Law, Cheltenham, 2011, s. 121 vd.

<sup>6</sup> **STERLING**, s. 351.

Birleşik Devletleri Telif Hakkı Kanunu) sec. 107'de ve 1988 tarihli İngiliz CDPA (Telif, Tasarım ve Patent Hakkı Kanunu) sec. 29 ve 30'da yer almaktadır<sup>7</sup>.

Üç aşamalı test ve adil kullanım öğretisinin ortak özelliği, eser sahibinin haklarının sınırlandırıldığı hallerde bu sınırlandırmanın hukuka uygun olup olmadığını belirlenmesi konusunda bir ölçüt görevi yerine getirmeleridir<sup>8</sup>.

Üç aşamalı test ve adil kullanım öğretisi arasındaki temel fark eser sahibine yönelik hakların iki hukuk sisteminde dayandığı felsefi farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Yazarın haklarını korumayı temel amaç edinmiş olan Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde, eser sahibinin haklarını sınırlandıracak düzenlemeler önceden belirlenmiştir. Dolayısıyla bu sistemde eser sahibi, haklarının ne zaman, hangi durumda sınırlandırılacağını önceden bilmekte ve kendisini güvende hissetmektedir. Oysa adil kullanım öğretisinin egemen olduğu Anglosakson hukukunda daha esnek bir sistem söz konusudur. Adil kullanım öğretisi, daha önceden öngörülmemiş, sayısız ve çeşitli sınırlandırma hallerinin hukuka uygunluğunun denetimini gerçekleştirmek üzere ortaya çıkmış ve hakkın sınırlandırılmasına ilişkin çok sayıda genel yönlendirici ilkeler sunmaktadır. Adil kullanım öğretisi bu esnekliği sayesinde fikir ve sanat eserleri hukukundaki hızlı değişime ve teknolojik gelişmelere kolaylıkla uyum sağlaması bakımından üç aşamalı testten daha avantajlı olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

Anglosakson hukukunda hâkim olan faydacı teori, temel olarak toplumun eserden sağlayabileceği en fazla katkıyı elde etmesini savunur<sup>10</sup>. Anglosakson hukukunun etkisi altında olan mahkemeler eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasında, toplumun menfaatleri ve yazarın haklarını dengelemek konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla mahkemelere sağlanan bu geniş takdir yetkisi, Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde ön planda yer alan öngörülebilir ortamın aksine eser sahibi açısından haklarının sınırlandırılması konusunda güvensiz bir ortamın oluşmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle adil kullanım doktrini uyum sağlama ve genişleme konularında üç adım testinden elverişli olmasına karşılık belirsizlik ve risk konularında ise elverişsizdir<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> BRENNCKE, s. 5,6; SCHWARTZ, s. 492, ATAR, s. 91.

<sup>8</sup> GERVAIS, Three-Step Test, s. 28.

<sup>9</sup> HUGENHOLTZ Bernt/SENFTLEBEN Martin, "Fair Use in Europe in Search of Flexibilities", Amsterdam, 2011, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/912> (12.07.2016); BRENNCKE, s. 9; GERVAIS, Three-Step Test, s. 27; SCHWARTZ, s. 474; COOK, s. 243; ATAR, s. 92.

<sup>10</sup> SENFTLEBEN Martin, "The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation", JIPITEC, 1, 2010, s. 68; FROMER Jeanne, "An Information Theory of Copyright Law", Emory Law Journal, Vol: 64.71, 2014, s. 76.

<sup>11</sup> SENFTLEBEN, Three-Step Test, s. 69; BRENNCKE, s. 9; JULIANO, s. 476; ATAR, s. 92; SCHWARTZ, s. 476.

Sınırlandırmanın kapalı bir sisteme tabi olduğu Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde üç aşamalı test toplumun sosyal, ekonomik ve kültürel ihtiyaçlarına yönelik bir nefes alma alanı yaratmaktadır<sup>12</sup>. Son yıllarda; üç aşamalı test, adil kullanım öğretisinin üstlenmiş olduğu role benzer şekilde bireyin özgürlük alanı ve eser sahibinin hakları arasında denge sağlayan hukuksal bir serbesti işlevini yerine getirmektedir<sup>13</sup>. İşte bu dengenin sağlanmasına ilişkin olarak 1878 yılında Victor Hugo'nun Bern Sözleşmesi görüşmeleri sırasında söylediği “*bir kitabın sahibi o kitabı yazan kişi olabilir ancak o kitapta yer alan düşünceler insanlığa aittir*” cümlesi büyük bir öneme sahiptir. Bu düşünce ilerleyen dönemde üç aşamalı testin de fikri temelini oluşturmuştur<sup>14</sup>.

Üç aşamalı testin eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasında ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki bir denge sağlama işlevinin olduğu da kabul edilmektedir. Zira her ülkenin sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçları farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla sınırlandırmanın çerçevesi de bu ihtiyaçlara bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. İşte bu nedenlerle üç aşamalı test uluslararası düzeyde eser sahibinin haklarını sınırlandıran düzenlemelerin merkezinde yer almaktadır. Bunun yanı sıra üç aşamalı test, ulusal düzeyde de kanun metinlerinde yer alan sınırlandırmaların kapsamının belirlenmesinde yardımcı bir fonksiyona sahiptir<sup>15</sup>.

Bern Sözleşmesi'nde yer alan söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak öğretide yapılan ilk yorumlar, madde metninde sınırlamaya ilişkin iki adet aşamanın varlığının bulunduğu yönündeydi<sup>16</sup>. İlerleyen zamanlarda sınırlandırmanın ancak belirli ve özel durumlarda söz konusu olabileceğine ilişkin görüş ağırlık kazanmış ve iki aşamalı test olarak adlandırılan bu kriterler üç aşamalı test olarak anılmaya başlanmıştır<sup>17</sup>.

## II. Üç Aşamalı Test Kapsamında Sınırlandırmanın Hukuka Uygunluğu İçin Gerekli Şartlar

Üç aşamalı test uluslararası kimliğinin yanı sıra zaman içerisinde ulusal hukuk metinlerinde de yer almaya başlamış, testte yer alan aşamalar ulusal hukuk metinlerine doğrudan veya dolaylı olarak aktarılmıştır. Bunun yanı sıra ulusal mevzuatta yer

<sup>12</sup> SENFTLEBEN, Three-Step Test, s. 67; GRIFFITHS, s. 2; GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 17; ATAR, s. 92.

<sup>13</sup> ATAR, s. 92; WESTKAMP, s. 3; GERVAIS, Fair Use, s. 502; STERLING, s. 355; BRENNCKE, s. 5.

<sup>14</sup> GERVAIS, Fair Use, s. 504.

<sup>15</sup> HE Huaiwen, “Seeking a Balanced Interpretation of the Three-Step Test – An Adjusted structure in View of Divergent Approaches”, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Heft: 3, 2009, s. 278; SENFTLEBEN, Three-Step Test, s. 68; JULIANO, s. 472; GASSER/OERTLI, SHK-URG, Vorbem. URG 19-22, N. 16.

<sup>16</sup> HE, s. 279.

<sup>17</sup> GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, s. 126; HE, s. 279.

alacak sınırlandırmaların çerçevesinin belirlenmesinde de testin önemi büyük olmuştur<sup>18</sup>.

Üç aşamalı testte birinci aşama; sınırlandırmanın belirli ve özel bir duruma ilişkin olması gerekliliğidir. İkinci aşama; sınırlandırmanın, hak sahibinin eserini olağan şekilde kullanması halinde elde edeceği yarara aykırılık teşkil etmemesidir. Üçüncü aşama ise; sınırlandırmanın, hak sahibinin meşru menfaatlerine makul bir sebep olmaksızın zarar vermemesidir<sup>19</sup>.

Bu üç aşamanın her birinin tek tek ortaya konulmasının temelinde, hak sahibinin sahip olduğu esere ilişkin hukuka aykırı bir şekilde zarar görmesinin önüne geçilmesi düşüncesi yattığı söylenebilir<sup>20</sup>. Söz konusu testte her bir aşama diğer aşamalardan bağımsız bir şekilde değerlendirilir. Fakat bu ayrı değerlendirme sınırlandırmanın hukuka uygunluğunun tespiti için yeterli değildir. Sınırlandırmanın hukuka uygunluğundan bahsedilebilmesi için üç aşamalı testte yer alan tüm aşamaların tek tek geçilmesi gerekmektedir<sup>21</sup>. Bu nedenle öğretide üç aşamanın ayrılmaz bütünlüğünün de ayrı bir aşama teşkil ettiği ve bu testin aslında dört aşamadan oluştuğu yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür<sup>22</sup>.

### A. Sınırlandırmanın Belirli ve Özel Bir Duruma İlişkin Olması

İlk aşama temel bir kural teşkil eder. Bu temel kural gereğince bir sınırlandırmanın hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için sınırlandırmanın belirli ve özel bir duruma ilişkin olması gerekir. İlk aşama hak sahibinin haklarına sınırlandırma getiren durumun, daha önceden belirlenmiş ve herkes tarafından öngörülebilir olmasını sağlamaya yöneliktir<sup>23</sup>. Örneğin, bir eserin, sahibinden izin alınmaksızın çoğaltılabilmesi herhangi bir durumda değil ancak bu çoğaltma eyleminin eğitim ile ilişkilendirilebilir olduğu durumlarda hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> GRIFFITHS, s. 2.

<sup>19</sup> ALICA Türkay, (YAVUZ Levent/MERDİVAN Fethi), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Ankara, 2014, s. 38; BATTAL Ahmet, "Yeni FSEK 47 ile Gelen "Eser Kamulaştırması'nın Anayasaya Aykırılığı Meselesi", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 15, Cilt: 16, Sayı: 4, 2014, s. 40; ALICA/ÖNDER, s. 61; SENFTLEBEN, Limitations, s. 133; GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, s. 131; WESTKAMP, s. 3; GERVAIS, Three-Step Test; STERLING, s. 355; BRENNCKE, s. 13; GERVAIS, Fair Use, s. 512; JULIANO, s. 472; COOK, s. 243; ATAR, s. 92, GRIFFITHS, s. 1; GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 2; GASSER/OERTLI, SHK-URG, Vorbem. URG 19-22, N. 16a.

<sup>20</sup> SENFTLEBEN, Limitations, s. 210.

<sup>21</sup> GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, s. 125; ATAR, s. 92; HE, s. 280; JULIANO, s. 472.

<sup>22</sup> HE, s. 280; ATAR, s. 92.

<sup>23</sup> BATTAL, s. 39; HE, s. 287; JULIANO, s. 476; ALICA/ÖNDER, s. 61; ATAR, s. 92; SENFTLEBEN, Limitations, s. 133.

<sup>24</sup> STERLING, s. 355.



Özel bir durumun varlığı için sınırlandırmanın kişiye özel olması veya çerçevesi daha önceden belirlenmiş bir amacının bulunması gerekir<sup>25</sup>. Ayrıca bu özel durumun kamu menfaati gereği sınırlandırmayı haklı kılması da gereklidir<sup>26</sup>.

Belirlilik şartının sağlanması için ise WTO görüşmeleri sırasında sınırlandırmanın yasalarda açık bir şekilde tanımlanmış olması gerektiği fikri ortaya atılmıştır<sup>27</sup>. Yeterli derecede belirliliğin var olduğunun kabul edilebilmesi için iki şart aranır. Birinci şart; her bireyin sınırlandırmaya ilişkin yasaya erişebiliyor olması gerektiğidir. İkinci şart ise; yasa metninin, sınırlandırmanın eser sahibi tarafından öngörülebilir olmasını sağlayacak düzeyde bir kesinliğe sahip olmasıdır. Ancak sınırlandırmanın yasalarda açık bir şekilde yer alması şartı hukuk güvenliğini sağlamak açısından büyük bir öneme sahip olsa da sınırlandırma kavramının alanını önemli ölçüde daralttığından ötürü öğretilerde eleştiri konusu olmuştur<sup>28</sup>.

İlk aşama eser üzerindeki hak sahiplerinin yetkilerini güçlendirmek ve sahip oldukları mali hakların dijital ortamla uyumunu uluslararası düzeyde sağlamak açısından önemlidir<sup>29</sup>. Zira eser üzerindeki hakların sınırlandırılması konusu özellikle dijital ortamda eser sahiplerini tedirgin edecek düzeyde bir belirsizliği de beraberinde getirmektedir. Testin birinci aşaması ise bu belirsizliğin ortadan kaldırılmasına yönelik bir role sahiptir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde sınırlandırmalar kapalı bir sisteme tabidir. Bu hukuk sistemine tabi ülkelerde geçerli bir sınırlandırmanın var olabilmesi için öncelikle sınırlandırmanın yasal mevzuatta yer alması gerekmektedir<sup>30</sup>. Aynı şekilde Türk hukukunda da eser sahibinin haklarına ilişkin sınırlandırmalar yasal mevzuatımızda yer almaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda da sınırlandırmaların kapalı bir sisteme tabi olduğu ve bu nedenle yasal mevzuatımızın testin birinci aşamasıyla uyum gösterdiği söylenebilir.

## B. Sınırlandırmanın Eserin Normal Kullanımına Aykırı Olmaması

Testin ikinci aşaması, sınırlandırmanın “*eserin normal kullanımına engel teşkil etmemesini*” gerektirir<sup>31</sup>. Öğretilerde, Ulmer’ in görüşmeler sırasında dile getirdiği “ön-

<sup>25</sup> GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 5.

<sup>26</sup> GERVAIS, Fair Use, s. 512.

<sup>27</sup> JULIANO, s. 476; GRIFFITHS, s. 16; GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 5; SENFTLEBEN, Limitations, s. 134.

<sup>28</sup> SENFTLEBEN, Limitations, s. 135 ve orada anılan yazarlar.

<sup>29</sup> GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 2.

<sup>30</sup> GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 5.

<sup>31</sup> Fransa’da David Lynch’in Mulholland Drive isimli filminin DVD kopyasını satın alan bir kişinin annesinin evinde izlemek amacıyla filmi VHS formatına aktarmak istemesi nedeniyle bir dava açılır. Fransa’da mevcut DVD üzerindeki teknolojik koruma kuralları çerçevesinde kişinin bu

*celiğimiz eserin normal kullanımının koruma altına alınmasıdır. Eser sahibinin meşru menfaatlerinin haksız bir zarara uğradığının sorgulanması ikincil husustur*” cümlesi nedeniyle, bazı yazarlarca ikinci aşamanın, üç aşamalı testin temelini oluşturduğu kabul edilmektedir<sup>32</sup>.

İkinci aşamanın temel amacı eser sahibine, eserinden gelir elde ettiği ülkedeki yasal düzenlemelerin ihlal edilmesi durumunda, eserlerini sunmaya alışkın olduğu yerde destek sağlamaktır<sup>33</sup>.

Madde metninde geçen “*normal*” kelimesinin genel veya olağan anlamında kullanılan ayrıca önem atfedilmesi gerekmeyen basit bir kelime mi olduğu yoksa eserin kullanımı konusunda yasal bir standart mı getirdiği konusu öğretilerde tartışmalıdır<sup>34</sup>. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca ikinci aşamada yer alan “*normal kullanım*” kavramı hem normatif hem de ekonomik bir terim olarak kullanılmaktadır<sup>35</sup>.

Fikir ve sanat eserleri hukukunun sosyal ve kültürel boyutu, ülkelerin ikinci aşamayı normatif bir yaklaşımla ele almalarına neden olmuştur. Dolayısıyla normal kullanım kavramı öncelikle normatif olarak bir seviyeyi ifade etmektedir. Bu seviye eserin hukuka uygun bir şekilde kullanımı sonucu elde edilen güncel ve somut gelirdir<sup>36</sup>.

Normal kullanım kavramının ekonomik bir terim olarak ifade ettiği anlam ise

---

tarz bir eylemde bulunması yasaktır. DVD’yi satın alan kişi Fransız Kanunu *Code de la propriété intellectuelle* art. L 122-5’te yer alan sınırlandırma uyarınca DVD’yi kopyalamasının özel kullanıma ilişkin olduğunu ve kendisi lehine tanınan bu haktan yararlanmaktan mahrum bırakıldığını iddia etmiştir. Paris Mahkemesi bu iddiaya ilişkin olarak art. L 122-5’te yer alan özel kullanım sınırlandırmasını telif eser kullanıcısının pozitif bir hakkı olarak kabul etmiş ve iddiayı yerinde bulmuştur. Bu dava daha sonra Fransız Yüksek Mahkemesi’nin önüne gelmiş ve Mahkeme, özel kullanım amacıyla çoğaltmanın telif eser kullanıcısına ait pozitif bir hak olmadığı ve bu sınırlandırmanın Bern Sözleşmesi m. 9/II çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararda, dijital ortamda, kullanıcının gerçekleştirmiş olduğu, DVD’nin özel kullanım amacıyla çoğaltılmasına ilişkin bu eylemin eser sahibinin normal kullanımına zarar verdiğini ve Bern Sözleşmesi’nde yer alan üç aşamalı testin ikinci aşamasının ihlal edildiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme verdiği kararın gerekçesinde özetle DVD dağıtımının film endüstrisinde büyük bir öneme sahip olduğunu ve bu tarz bir eylemin dijital ortamda korsan riskini arttırmasından ötürü eserin normal kullanımının zarar gördüğünü belirtmiştir. Karar metni için bkz. Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 28.02.2006,05-15824, Publié au bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007052414> (11.07.2016); **GEIGER** Christophe, “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Heft: 6, 2006, s. 684 vd.; **GRIFFITHS**, s. 5; **HUGENHOLTZ/SENFLEBEN**, s. 19.

<sup>32</sup> **HE**, s. 281; **ATAR**, s. 93.

<sup>33</sup> **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 16.

<sup>34</sup> **GERVAIS**, Fair Use, s. 514; **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 16.

<sup>35</sup> **HE**, s. 285; **JULIANO**, s. 481; **ATAR**, s. 93; **GRIFFITHS**, s. 16; **RICKETSON**, s.32.

<sup>36</sup> **GRIFFITHS**, s. 16; **GEIGER**, Role of the Three-Step Test, s. 6; **JULIANO**, s. 481.

hak sahibinin eser üzerindeki haklarını kullandığı çevrenin olağan yani hak sahibinin meydana getirmiş olduğu eserini sunduğu yer olmasıdır. İşte normal kullanım kavramının altında yatan bu ekonomik seviye terimi de hak sahibinin eseri üzerindeki haklarının yasal olarak koruma altında olduğu olağan çevrede eserinden elde ettiği geliri ifade etmektedir<sup>37</sup>.

Normal kavramının, eser üzerindeki bir mali hakkın tam anlamıyla kullanıldığı bir durumda elde edilebilecek olan yarardan daha az seviyede bir yararı ifade ettiği açıktır<sup>38</sup>. Söz konusu bu yararın, her zaman güncel ve somut bir şekilde mevcut olmak zorunda olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız baskın görüş uyarınca, eser üzerindeki haktan ileride elde edilmesi pek muhtemel ekonomik veya ekonomik olmayan önemli bir yararın söz konusu olduğu durumlarda da normal kullanıma aykırılık söz konusu olabilir<sup>39</sup>. Dolayısıyla sınırlandırmanın eserin ticari önemini kayda değer bir şekilde azalttığı veya ileride gelir getirmesine önemli derecede engel olduğu durumlarda da testin ikinci aşamasında yer alan eserin normal kullanımına aykırı olmama şartının gerçekleşmediği kabul edilecektir<sup>40</sup>.

### C. Sınırlandırmanın Eser Sahibinin Yasal Çıkarlarına Makul Olmayan Düzeyde Bir Zarar Vermemesi

Testin üçüncü ve son aşaması ise, sınırlandırma neticesinde eser sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan düzeyde bir zarar verilmemesidir<sup>41</sup>. Üçüncü aşama

<sup>37</sup> RICKETSON, s. 32.

<sup>38</sup> JULIANO, s. 481; GRIFFITHS, s. 16.

<sup>39</sup> GERVAIS, Fair Use, s. 515; GERVAIS, Three-Step Test, s. 17; GRIFFITHS, s. 16; GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 6.

<sup>40</sup> GERVAIS, Fair Use, s. 515; GERVAIS, Three-Step Test, s. 17; JULIANO, s. 481.

<sup>41</sup> Almanya'da kamuya ait bir kütüphanede yer alan dergilerin bazı bölümlerinin çoğaltılarak düzenli bir şekilde kütüphane üyelerine gönderilmesi bir davaya konu olmuştur. Davalı kütüphanenin yöneticisi konumunda olan bir kamu kurumudur. Söz konusu kütüphane, sahip olduğu elektronik katalogta güncel yayınların listesini sunmakta ve talep etmeleri halinde üyelerine bilimsel süreli yayınların içinden arzu ettikleri makaleleri göndermektedir. Kütüphane bu hizmet karşılığında bir ücret talep etmekte ve tüm dünyaya böyle bir hizmet verdiğiyle ilgili reklamını yapmaktadır. Davacı, yayıncıların ve kitap satıcılarının temsilcisi olan kurum, kütüphanenin bu hizmetinin makale sahibi yazarların yayma ve çoğaltma hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Davalı kütüphane ise savunmasında bu hizmetinin "Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte" art. 53'de yer alan eser sahibinin hakkının sınırlandırıldığı hallerden biri olan kişisel ve özel kullanım amacıyla çoğaltma işleminin üyeler namına üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilebileceğini dolayısıyla bir hukuka aykırılık halinin bulunmadığını iddia etmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi kütüphanenin bu hizmetini sınırlandırma çerçevesinde değerlendirmiştir. Ancak Mahkeme, teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak kopyalara ve kataloglara ulaşımında, kütüphanenin kopyalama servisinin eskiye göre daha yoğun şekilde çalışıyor olduğunu ve bunun sonucu olarak da kütüphanenin süreli yayın sahipleriyle geniş çapta bir rekabetin içinde olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, burada art. 27'de düzenlenen kamuya ödünç verme hakkı ve karşılığında eser sahibine adil bir bedel ödenmesi hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğine karar

eser sahibinin yararı ile kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda yol gösterici bir niteliğe sahiptir<sup>42</sup>.

Üçüncü aşamada aynı ikinci aşamada olduğu gibi hem normatif hem de ekonomik bir düzenlemedir. Üçüncü aşamada eser sahibinin yalnızca hukuka uygun olarak elde edebileceği faydanın korunuyor olması bu aşamanın normatif düzeyini teşkil eder. Eser sahibinin makul olmayan bir seviyede zarara uğratılmış olmaması şartı ise bu aşamanın hem normatif hem de ekonomik düzeyini ifade etmektedir<sup>43</sup>.

Bern Sözleşmesi'nin orijinal metninde yer alan “*does not unreasonably prejudice*” ifadesi sözleşmenin Türkçe metninde tam karşılığını bulamamıştır. Şöyle ki, eser sahibinin meşru menfaatlerine aykırı olarak meydana gelen her zarar üçüncü aşamaya aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu zarar ancak “*unreasonably*” yani makul olmayan bir sebeple ve seviyede gerçekleştiği takdirde bir ihlalin varlığından söz edilebilecektir. Zira her sınırlandırma eser sahibinin mali haklarına belirli ölçüde zarar verir. Dolayısıyla makul olmayan kavramı, hukuka uygun bir sınırlandırmada bulunması gereken, sınırlandırma ile hak sahibinin yasal çıkarları arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Bu denge hem zararın meydana gelmesinin temelinde var olan/olmayan haklılığın derecesini hem de hakka yönelik olarak meydana gelen zararın seviyesini ifade etmektedir<sup>44</sup>.

Eser sahibinin yasal çıkarlarından anlaşılması gereken ise eser sahibinin sahip olduğu eserden hukuka uygun şekilde elde edeceği menfaattir. Bu menfaatin kapsamına hak sahibi tarafından elde edilebilecek, hukuken uygulanabilir, ekonomik veya ekonomik olmayan her türlü yarar girer. Dolayısıyla eser sahibinin mahrum kaldığı mali yararların yanı sıra manevi yararlar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir<sup>45</sup>.

Meşru çıkarlara verilen zarar ise eser sahibi tarafından elde edilmesi beklenen yararın azalması veya eksilmesidir. Söz konusu meşru çıkarlar ikinci aşamada olduğu

---

vermiştir. Sonuç olarak kütüphanenin kişisel kullanım sınırlandırması çerçevesinde böyle bir hizmet verebilmesi için kopyalanan eserlerin sahibine kopyalanan eserlerin karşılığında adil bir bedel ödenmesi gerekir. Yüksek Mahkeme bu kararını Bern Sözleşmesi m. 9/II'de ve TRIPS m. 13'de yer alan üç aşamalı teste dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bu kararında eser sahibi ile eserden yararlanan kişiler arasında bir denge sağlamaya çalışıyor. Eser sahibine ödenecek adil bir bedel ile testin üçüncü aşaması olan eser sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan derece bir zarar verilmesinin önüne geçmeyi hedefliyor. Karar metni için bkz. BGH, 25.02.1999, I, ZR 118/96, OLG München, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Heft: 8/9, 1999, s. 707 vd.; **GRIFFITHS**, s. 7,8.

<sup>42</sup> **GEIGER/GERVAIS/SENFLEBEN**, s. 132; **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 29; **JULIANO**, s. 486.

<sup>43</sup> **JULIANO**, s. 486,487.

<sup>44</sup> **BATTAL**, s. 40; **GERVAIS**, Fair Use, s. 516; **JULIANO**, 487; **ATAR**, s. 93; **ALICA/ÖNDER**, s. 61.

<sup>45</sup> **BATTAL**, s. 40; **ALICA/ÖNDER**, s. 61; **GERVAIS**, Fair Use, s. 515; **GRIFFITHS**, s. 17.

gibi hak sahibinin hali hazırda elde ettiği yararlar olabileceği gibi gelecekte elde etmesi muhtemel yararlar da olabilir<sup>46</sup>.

## SONUÇ

Fikir ve sanat eserleri hukuku günlük hayatta yaşanan güncel gelişmelerden en fazla etkilenen hukuk dallarından biridir. Dolayısıyla bu hukuk dalının güncel gelişmelere uyum sağlayabilmesi büyük önem arz etmektedir. Adil kullanım öğretisi eser sahibinin haklarının sınırlandırılması ile ilgili yeniliklere ve güncel gelişmelere kolaylıkla uyum sağlaması yönüyle üç aşamalı testten pozitif yönde ayrılmaktadır. Ancak; söz konusu öğreti uyumluluk konusunda göstermiş olduğu bu olumlu etkiyi hukuk güvenliğinin sağlanması konusunda gösterememektedir. Şöyle ki, adil kullanım öğretisi eser sahiplerinin eserleri üzerindeki haklarının hangi koşullar ve durumlarda sınırlandırılabilirliği ile ilgili kesin, değişmez kurallar ortaya koymaz. Oysa üç aşamalı test sınırlandırma gerçekleşmeden önce sınırlandırmanın hangi koşullar ve durumlarda gerçekleşebileceğine ilişkin önceden belirlenmiş, kesin kurallar getirmiştir. Dolayısıyla eser sahipleri üç aşamalı testin kabul edildiği hukuk sistemlerinde kendilerini daha güvende hissederler.

Üç aşamalı testin ilk aşaması sınırlandırmanın belirli ve özel bir duruma ilişkin olması gerekliliğidir. Eser sahibinin haklarını sınırlandıran bir durumun hukuka uygun olabilmesi için bu sınırlandırma halinin önceden belirlenmiş bir duruma ilişkin olması gereklidir. Birinci aşama eser sahibi açısından sahip olduğu hakkın hangi durum ve koşullarda sınırlandırılabilirliğinin öngörülebilir olmasını ve kendisini güvende hissetmesini sağlamaktadır.

Testin ikinci aşaması sınırlandırmanın eserin eser sahibi tarafından normal kullanımına aykırılık teşkil etmemesidir. Eser sahibinin en temel hakkı sahip olduğu eseri hukuk sınırları çerçevesinde kullanmaktır. Sınırlandırma eser sahibinin eserini hukuk sınırları çerçevesinde kullanmasına engel teşkil etmemelidir. Normal kullanım, eserin tam anlamıyla kullanılması halinde elde edilebilecek yarardan daha az bir yararın elde edilmesini ifade etmektedir. Eser üzerindeki sınırlandırılan hakkın kullanılması sonucu elde edilecek güncel ve somut gelirin yanı sıra ileride elde edilmesi muhtemel ekonomik veya ekonomik olmayan yarar da normal kullanım kapsamında değerlendirilecektir.

Testin üçüncü ve son aşaması ise sınırlandırmanın eser sahibinin eseri üzerindeki meşru menfaatlerine makul olmayan düzeyde bir zarara sebebiyet vermemesidir. Her sınırlandırma eser sahibine belirli bir oranda zarar verir. Ancak bir sınırlandırmanın hukuka aykırılığından bahsedebilmek için eser sahibinin hukuk sınırları çerçevesinde elde ettiği mevcut veya elde etmesi muhtemel yararları yönelik olması ve

<sup>46</sup> GERVAIS, Fair Use, s. 518; ATAR, s. 94.

makul olmayan düzeyde bir zarara sebebiyet vermesi gerekir. O halde üçüncü aşamaya aykırılık, sınırlandırmanın neden olduğu her türlü zararda değil, sınırlandırmanın eser sahibinin haklarına yönelik önemli ölçüde maddi veya manevi zarara sebebiyet verdiği durumlarda söz konusu olacaktır.

Eser sahibinin haklarına yönelik bir sınırlandırmanın hukuka uygun olduğundan söz edebilmek için üç aşamalı testte yer alan tüm aşamaların bir arada gerçekleşmesi gereklidir.

### KAYNAKÇA

- ALICA** Türkay/**ÖNDER** Bülent, “Engellerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşması ve Olası Etkileri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 2014, 1, s. 41-81.
- ARNOLD** Richard/**ROSATI** Eleonora, “Are National Courts the Addressees of the Infosoc Three-Step Test?”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Int.*, Heft: 12, 2015, s. 1193-1200.
- ATAR** Eray Aksın, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016.
- BATTAL** Ahmet, “Yeni FSEK 47 ile Gelen “Eser Kamulaştırması”nın Anayasaya Aykırılığı Meselesi”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 15, Cilt: 16, Sayı: 4, 2014, s. 29-41.
- BRENNCKE** Martin, “Is “Fair Use” an Option for U.K Copyright Legislation”, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 71, **TIETJE** Christian/**KRAFT** Gerhard/**SETHE** Rolf (Ed.), 2007, s. 5-20.
- CHRISTIE** Andrew, “Maximising Permissible Exceptions to Intellectual Property Rights”, *The Structure of Intellectual Property Law*, **KUR** Annette/**MIZARAS** Vytautas (Ed.), Cheltenham, 2011.
- CHRISTIE** Andrew/**WRIGHT** Robin, “A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Heft: 4, 2014, s. 409-433.
- COOK** Trevor, “Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law”, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol: 17, 2012, s. 243-245.
- FROMER** Jeanne, “An Information Theory of Copyright Law”, *Emory Law Journal*, Vol: 64.71, 2014, s. 73-127.
- GASSER** Christoph/**OERTLI** Reinhard, *SHK - Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung*, **MÜLLER** Barbara/**OERTLI** Reinhard (Hrsg.), Bern, 2012.
- GEIGER** Christophe/**GERVAIS** Daniel/**SENFLEBEN** Martin, “Understanding the “three-step test”, *International Intellectual Property A Handbook of Contemporary Research*, **GERVAIS** Daniel (Ed.), Cheltenham, 2015.

- GERVAIS** Daniel, “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol: 9, No: 1, 2005, s. 1- 35. (Three-Step Test)
- GERVAIS** Daniel, “Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize and Limitations to Copyright”, *57 Journal of the Copyright Society of the U.S.A* 499, 2009-2010, s. 499-520. (Fair Use)
- GEIGER** Christophe, “The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society”, *UNESCO, e-Copyright Bulletin*, January-March, 2007, s. 1-22. (Role of the Three-Step Test)
- GEIGER** Christophe, “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Heft: 6, 2006, s. 637-770. (Balanced Copyright)
- GEIGER** Christophe/**GERVAIS** Daniel/**SENFLEBEN** Martin, “Understanding the “three-step test”, *International Intellectual Property A Handbook of Contemporary Research*, **GERVAIS** Daniel (Ed.), Cheltenham, 2015.
- GRIFFITHS** Jonathan, “The “Three-Step Test” in European Copyright Law-Problems and Solutions”, *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009*, <http://ssrn.com/abstract=1476968>, s. 1-22.
- HE** Huaiwen, “Seeking a Balanced Interpretation of the Three-Step Test – An Adjusted structure in View of Divergent Approaches”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Heft: 3, 2009, s. 274-308.
- HUGENHOLTZ** Bernt/**SENFLEBEN** Martin, “Fair Use in Europe in Search of Flexibilities”, Amsterdam, 2011, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/912>.
- JULIANO** Jason, “Is Legal File Sharing Legal? An Analysis of the Berne Three-Step Test”, *Virginia Journal of Law&Technology*, Vol: 16, No:04, 2011, s. 465-501.
- RICKETSON** Sam, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Strawberry Hills, New South Wales: Centre for Copyright Studies, 2002.
- SCHWARTZ** Eric J., “An Overview of the International Treatment of Exceptions”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol: 57, No: 3, 2010, s. 473-497.
- SENFLEBEN** Martin, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Den Haag, 2004. (Limitations)
- SENFLEBEN** Martin, “The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation”, *JIPITEC*, 1, 2010, s. 67-82. (Three-Step Test)
- WESTKAMP** Guido, “The “Three-Step Test” and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law Between Approximation and National Decision Making”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol: 56, No: 1, 2008, s. 1-65.
- YAVUZ** Levent/ **ALICA** Türkay/**MERDİVAN** Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt: I, Ankara, 2014, İstanbul, 2014.

### İnternet Kaynakları

<http://www.ssrn.com/en/>

<https://www.beck-online.beck.de/>

<http://www.springer.com/gp/>

<http://www.home.heinonline.org/>

<https://www.swisslex.ch/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>



# ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

## (Form of Ordinary Partnership Agreement)

Yrd. Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU\*  
Yrd. Doç. Dr. Argun KARAMANLIOĞLU\*\*

### ÖZET

Adi ortaklık sözleşmesi, kural olarak, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak taraflar iradi olarak şekil şartı öngörebilecekleri gibi adi ortaklığa sermaye olarak getirilen değerlerin devrinin özel hükümler kapsamında şekil şartına bağlılığı düzenlenmiş olabilir. Çalışmamızda, öncelikle şekil kavramı genel olarak incelendikten sonra, adi ortaklık sözleşmesinde şekil ve şekle aykırılığın sonuçları değerlendirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Adi ortaklık, şekil, taşınmaz devri, sözleşme, şekle aykırılık.

### *Abstract*

In principle, ordinary partnership agreement is not subject to a form requirement. However parties may agree on a form requirement as well as transfer of some assets that are brought as a capital contribution may be subject to certain form requirements imposed by special provisions. After the concept of form is analysed, form of ordinary partnership agreement and legal consequences of non-respect of the required form are evaluated in our study.

**Keywords:** Ordinary partnership, form, transfer of immovable property, contract, non-respect of the required form.

## I- Sözleşmelerde Şekil

### A- Kavram

Hukuki işlem; hukukun işlemi yapanın arzusuna uygun sonuç bağladığı irade

---

\* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

beyanı olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Bu bakımdan, bir hukuki işlemde söz edebilmek için en az bir irade beyanının varlığı gereklidir. İrade beyanı ise, bir kişinin hukuki sonuca yönelen arzusunun dış dünyaya açıklanmasıdır<sup>2</sup>. Dolayısıyla bir irade beyanında bulunulması, hukuki sonuca yönelen arzusunun beyanda bulunan kişinin iç dünyasından çıkararak; anlaşılmasını mümkün kılan herhangi bir yolla dış dünyaya iletilmesiyle mümkündür<sup>3</sup>. Buna bağlı olarak, bir hukuki işlemin tarafı olmak isteyen kişi; “bir şekilde” iradesini iç dünyasından çıkartarak, dış dünyaya yansıtmalıdır. Geniş anlamıyla şekil de bir irade beyanının açıklandığı yol olarak tanımlanabilir<sup>4</sup>.

İrade beyanından söz edebilmek için beyanda bulunan kişinin iradesinin dışa yansıtılması gerektiğine göre; esasen, her irade beyanı bir şekle tabidir<sup>5</sup>. Ancak bu esas, şekil serbestisi ilkesi ve bu bakımdan özel anlamıyla “şekil” ile de karıştırılmamalıdır. Dar ve teknik anlamıyla şekil denildiğinde; kanun veya tarafların iradesiyle irade beyanının belirli bir şekilde dışa vurulmasının kararlaştırıldığı haller anlaşılmalıdır<sup>6</sup>. Türk Özel Hukuku’nda şekil serbestisi ilkesi kabul edilmiş olup; söz konusu ilkeye göre, kanunla aksi öngörülmedikçe, taraflar sözlü dâhil olmak üzere diledikleri şekilde irade beyanında bulunabilirler (TBK md. 12/f.1)<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> **Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2013, s. 36; **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 38; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul, 2008, §9, Nr. 6; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 119; **Nomer, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013, Nr. 17.

<sup>2</sup> **Armbrüster, Christian**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. I, ed. **Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina**, Münih, 2015, Vorbemerkung §116, Nr. 3; **Oğuzman/Öz**, s. 141; **Kocayusufpaşaoğlu**, §9, Nr. 6; **Eren**, s. 120.

<sup>3</sup> **Tuğ, Adnan**, Türk Özel Hukukunda Şekil, Konya, 1994, s. 3; **Yıldız, Hüseyin**, Akitlerde Şekilciliğin Geçirdiği Tarihi Evreler ve Türk-İsviçre Hukukunda ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemlerinde Şekilcilik, Bursa, 1981, s. 12; **Eren**, s. 120; **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 1. Aynı yönde bkz. **Neuner, Jörg**, Was ist eine Willenserklärung?, JuS, 2007, s. 882.

<sup>4</sup> **von Tuhr, Andreas/Peter, Hans**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts C. I, Zürich, 1984, s. 233; **Altaş, Hüseyin**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, s. 60; **Tuğ**, s. 3; **Eren**, s. 264; **Yıldız**, s. 12. Krş. **Kavak, Yalçın**, Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul, 2015, s. 3. Yazar, şekli; irade beyanının dışarı yansıtılması için kullanılan “araç ve kalıplar” olarak tanımlamaktadır.

<sup>5</sup> **von Tuhr/Peter**, s. 233; **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 1; **Eren**, s. 264; **Tuğ**, s. 44; **Altaş**, s. 60; **Kavak**, s. 3; **Yıldız**, s. 12.

<sup>6</sup> **von Tuhr/Peter**, s. 233; **Eren**, s. 264; **Altaş**, s. 61; **Kavak**, s. 3.

<sup>7</sup> **Hatemi, Hüseyin/Gökayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011, s. 42; **Oğuzman/Öz**, s. 141; **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 1; **Eren**, s. 264; **Tuğ**, s. 28; **Altaş**, s. 47; **Kavak**, s. 17; **Yıldız**, s. 12. Benzer yönde, **Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno**, Berner Kommentar C. VI, Nr. 1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986, Art. 11, Nr. 5. Çağdaş hukuk sistemlerinin tümünde, şekil özgürlüğü ilkesi benimsenmiştir, **von Tuhr/Peter**, s. 233. Öte yandan; tarihi gelişim içinde değerlendirildiğinde, şekil serbestisinin istisna iken, kural haline geldiği görülmektedir. İlkenin tarihi gelişimi hakkun-

Şekil serbestisi ilkesine istisna olarak, kanun ile irade beyanının belirli bir şekle bağlanması çeşitli amaçları bulunmaktadır<sup>8</sup>. Doktrinde şekil şartı düzenleyen kanun hükümleri; normun koruma amacı teorisinden yola çıkılarak, “özel koruma amacı” ve “genel koruma amacı” şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>9</sup>. Özel koruma amacının kapsamına yalnızca şekle tabi hukuki işlemin tarafı veya tarafları dâhil iken; genel koruma amacı, tarafların dışındaki üçüncü kişileri de kapsar<sup>10</sup>. Bu bakımdan, şekil şartını; hukuki işlemin taraflarının korunması amacına bağlı olarak düzenleyen hükümler, özel koruma amaçlı hükümlerdir. Buna karşılık, kanun koyucu şekil şartı öngördüğü bazı hükümlerle, hukuki işlemin üçüncü kişiler tarafından öğrenmelerini temin etmiştir<sup>11</sup>. Bu tür hükümlerin, genel koruma amacına hizmet eden hükümler olduğu düşüncesindeyiz. Şekil şartı öngören hükmün amacının belirlenmesi, yorum ile mümkündür<sup>12</sup>. Kanımızca, şekil şartı öngören hükmün amacının belirlenmesi, şekil şartının uygulama alanının belirlenmesi yönünden de büyük önemi haizdir.

Şeklin pek çok faydası ve işlevi bulunmaktadır. Öncelikle, şekil; önemli sonuçları olan hukuki işlemlerde tarafları düşünmeye sevk ederek, acele karar vermelerinin önüne geçer (Uyarı işlevi)<sup>13</sup>. Ayrıca şekil, irade beyanının açıklığını ve netliğini arttırır<sup>14</sup>. Buna bağlı olarak, şeklin sözleşmelere kesinlik sağladığı belirtilmektedir<sup>15</sup>. Bu kapsamda, şeklin hukuki işleme güven kazandırdığı da ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Ayrıca şekil kuralları ispat faaliyetini kolaylaştırır ve şekle uygun olarak gerçekleştirilen

---

da bilgi için bkz. **Einsele, Dorothee**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. I, ed. **Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina**, Münih, 2015, §125, Nr. 1; **Kramer/Schmidlin**, Art. 11, Nr. 2-4; **Tuğ**, s. 1, 37-38; **Yıldız**, s. 22-24.

<sup>8</sup> **von Tuhr/Peter**, s. 235; **Oğuzman/Öz**, s. 142; **Eren**, s. 264; **Altaş**, s. 64.

<sup>9</sup> **Kramer/Schmidlin**, Art. 11, Nr. 18-20; **Eren**, s. 264; **Altaş**, s. 64-65; **Kavak**, s. 19-21.

<sup>10</sup> **Kramer/Schmidlin**, Art. 11, Nr. 18-19; **Eren**, s. 264; **Altaş**, s. 64-65; **Kavak**, s. 19-20.

<sup>11</sup> **Tuğ**, s. 47; **Yıldız**, s. 94. Benzer yönde, **Kavak**, s. 20. “*Belirli ekonomik alanlarda, tek taraflı olarak düzenlenen sözleşmelerin kamu yararı ölçüsü ile*” şekil şartına tabi tutulmasının isabetli olacağı yönünde bkz. **Yıldız**, s. 94-95.

<sup>12</sup> **Altaş**, s. 64.

<sup>13</sup> **Lorenz, Werner**, “Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge”, AcP, C. CLVII, s. 393; **Kut, Ahmet**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Zürich 2012, Art. 11, Nr. 7; **Manzel, Heinz-Peter**, Jauernig BGB Kommentar, ed. **Stürner, Rolf**, Münih, 2014, §125, Nr. 3; **Dörner, Heinrich**, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Baden-Baden, 2014, §125, Nr. 2; **Eren**, s. 265-266; **Oğuzman/Öz**, s. 143; **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 4; **Tuğ**, s. 47; **Altaş**, s. 65, 67; **Kavak**, s. 21; **Einsele**, §125, Nr. 8; **von Tuhr/Peter**, s. 235; **Kramer/Schmidlin**, Art. 11, Nr. 13.

<sup>14</sup> **Eren**, s. 265; **Tuğ**, s. 46-47; **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 4; **Altaş**, s. 67; **Yıldız**, s. 93; **Lorenz**, s. 394; **Einsele**, §125, Nr. 9; **Manzel**, §125, Nr. 3; **von Tuhr/Peter**, s. 235; **Kramer/Schmidlin**, Art. 11, Nr. 13; **Kut**, Art. 11, Nr. 7.

<sup>15</sup> **Eren**, s. 265; **Tuğ**, s. 46-47; **Altaş**, s. 67; **Kavak**, s. 21; **Yıldız**, s. 93. Benzer yönde, **Hatemi/Gökyayla**, s. 43.

<sup>16</sup> **Kavak**, s. 21-22.

hukuki işlemin ispatını temin eder<sup>17</sup>. Alman doktrininde, noterde onaylama veya düzenleme şekline tabi işlemlerde; noterde düzenleme veya onaylamanın bir danışma ve açıklama işlevi gördüğü de ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Buna bağlı olarak; şekil şartının işlemin resmi makamlara sunulmasını gerektirdiği hallerde, şeklin resmi makamların denetimini temin eden bir işlevine de dikkat çekilmektedir<sup>19</sup>.

Şeklin söz konusu işlev ve etkileri; hukuki işleme katılan tarafları korumaya hizmet etmenin yanı sıra irade beyanlarının değerlendirilmesinde hakime yardımcı olarak, yargılama faaliyetini de kolaylaştırır<sup>20</sup>. Şekil kurallarının daha özel amaçlar güttüğü haller de bulunmaktadır. Gerçekten, Kıymetli Evrak Hukuku'nda kambiyo senetleri alanındaki şekil kuralları, hukuk güvenliğini sağlayarak, kambiyo senetlerinin tedavülünü arttırmak gibi önemli bir amacı da haizdir<sup>21</sup>.

Şeklin faydaları yanında, bazı sakıncaları da mevcuttur. Gerçekten, şekil; hukuki işlemlerin yapılmasını zorlaştırır ve yavaşlatır<sup>22</sup>, içerik yönünden geçerli bir işlemin tarafların arzusu dışında, şekle aykırılık gerekçesiyle hükümsüz olması tehlikesini beraberinde getirir ve resmi veya resmi onamaya bağlı şekilde olduğu üzere işlem masraflarını arttırarak, taraflara ekonomik külfet yükler<sup>23</sup>. Ayrıca şeklin bazı hallerde, sözleşmenin gizliliğinin ortadan kalkmasına neden olması da şeklin sakıncaları arasında gösterilmektedir<sup>24</sup>. Öte yandan, şekil kurallarının faydaları yanında yukarıda belirtilen sakıncaları da bulunmakla birlikte; faydalarının, sakıncalarından fazla olduğu kabul edilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> Eren, s. 265; Tuğ, s. 47; Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 4; Altaş, s. 67; Kavak, s. 22; Yıldız, s. 93-94; Lorenz, s. 394; Einsele, §125, Nr. 9; Manzel, §125, Nr. 3; Dörner, §125, Nr. 2; von Tuhr/Peter, s. 235; Kramer/Schmidlin, Art. 11, Nr. 13.

<sup>18</sup> Lorenz, s. 394; Einsele, §125, Nr. 9; Manzel, §125, Nr. 3; Dörner, §125, Nr. 2.

<sup>19</sup> Lorenz, s. 394; Einsele, §125, Nr. 10; Manzel, §125, Nr. 3; Dörner, §125, Nr. 2.

<sup>20</sup> von Tuhr/Peter, s. 235. Şeklin, hukuki işlemin yorumunu kolaylaştırdığı yönünde bkz. Kavak, s. 22.

<sup>21</sup> Bahtiyar, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2015, s. 9; von Tuhr/Peter, s. 235. Kambiyo senetlerinde sıkı sıkıya şekle bağlılık ilkesinin amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1997, s. 370-371.

<sup>22</sup> Kavak, s. 23; Yıldız, s. 94. Şekil şartlarının; ticari hayatın gerektirdiği hız ve çabukluk ihtiyacına cevap veremediği belirtilmektedir, Bahtiyar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 3; Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 5. Bu nedenle; Ticaret Hukuku'nda, Kıymetli Evrak Hukuku'nda kambiyo senetlerine ilişkin şekil kuralları gibi istisnalar dışında, şekil serbestisi ilkesinin Medeni Hukuka göre daha yoğun bir uygulama alanı bulduğu ve basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü karşısında, tacirlerin (özel koruma amacı taşıyan şekil kurallarının öngördüğü) şeklin koruyucu işlevinden istisna tutulmasının kabul edilebilir olduğu söylenebilir. Aynı yönde bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 3.

<sup>23</sup> Şeklin sakıncaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 266; Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 5; Altaş, s. 67; Kavak, s. 23-24; Yıldız, s. 94.

<sup>24</sup> Kavak, s. 24.

<sup>25</sup> von Tuhr/Peter, s. 235.

## B- Türleri

Şekil çeşitli ölçütler kapsamında, farklı türlere ayrılarak incelenebilir. Kaynağı bakımından şekil; kanuni şekil ve rızai şekil olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>26</sup>. Bir hukuki işlemin, belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu kanun hükmüyle düzenlenmişse, kanuni şekilden söz edilir<sup>27</sup>. Kanun hükmüyle, bir işlemin belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu öngörülmemiş olmakla birlikte, işlemin tarafları aralarında anlaşarak, söz konusu hukuki işlemin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmış iseler, rızai veya sözleşmeye dayanan şekil söz konusudur<sup>28</sup>.

Şekil, amacı yönünden de ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>29</sup>. Hukuki işlemin ispatı yönünden kanun veya taraflarca şekle bağlandığı hallerde, ispat şekli söz konusudur<sup>30</sup>. HMK md. 200 ile belirli bir parasal sınırın üzerindeki hukuki işlemlerin ispatı için senet zorunluluğu düzenlenmiştir<sup>31</sup>. Buna bağlı olarak, söz konusu parasal sınırın üzerindeki hukuki işlemler, HMK'da düzenlenen istisnalar dışında, ispat şekline tabidir. Dolayısıyla Türk Hukuku'nda, ispat şeklinin geniş bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir. Söz konusu HMK düzenlemesi, Borçlar Hukuku'nda öngörülen şekil serbestisini son derece sınırlandırdığı için eleştirilmektedir<sup>32</sup>. Öte yandan; bir hukuki işlemin geçerliliği, kanunen veya tarafların iradesi gereği öngörülen şekil şartına tabi ise, geçerlilik şekli söz konusudur<sup>33</sup>. Bu husus, aynı zamanda işlevleri yönünden şeklin türleri arasındaki başlıca farkı da oluşturmaktadır. Zira geçerlilik şeklinin söz konusu olduğu hallerde, geçerlilik şekline uyulmadan yapılan hukuki işlem geçersiz olacağı gibi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan işlemin yapılmış olduğu karşı tarafın ikrarı veya yemini ile ispat edilerek, işlemin geçerlilik kazanması da mümkün değildir<sup>34</sup>. Buna karşılık, ispat şeklinin söz konusu olduğu hallerde, se-

<sup>26</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 6; **Oğuzman/Öz**, s. 142; **Altaş**, s. 68; **Yıldız**, s. 102. Ayrıca bkz. **Tuğ**, s. 33. Bazı yazarlar; kanuni şekil - iradi şekil ayrımını, amaçlarına göre şekil ayrımı altında, geçerlilik koşulu olarak şeklin içinde incelemektedir, **Eren**, s. 268-269; **Kavak**, s. 24. **Kavak**, bir şekil şartı öngören yasaklayıcı nitelikteki hükümlerde, söz konusu yasağa aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak düzenlenmemesi halinde; söz konusu hükümlerin "düzen şekli" öngördüğünü belirtmektedir, **Kavak**, s. 26-27.

<sup>27</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 6; **Oğuzman/Öz**, s. 142; **Eren**, s. 268; **Altaş**, s. 68; **Kavak**, s. 25; **Yıldız**, s. 102

<sup>28</sup> **Altaş**, s. 69; **Tuğ**, s. 33; **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 6; **Oğuzman/Öz**, s. 163; **Eren**, s. 269; **Kavak**, s. 27; **Yıldız**, s. 122-123; **Nomer**, Nr. 71.

<sup>29</sup> **Altaş**, s. 70; **Tuğ**, s. 32; **Yıldız**, s. 95. Krş. **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 7. Yazar, bu ayrımı; şeklin işlevleri yönünden ayırım olarak adlandırmaktadır.

<sup>30</sup> **Altaş**, s. 72; **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 7; **Oğuzman/Öz**, s. 141; **Eren**, s. 271; **Tuğ**, s. 32; **Yıldız**, s. 100; **Nomer**, Nr. 80.

<sup>31</sup> HMK md. 200 gereği senetle ispat sınırı, 2.500 TL'dir.

<sup>32</sup> **Eren**, s. 271; **Altaş**, s. 72; **Tuğ**, s. 30.

<sup>33</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 7; **Oğuzman/Öz**, s. 141; **Tuğ**, s. 29, 32; **Yıldız**, s. 95.

<sup>34</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 8; **Oğuzman/Öz**, s. 141.

net bulunmasa dahi hukuki işlemin karşı tarafın ikrarı veya yemin ile ispat edilmesi mümkündür<sup>35</sup>. Bu bakımdan, geçerlilik şekli kapsamında düzenlenen bir senedin, aynı zamanda ispat şeklini taşıyan bir senet işlevi de ifa ettiği kabul edilmektedir<sup>36</sup>. Buna karşılık, ispat şartını yerine getirmeye elverişli bir senedin her halde, geçerlilik şekli için gerekli olan özellikleri haiz olduğu sonucuna ulaşamaz<sup>37</sup>. Özellikle, kefalet sözleşmesi gibi hukuki işlemin geçerliliği için nitelikli şekil şartı aranan hallerde, bu sonuç rahatlıkla anlaşılacaktır<sup>38</sup>. TBK md. 12/f.2'ye göre; “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Görüldüğü üzere, kanun hükmüyle öngörülen şekil şartına ilişkin hükümler, kural olarak, geçerlilik şekli niteliği taşımaktadır<sup>39</sup>.

Şekil, yapılış tarzı yönünden de farklı türlere ayrılmaktadır. Yapılış tarzı yönünden şekil; sözlü şekil ve yazılı şekil olarak iki üst başlıkta incelenmektedir<sup>40</sup>. Kanun koyucunun; hukuki işlemin geçerliliğini, irade beyanının sözlü olarak yapılmasına bağlı tuttuğu hallerde, sözlü şeklin varlığından söz edilir<sup>41</sup>. TBK'da sözlü şekil şartına bağlı kılınmış bir sözleşme tipi bulunmamakla birlikte, evlilikte (TMK md. 142) ve sözlü vasiyetnamede (TMK md. 539); sözlü şekil, geçerlilik şekli olarak düzenlenmiştir<sup>42</sup>. Yazılı şekil ise, irade beyanı için beyanda bulunanın imzasının yeterli olması veya senedin resmen düzenlenmesinin yahut irade beyanında bulunanın yalnızca imzasının onanması yönünden farklı türlere ayrılmaktadır. TBK md. 13 vd. hükümlerinde, yalnızca adi yazılı şekil düzenlenmiş olmakla birlikte, taşınmaz satımında resmi şekil zorunluluğunu düzenleyen TBK md. 237'de olduğu üzere, TBK'nın farklı hükümlerinde diğer yazılı şekil türlerine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. TBK md. 13 vd. hükümlerinde düzenlenmiş ise de ilgili hükümlerde, adi yazılı şeklin tanımına yer verilmemiştir. Adi yazılı şekil; irade beyanında bulunan kişinin, söz konusu beyanının yazılı bir metin ile söz konusu metni kapsayan ve teyit eden imzasını içeren iki unsurdan oluşan şekildir<sup>43</sup>. Sözleşmenin nitelik ve konusunu göstermesi yeterli olan

<sup>35</sup> Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 8; Kavak, s. 32.

<sup>36</sup> Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 9; Kavak, s. 33.

<sup>37</sup> Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 9; Kavak, s. 33.

<sup>38</sup> Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 9.

<sup>39</sup> Altaş, s. 70; Tuğ, s. 29; Oğuzman/Öz, s. 142.

<sup>40</sup> Altaş, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 10; Tuğ, s. 33. Doktrinde yapılış tarzı yönünden şekle ilişkin farklı sınıflandırmalar da bulunmaktadır. Örneğin, Oğuzman/Öz; adi yazılı şekil ve resmi şekli, kanunda öngörülen şekiller üst başlığının altında iki ayrı unsur olarak incelemektedirler. Oğuzman/Öz, s. 143

<sup>41</sup> Altaş, s. 73; Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 10. Krş. Tuğ, s. 33. Yazar; sözlü şekli, merasimli şekil olarak da adlandırmakta ve iki terimi eş anlamlı olarak kullanmaktadır.

<sup>42</sup> Altaş, s. 73; Kocayusufpaşaoğlu, §25, Nr. 10; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 113; Kavak, s. 35.

<sup>43</sup> Altaş, s. 73; Tuğ, s. 34, 54; Oğuzman/Öz, s. 144; Eren, s. 273; Yıldız, s. 103. Metin ve imzayı, yazılı şeklin iki aşaması olarak nitelendiren görüş için bkz. Kavak, s. 74.

ve hakkı devreden veya borç altına giren tarafın imzasını içeren yazılar, adi yazılı şekil şartını yerine getirir<sup>44</sup>. Adi yazılı şekilde, irade beyanının düzenlenmesi için resmi bir makama ihtiyaç bulunmadığı gibi imzanın onanması da aranmaz.

Resmi şekil, kanun tarafından resmi şekli gerçekleştirmek için görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş resmi memurlar tarafından kanunda düzenlenen usule göre gerçekleştirilen şekil olarak tanımlanmaktadır<sup>45</sup>. Resmi şekil içerik itibarıyla adi yazılı şekilde olduğu üzere, metin ve imzadan oluşmakla birlikte; şekil şartının resmi bir makam tarafından gerçekleştirilmesi bakımından adi yazılı şekilden ayrılır<sup>46</sup>. Türk Hukuku'nda resmi senet düzenleme yetkisi, kural olarak, noterlere aittir (NK md. 60/f.1/b.2). Yabancı ülkelerde ise, bu yetki konsolosluklar tarafından kullanılır (NK md. 191). Öte yandan, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin borç sözleşmelerini düzenleme ve resmi şekil şartını yerine getirme yetkisi münhasıran tapu sicil müdürleri ve tapu sicil görevlilerine verilmiştir (TK md. 26). Öte yandan, noterler taşınmaz satış vaadi ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini düzenleme yetkisini haizdirler (TK md. 26/f.7). Resmi şekle tabi sözleşmeler arasında; taşınmaz satım sözleşmeleri (TBK md. 237), mal rejimi sözleşmeleri (TMK md. 205) ve tescil edilmiş motorlu kara araçlarının devrine ilişkin sözleşmeler (KTK. md. 20/f.1/b.2/d alt bendi) örnek olarak gösterilebilir<sup>47</sup>.

Resmi şeklin kapsamı bakımından iki husus tartışmalıdır. Tartışmalı hususlardan ilki, noterde onama şeklinde yapılan hukuki işlemlerin, resmi şeklin kapsamına dâhil olup olmadığına ilişkindir. Bir görüşe göre; noterde onama şeklinde yapılan sözleşmeler de resmi şekle dâhildir<sup>48</sup>. Diğer bir görüş ise; hukuki işlemde taraflara ait imzanın noter tarafından onanmasının, resmi şeklin kapsamına girmediği yönündedir<sup>49</sup>. Bu görüşe katılan yazarlardan *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, noterde imzaların onanmasını ayrı bir başlıkta inceleyerek; “*resmi bir onamaya (tasdike) bağlı yazılı şekil*” olarak adlandırmaktadırlar<sup>50</sup>.

Resmi şeklin kapsamına ilişkin tartışmalı olan ikinci husus ise; resmi sicillere tescil ve ilan, resmi şeklin kapsamına dâhil olup olmadığı konusudur. Bu konu-

<sup>44</sup> *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 113.

<sup>45</sup> *Altaş*, s. 78; *Kocayusufpaşaoğlu*, §25, Nr. 10; *Oğuzman/Öz*, s. 153; *Eren*, s. 283; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 126; *Tuğ*, s. 35, 64; *Kavak*, s. 36. Ayrıca bkz. *Nomer*, Nr. 77.

<sup>46</sup> *Altaş*, s. 79; *Eren*, s. 283.

<sup>47</sup> Resmi şekle tabi sözleşmelerin tam bir listesi için bkz. *Nomer*, Nr. 79.

<sup>48</sup> *Kocayusufpaşaoğlu*, §27, Nr. 4;

<sup>49</sup> *Oğuzman/Öz*, s. 155; *Eren*, s. 283; *Nomer*, Nr. 77. *Tuğ*; konuya ilişkin açık görüşünü belirtmemekle birlikte, noterde onama yoluyla senede resmi nitelik kazandırılmasının sağlamlığının, düzenleme şeklinde yapılan işlemlere göre daha az olduğunu belirtmektedir, *Tuğ*, s. 75, 76.

<sup>50</sup> *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 121. Aynı yönde, *Yıldız*, s. 113. Aynı yönde, anasözleşme ve ticaret şirketleri sözleşmeleri yönünden *Bahtiyar, Mehmet*: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. s. 58-59. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 67.

da, doktrinde üç farklı görüş bulunduğu ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Doktrinde bir görüş, tescil ve ilanı da resmi şeklin içinde kabul etmektedir<sup>52</sup>. Aksi görüşü savunan yazarlara göre, tescil ve ilan, dar ve teknik anlamda şeklin kapsamı dışında kalmaktadır<sup>53</sup>. Üçüncü bir görüşe göre ise; tescilin kurucu nitelik taşıdığı tapu sicili gibi siciller yönünden, tescil ve ilan şekil niteliği taşımaz iken; tescilin bildirici nitelik taşıdığı haller yönünden<sup>54</sup> tescil ve ilan şekil niteliği taşımaktadır<sup>55</sup>.

## II- Adi Ortaklık Sözleşmesi

### A. Genel Olarak

Uygulamada en sık karşılaşılan ortaklıklardan biri olan adi ortaklık, TBK'nın

<sup>51</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altaş**, s. 80-81.

<sup>52</sup> **Eren**, s. 286.

<sup>53</sup> **Altaş**, s. 80; **von Tuhr/Peter**, s. 235; **Kocayusufpaşaoğlu**, §25, Nr. 3. *Kocayusufpaşaoğlu*, tapu kütüğüne yapılan tescilin, şekil değil; geçerlilik yönünden esas şartı teşkil ettiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca bkz. **Kavak**, s. 40-41. Yazar, birlikte veya ayrı ayrı tescil ve ilanı öngörülen bazı hukuki işlemlerin, bu şartlar gerçekleşmedikçe geçerli olmayacaklarını belirtmektedir. Krş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 125. *Burcuoğlu*; resmi tescilin, resmi onamaya bağlı yazılı şekil ile resmi şekil arasında yer aldığını belirtmektedir.

<sup>54</sup> Ticaret siciline tescil, kural olarak bildirici niteliktedir. Bu görüş; ticaret siciline tescilin bildirici nitelikte olduğu hallerde, tescil ve ilanın şekil niteliği taşıdığı sonucuna ulaşmaktadır. Öte yandan; ticaret siciline tescilin, istisnaen kurucu nitelikte olduğu haller de bulunmaktadır. Söz konusu haller; ticari işletme rehni sözleşmesinin kurulması, işletme adı ve ticaret unvanının özel olarak korunması, ticaret ortaklıklarının korunması, ticaret ortaklıklarında yapısal değişiklik kararları, anonim ortaklıklarda kuruluşun sonradan devralmaya ilişkin sözleşmelerin geçerli olması, anonim ortaklıklarda anasözleşme değişiklikleri ve sermaye artırımlarının üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmasıdır. **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 179. TTK'da, hangi hususların sicile kaydının gerekli olduğu genel bir hükümlerle toplu bir şekilde düzenlenmemiş, TTK ve diğer kanunlarda yeri geldikçe tescil veya tescil ve ilanı gereken hususlardan bahsedilmiştir. BK 547, TTK, m. 40, TTK m. 107/2, TTK m. 179/4. Hangi hususların ilan edileceği konusunda da genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanun bazı maddelerinde yalnızca tescilden, bazılarında tescil ve ilandan bahsetmiştir. Hükümler bu haliyle değerlendirildiğinde, sanki bazı durumlarda yalnızca tescil, bazı durumlarda tescil ve ilanın gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa TTK m. 35/3'de tescil edilen hususların Kanun veya Yönetmelikte aksine bir hüküm olmadıkça ilan olunacağı ifade edilmiştir. ETK döneminde, hükmün karşılığı olan m. 37/3'de ise "İlana tabi tescil ve kayıtlar kanun veya nizamnamede aksine bir hüküm bulunmadıkça aynen ilan olunur" denilmektedir. Hükmün gerekçesi iki düzenleme arasında bir farklılık bulunmadığını belirtmekte ise de, aslında önemli bir değişiklik getirmektedir. ETK'deki düzenleme ilanı gerekli hususların hangi kapsamda ilan edileceğine bir açıklık getirmekte iken, TTK m. 35/3 tescil edilen her hususun kural olarak ilan da edileceğini belirtmektedir. Bu nedenle kanunun bazı maddelerinde yalnızca tescilden, bazı maddelerinde ise hem tescil hem ilandan bahsedilmesi yorum ve uygulama sorunlarına yol açabilecektir. Konuya ilişkin haklı tespit ve değerlendirmeler için bkz. **Bahtiyar, Mehmet**: 6102 Sayılı TTK'da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (m. 35/3), RE-GESTA, Y. 2013, S. 2, s. 3-14.

<sup>55</sup> **Merz, Hans**, Vertrag und Vertragsschluss, Fribourg, 1992, Nr. 176-177 (**Altaş**, s. 80'den naklen). Aksi yönde, **Yıldız**, s. 121.



620 ila 645. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için kuruluşu da oldukça kolaydır<sup>56</sup>. Her ortaklık tipinde olduğu üzere, adi ortaklığın kuruluşu da bir sözleşme ilişkisine dayanmaktadır.

TBK m. 620'de, adi ortaklık sözleşmesi, “iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme” olarak tanımlanmıştır<sup>57-58</sup>.

Doktrinde verilen bu tanım yalnızca adi ortaklık için değil; tüm ortaklıklar için geçerli olan unsurları bünyesinde taşıyan bir ortaklık sözleşmesi tanımı olarak da kabul edilmektedir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> “*Dava, kesinleşmiş icra takibinden kaynaklanan temerrüt sebebiyle tahliye istemine ilişkindir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620.maddesine göre ( mülga 818 Sayılı BK'nun 520. maddesi ), adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti de yoktur. Bu nedenle, icra takibinde adi ortakların ayrı ayrı gösterilmesi ve ayrı ayrı ödeme emri tebliği gerekmektedir. Takip dosyasının incelenmesinde, takip talebi ve ödeme emrinde adi ortaklığı oluşturanlar ayrı ayrı gösterilip, kendilerine ödeme emri tebliğ edildiğine göre bu şekilde takip yapılmasında herhangi bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Mahkemece, işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir*”. Yargıtay 6. HD., E. 2014/7258, K. 2014/9214, T. 09.07.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2015.

<sup>57</sup> Hükümün İsviçre Hukukundaki karşılığı OR Art. 530 ise, “şirket, iki ya da daha fazla kişinin, ortak güç veya araçlarını ortak bir amaca ulaşmak üzere sözleşmesel bir şekilde birleştirmeleridir” şeklindedir. “Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln”. Ayrıca bkz. **Barlas, Nami**: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2012, s. 12, dn. 16.

<sup>58</sup> “*Dava, adi ortaklık sözleşmesi gereğince ödenmeyen kar payı alacağı talebine ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişkinin ortaklıklar olarak kabul edilebilmesi için sözleşme, sözleşmeyi yapacak kişiler, sermaye payı, ortak amaç ve işbirliği unsurları bulunmalıdır. Taraflar arasında düzenlenen sözleşme; bu açıklamalar ışığında adi ortaklığın unsurlarını taşımamaktadır. Bu nedenle, mahkemece bilirkişi raporuna itibar edilerek taraflar arasında sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olarak kabulü ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Mahkemece taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre davacının alacağı miktar, uzman bilirkişi kurulundan Yargıtay denetimine uygun rapor alınarak belirlenmeli ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir*”. Yargıtay, 3. HD., E. 2015/9468, K. 2015/14079, T. 7.9.2015; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2015.

<sup>59</sup> Eski Borçlar Kanununun 520. maddesi de “şirket bir akiddir ki, onunla iki veya daha ziyade kimseler, saylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ederler” şeklinde idi. Bu dönemde de tanımın genel olarak ortaklık sözleşmesini de kapsadığı yolunda genel olarak bkz. **Arslanlı, Halil**: Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1960, s. 78; **Şener, Oruç Hami**: Adi Ortaklık, Ankara 2008, s. 1. Eski tanımın şirket şeklinde başladığı ve genel olarak ortaklıkları tanımladığı izlenimini verdiği, oysa yeni metnin adi ortaklıkla başladığı ve tanımı sadece adi ortaklığa özgülediği yolunda **Kürşat, Zekeriya**: Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İÜHFİM, C. LXX, S. 1, 2012, s. 303. Ancak, yeni Kanunda ilgili hükmün adı şirket sözleşmesi ibaresi ile başlaması kanımızca varılan sonucu değiştirmeyecektir. BK'da yapılan bu tanımdan hareket edilerek, ortaklığın unsurlarının genel olarak kişi, sözleşme, sermaye, ortak amaç ve ortak amaca ulaşmak için eşit ve aktif biçimde çaba gösterme (affection societatis) olarak belirlenmesi ve her bir şirket türünün özellikleri dikkate alınarak incelenmesi mümkündür. **Bahtiyar, Mehmet**: Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler-Soru Örnekleri, İstanbul 2015, s. 13-20.

İki kişi ile kurulan adi ortaklıklar bir tarafa bırakılacak olursa, çok tarafın<sup>60</sup> irade beyanı ile kurulan ve tarafların tamamına sermaye koyma borcu yükleyen adi ortaklık sözleşmelerinin kendine özgü niteliğe sahip oldukları söylenebilecektir.<sup>61</sup>

Borçlar Kanununun genel hükümlerinin ortaklık sözleşmelerine uygulanıp uygulanmayacağı; uygulanacaksa ne oranda uygulanabilir olduğunun tespit edilmesi için ise, adi ortaklık sözleşmelerinin temel nitelikleri ve farklılıklarının belirlenmesi gerekmektedir. Adi ortaklık sözleşmeleri de diğer ortaklık sözleşmeleri gibi, ifa süresi bakımından sürekli borç doğuran sözleşmeler kapsamında değerlendirilmektedir<sup>62</sup>. Bu tip sözleşmelerde taraflardan her biri borç altına girmekle birlikte, tarafların edimleri arasında bir değişim ilişkisi bulunmamaktadır. Zira bu sözleşmenin tarafları ortak bir amacı gerçekleştirmek için sözleşmeyi kurmaktadır<sup>63</sup>. Bu nedenle, ortaklık iliş-

<sup>60</sup> Ortaklık sözleşmesinin yapısı nedeniyle sözleşmeye katılan kişilerin durumlarının diğer sözleşmelere göre farklılık gösterdiği; bu nedenle de bu kişilerin nitelendirilmesinde ortaklar, kurucular, iştirakçiler, sermayedarlar gibi ifadelerin kullanılması gerektiği yolunda bkz. **Mimarçoğlu, Sait Kemal**: Ticaret Hukuku, C. II, Ticaret Ortaklıkları Hukuku, Ankara 1972, s. 38, 51. Kanımızca, Bahtiyar'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere, bir hukuki işleme katılan kişiler taraf olarak nitelendirildiği için ortaklık sözleşmelerine katılan kişilerin de diğer borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, taraf olarak nitelendirilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. **Bahtiyar, Anasözleşme**, s. 72, dn. 53.

<sup>61</sup> Çok taraflı sözleşme ifadesi için bkz. **Domanıç, Hayri**: Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988, s. 71; **İmregün, Oğuz**: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), İstanbul 2005, s. 155; **Bahtiyar, Anasözleşme**, s. 64. Doktrinde Barlas, çok taraflı sözleşme kavramının borç sözleşmelerinin sınıflandırılmasında hiç yer almaması gereken yapay bir kavram olduğunu, bu nedenle de adi ortaklık sözleşmesinin nitelendirilmesinde kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir. Yazar, adi ortaklık sözleşmesinin tam veya eksik iki taraflı bir akit olmadığını vurgulamak için çok taraflı sözleşme kavramının yaratılması ve buna başvurulmasının gerekli olmadığını savunmaktadır. **Barlas**, s. 66. Bahtiyar ise, sözleşmenin kurulması için varlığı zorunlu olan asgari irade beyan sayısının bu kavramın kullanılmasını gerektirdiğini belirtmektedir. **Bahtiyar, Anasözleşme**, s. 64, dn. 22. Karşılıklı sözleşmelerde iki tarafın beyanı zorunlu olup, kişi sayısı artsa bile iki taraflılık devam etmektedir. Buna karşın; ikiden fazla kişi ile kurulabilen ortaklık sözleşmeleri ancak tüm kurucu ortakların irade beyanları ile kurulabilir. Bu sözleşmelerde tüm ortaklar borç altına girdiği için, ortaklık sözleşmeleri çok taraflı sözleşme niteliğini taşımaktadır. **Bahtiyar, Anasözleşme**, s. 64, dn. 22.

<sup>62</sup> **Şener**, s. 13-14; **Karayalçın, Yaşar**: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973, s. 42. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bahtiyar, Anasözleşme**, s. 64-67. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, adi ortaklık sözleşmesinin iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşme olduğunu, bu durumda da ortaklığın tarafları arasında bir takım hak ve borçların yükümlenildiğinin kabuk edilmesi gerektiğini belirtmiş ve adi ortaklık sözleşmesini borç doğuran bir sözleşme olarak nitelendirmiştir. Yargıtay, 3. HD., TE. 2014/3157, K. 2014/6815, T. 5.5.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2015.

<sup>63</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 54, 59. Buna göre, ortaklık ilişkisinde her ortağın amacı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi karşı taraftan bir alacak hakkı kazanmak değil, aksine ortak amacı gerçekleştirebilmek için edimlerin birleştirilmesidir. **Karayalçın, Şirketler**, s. 64; **Arslanlı, Halil**: Şirket Mukaveleleri ile Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçüler, İHFM 1945, C. XI, S. 3-4, s.133, **Bahtiyar, Anasözleşme**, s. 65. Adi ortaklık sözleşmesi açısından ayrıca bkz. **Doğanay, Ümit Yaşar**: Adi Şirket Akdi, İstanbul 1968, s. 24 vd.

kisinde edimler arasında bir karşılıklılık olmadığı gibi, bir denklik bulunması da gerekmemektedir<sup>64</sup>. Edimler ortak amacın gerçekleştirilebilmesi için adeta bir araç niteliğindedir. Oysa, karşılıklı sözleşmelerde her bir tarafın amacı karşı edime ulaşmak olduğu için edimler ilk plandadır. BK'nın genel nitelikteki hükümleri, özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin düzenlemeleri ortaklık sözleşmelerine, anılan hususlar dikkate alınarak, ancak adil oldukları durumlarda uygulanmalıdır<sup>65</sup>.

## B. Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil

### 1. Kural: Şekil Serbestisi

Adi ortaklık sözleşmesi temelinde bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu için borçlar hukukunun ana ilkesi gereği, her bir ortağın irade beyanının diğer ortakların tamamına yöneltilmesi ve son ortağın irade açıklamasının diğer ortaklara ulaşması ile taraflar arasında sözleşme kurulmuş olacaktır<sup>66</sup>. TBK'da adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği için herhangi bir koşul öngörülmemiştir<sup>67</sup>. Bu nedenle, TBK m. 12 uyarınca adi ortaklık sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Sözleşme sözlü olarak yapılabilir<sup>68</sup>. Hatta, adi ortaklık sözleşmesinin söze bile gerek kalmadan, örtülü irade beyanı veya iradeyi ortaya koyan davranışlarla dahi kurulabilmesi müm-

<sup>64</sup> Bu yönde bkz. **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 65; **Arslanlı**, Tefrika Yarayan Ölçüler, s. 133-134.

<sup>65</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, s. 15-20. İsviçre Hukukundaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Fellmann, Walter/Müller, Karin**: Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/8, Bern 2006, N. 66-110.

<sup>66</sup> **Arslanlı**, s. 37; **Barlas**, s. 66.

<sup>67</sup> **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 1515. Ticaret şirketlerinde ise şirket sözleşmesi/anasözleşme resmi onamaya bağlı yazılı şekle tabidir. Bu yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 125; **Bahtiyar**, Anasözleşme, s. 58-59. Buna göre; şirket sözleşmesi/anasözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı olması, kurucularca imzalanması ve imzaların noterce onaylanması gerekir. Kollektif şirketler için bkz. TTK m. 212; komandit şirketler için bkz. TTK m. 305, TTK m. 212; anonim şirketler için bkz. TTK m. 339; limited şirketler için TTK m. 575; kooperatifler için Koop. K. m. 2. Noterlik Kanunu m. 90'a göre; "hukuki işlemlerin altındaki imzanın onaylanması imzayı atan şahsa ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi şeklinde yapılır". Noter tarafından yapılan imza onaylaması imzaların sıhhatine ilişkin olup, imzalanan belgenin içeriğini kapsamamaktadır (Noterlik Kanunu m. 82/III).

<sup>68</sup> **Şener**, s. 21; **Pulaşlı, Hasan**: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, İstanbul 2014, s. 21. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda "..... *uyuşmazlık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 620 ve devamı maddelerinde (818 sayılı Borçlar Kanununun 520 vd. md.) düzenlenen adi ortaklıktan kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, taraflar arasındaki adi ortaklığa ilişkin yazılı bir sözleşme mevcut değilse de, ortaklığın kurulabilmesi için yazılı şekil gerekli olmayıp, bu husus ispat bakımından değerlendirilmelidir. Bu durumda; davacı, davalı ile dava konusu inşaatı ortak yaptığı şeklindeki adi ortaklık ilişkisini tanık dahil her türlü delille kanıtlama hakkına sahiptir*" diyerek, sözleşmenin geçerliliği için herhangi bir koşul öngörülmediğini belirtmiştir. Yargıtay 3. HD, E. 2013/21392, K. 2014/6953, T. 06.05.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2015.

kündür<sup>69</sup>. Nitekim, Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda; “*Adi ortaklık; bir yönüyle borç sözleşmesi olmasının yanı sıra, bir yönüyle de ortak bir gayenin yerine getirilmesini amaçlayan sosyal bir birliktir. Kanun adi ortaklık ilişkisinin kurulması için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Nitekim doktrinde de sözleşmesel ilişkinin kurulması ile ilgili olarak “Diğer sözleşmelerde olduğu gibi, adi ortaklık sözleşmesi de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur...Kanun ortaklık sözleşmesinin geçerliliğini şekle bağlamamıştır.”* denilmiştir (Yavuz/Özen/Acar, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2007, s.910). Aynı şekilde doktrinde, “*Kanun, adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliğini özel bir şekil şartına tabi tutmamıştır. Bu nedenle TBK m. 12/f.l’de ifadesini bulan ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümü olan şekil serbestisi prensibi karşısında adi ortaklık sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlı olmadan, sözlü olarak da kurulabileceği, hatta bazen söze bile gerek kalmadan iradeyi ortaya koyan davranışlarla zımnen de oluşturulabileceği sonucuna varılmak gerekir.*” denilmektedir. Keza ortakların iradelerinin aynı anda açığa vurulmuş olması da gerekmez (Yavuz/Özen/Acar, a.g.e., İstanbul 2007, s.910)” diyerek, adi ortaklık sözleşmelerinin de iradeyi ortaya koyan davranışlarla, zımnen de kurulabileceğini kabul etmiştir<sup>70</sup>.

Adi ortaklık kanunen şekle bağlı olan işlemleri gerçekleştirmek üzere örneğin taşınmaz alım satımı yapmak amacı ile kurulacak olsa bile, bu durum adi ortaklık sözleşmesinin şekle bağlı olması zorunluluğunu doğurmaz<sup>71</sup>.

Bununla birlikte, Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı ile İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ’in<sup>72</sup> 3. maddesine göre, “*Tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerinin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunmayan ortaklıklar aracılığıyla işletilen ticarî işletmeler talep edilmesi hâlinde ticaret siciline tescil edilir. Bu şekilde ticaret siciline tescili istenilen tüzel kişiliği olmayan ortaklıklar aracılığıyla işletilen ticarî işletmelerin, ticaret siciline tescilinin istenebilmesi için söz konusu ortaklığa ilişkin sözleşmenin yazılı olarak hazırlanması ve notere onaylatılması zorunludur*”. Aynı Tebliğ uyarınca sözleşmede bulunması gereken unsurlar şunlardır (m. 3/3).

<sup>69</sup> Doğanay, s. 71; Barlas, s. 70. İsviçre Hukuku’nda aynı yönde, Meier- Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern, 2007, §12, Nr. 77; Fellmann/ Müller, Art. 530, Nr. 441, 533.

<sup>70</sup> Yargıtay 3. HD., E. 2014/6556, K. 2014/9344, T. 10.06.2014; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2015.

<sup>71</sup> Barlas, s. 73; Şener, s. 21-22; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 27.

<sup>72</sup> İç Ticaret 2009/2, RG. T. 01.04.2009, S. 27187. Tebliğe ilişkin ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme için bkz. Yongalık, Aynur, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın “Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı ile İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ”i (İç Ticaret: 2009/2) Hakkında Hukuki Değerlendirme, BATİDER, C. XXV, S. 3, s. 69-86.

- Ortaklığa ilişkin tarafların ticaret unvanları, merkez adresi, temsil ve ilzama yetkilileri,

- Ortaklığın açık olarak bir ticarî işletme işletmek üzere oluşturulduğu ve bu hususa konu ticarî işletmenin unvanı, adresi, amaç ve konusu, herhangi bir süre ile kurulmakta ise bu süre,

- Ortaklığa konu ticarî işletmenin kimler tarafından temsil edileceği, pilot veya lider ortağın kim olduğu ve gerekli görülecek diğer hususlardır. Ayrıca, sosyal güvenlik, vergi ve kamu ihale mevzuatı gibi ilgili mevzuat gereği aranılan diğer şartlar bu sözleşmede açıkça gösterilir.

Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere söz konusu Tebliğ hükmü ile kanuna aykırı şekilde bir geçerlilik şekli öngörülemez. Bu nedenle, sözleşmenin yazılı olması ve notere onaylatılması şartı, yalnızca tüzel kişiliği haiz ticaret şirketleri tarafından ticari işletme işletmek amacıyla kurulan adi şirketlerin işletecekleri ticari işletmelerin sicile tescil edilebilmeleri bakımından aranmalıdır<sup>73</sup>.

ETK döneminde Karayalçın, adi şirketlerin geçici ilişkiler için elverişli bir şirket tipi olduğundan yola çıkarak devamlılık unsurunun bulunduğu ticari işletmenin adi ortaklık çatısı altında işletilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir. Yazara göre; kişi ortaklıklarından yalnızca kollektif ve adi komandit şirket ticari işletme işletebilir (TTK m. 214, eTK m. 156, TTK m. 305, eTK m. 244). Kollektif veya adi komandit şirket sözleşmesi şekil ya da içerik olarak geçersiz olursa, şirket adi şirket sayılacaktır. Yazara göre; TTK m. 12'de, (eTK m. 14) geçen, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa/ kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişi, ifadesindeki "kısmen de olsa ibaresi" ile ticari işletmeyi adi ortak sıfatıyla işleten kişinin kastedildiği durum yalnızca bu istisnai hale özgüdür<sup>74</sup>.

Kanımızca doktrinde de baskın olarak kabul edildiği üzere, sürekli ilişkiler için de kurulması mümkün olan adi ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>75</sup>. Bu durumda, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, ticari işletmeyi işleten kişilerin her biri kendileri tacir sıfatına sahip olacak; her bir ortak söz konusu ticari işletmeyi kendi adına ayrı ayrı ticaret siciline tescil

<sup>73</sup> Bu yöndeki haklı tespit için bkz. **Barlas**, s. 73; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 27, dn. 38.

<sup>74</sup> **Karayalçın**, s. 182.

<sup>75</sup> *Poroy/Tekinalp*, adi ortaklığın bazı fonksiyonlarının gerçekten de geçici nitelikte olduğunu belirtmekle beraber, devamlı nitelikte olan fonksiyonlarının daha fazla olduğunu vurgulayarak devamlı-geçici ayrımının çok isabetli sonuçlara götürmeyeceği sonucuna varmaktadır. Gerçekten de ticaret ortaklıkları da belirli bir amaç için kurulup, bu amaca ulaştıklarında sona erebilirler. **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin**: Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, N. 73. Yazarlar bu nedenle, geçicilik temeline dayanarak adi ortaklığın ticari işletme işletemeyeceğini savunan ve ETK m. 14/1'i buna göre yorumlayan Karayalçın'ın görüşüne de katılmadıklarını ifade etmektedirler. **Poroy/Tekinalp**, N. 73.

ettirecek<sup>76</sup> ve tacir olmanın tüm sonuçlarına tabi olacaktır. Zira TTK m. 12 (ETK m. 14)'de yer alan “kısmen de olsa kendi adına işletmek” ifadesi ile kastedilen genel olarak tüzel kişiliği olmaması nedeniyle ticari işletme işletmek amacıyla kurulan adi ortaklığın ortaklarıdır. Bu durumda adi şirketin ortaklarından her biri ticari işletmeyi kısmen kendi adlarına kısmen de diğer ortaklar adına işletmektedir<sup>77</sup>. *Bahtiyar*, adi şirkette ortaklar arasındaki mülkiyet ilişkisinin kural olarak elbirliği mülkiyeti olması nedeniyle teknik açıdan kısmen de olsa kendi adına işletmek ifadesinin hatalı olduğunu, bunun yerine hükümde “kendi adına veya adi şirket ortağı sıfatıyla” denilmesinin daha doğru olacağını haklı olarak belirtmiştir<sup>78</sup>.

## 2. İstisnalar

### a. İradi Şekil

Taraflar adi ortaklık sözleşmesinin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmış iseler, BK m. 17/2 gereğince sözleşmenin anılan şekle uygun olarak yapılması gerekir. Aksi halde sözleşme geçersiz olur ve tarafları bağlamaz. Zira bu durumda kararlaştırılan şekil kural olarak geçerlilik şeklidir. Eğer kararlaştırılan şeklin yalnızca bir ispat şekli olduğu iddia ediliyorsa, bunu iddia eden ispat külfeti altındadır<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Doktrinde tüzel kişiliği olmayan adi şirketin ticari işletme işletmesi halinde, ortakların tek bir ticaret unvanı seçip seçemeyeceklerinin tartışılacağı belirtilmektedir. ETK döneminde TST m. 18/III hükmü ancak ticaret şirketlerinden birisinin olması durumunda ticaret unvanında birden çok gerçek kişinin adının yer almasına olanak tanımaktaydı. Buna göre, o adi şirket ortaklarından her biri kendisi tacir sayılacağından ayrı ayrı birer ticaret unvanı seçmeleri ve yanına da üçüncü kişilerin yanılmalarının önüne geçmek amacıyla ortakları ibaresini koymaları gerektiği kabul edilmekteydi. TST yerine kabul edilen TSY'de benzer bir düzenleme yer almamakla birlikte, aynı sonucun bugün içinde kabulü mümkündür. Bu yöndeki tespit için bkz. **Arkan**, s. 263; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 116-117. Gerek İsviçre gerek Türk öğretisinde adi ortaklığın bir unvana sahip olabileceğinin savunulduğu yönünde bkz. **Poroy/Tekinalp**, N. 74.

<sup>77</sup> Genel olarak bkz. **Ansay, Tuğrul**: Adi Şirket Ortakları Tacir Midir? Ortakların Ticaret Unvanı-Defter Tutma, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1968-25-03-04/AUHF-1968-25-03-04-Ansay.pdf>, s. 265, Erişim Tarihi, 18.10.2015; **Şener**, Adi Ortaklık, s. 174-175; **Barlas**, s. 35; **Domanıç, Şirketler**, s. 74; **Arkan, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015, s. 117; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 88. İsviçre Hukuku'nda; kanun koyucunun, adi ortaklığı büyük ekonomik riskler almak için ve ticari işletme işletmek için düzenlemediği kabul edilmekte olup; gerçek kişilerin ortağı olduğu adi ortaklıklar, ticari işletme işletmeleri halinde, kendiliğinden kollektif ortak sayılacağı belirtilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ticari işletmeler ve ticaret ortaklıkları için tescil yükümlülüğü düzenlenmesine karşılık, adi ortaklıklar için böyle bir yükümlülüğün düzenlenmemesinden yola çıkan görüşe göre, ticari işletmelerin adi ortaklıklar tarafından işletilmesi dolaylı olarak yasaklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, §4, Nr. 50-52, §12, Nr. 6-7, 27-28.

<sup>78</sup> **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 88.

<sup>79</sup> Genel olarak bkz. **Barlas**, s. 71; **Doğanay**, s. 71.

## **b. Sermaye Payı Taahhüdünün Türü Gereği Şekle Tabi Olma**

### **aa. Genel Olarak**

Adi ortaklık sözleşmesinde geçerli olan şekil serbestisi kuralının bir diğer istisnası, adi ortaklığa tapuya kayıtlı bir taşınmaz veya devri özel şekle bağlanmış bir hakkın sermaye olarak getirilmesidir. Bu durumda, iki olasılık akla gelebilir. Bunlardan ilki sözleşmenin bütününün ilgili şekle tabi olması; diğer olasılık ise yalnızca sözleşmenin sermaye taahhüdüne ilişkin kısmının kanunen öngörülen şekle uygun olarak düzenlenmesidir.

### **bb. Devri Özel Şekle Bağlı Unsurların Özellikle Tapuya Kayıtlı Taşınmazların Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüt Edilmesi Durumunda Adi Ortaklık Sözleşmesinin Şekli**

Şener, taşınmazların ortaklığa sermaye olarak getirilmesi durumunda, şirket sözleşmesinin sadece sermaye payı ile ilgili maddesinin resmi şekilde yapılmasının yeterli olacağını, sadece sermaye maddesinin şekle bağlı olarak düzenlenmesiyle, şekil şartı ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirildiğini, sözleşmenin tamamının şekle bağlı tutulmasının ise taraflar bakımından gereksiz masrafa ve düzenleyen merci bakımından da zaman kaybına neden olacağını belirtmektedir<sup>80</sup>.

Pulaşlı, “Adi şirket kurulurken ortaklardan biri sermaye olarak şirkete taşınmaz mal koyuyorsa, adi şirket sözleşmesinin MK m. 706 uyarınca, resmi şekilde yapılması zorunludur. Aksi halde, sözleşme geçerli olmaz. Aynı şekilde, paylı mülkiyet şeklindeki taşınmaz üzerindeki payın adi ortaklığa sermaye olarak konulması halinde de, resmi şekil zorunluluğu” nun söz konusu” olacağını belirtmektedir<sup>81</sup>.

Barlas’a göre; “Keza, ortaklık sözleşmesinde, geçerliliği kanunen şekle tabi bir taahhüt yer alıyorsa, ortaklık sözleşmesi de o şekle uyularak yapılmalıdır. Bu noktada özellikle anılması gereken haller şunlardır: Katılma payı olarak ortaklardan biri, ortaklığa maliki bulunduğu bir taşınmazın mülkiyetini getirmeyi taahhüt ediyorsa, mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmeler, resmi şekle tabi tutan MK m. 706f.1 (ZGB Art. 657) hükmü uyarınca, ortaklık sözleşmesi de zorunlu olarak resmi şekilde yapılmak gerekecektir”.

Konuyu özel olarak inceleyen Tutumlu, adi ortaklık sözleşmesinin tümünün mü, yoksa yalnızca taşınmaz taahhüdüne ilişkin kısmının mı resmi şekilde yapılması gerektiğine ilişkin hususun doktrinde tartışmalı olduğunu, hakim olan görüşün ise, adi ortaklık sözleşmesinin taşınmaz taahhüdüne ilişkin kısmının resmi şekilde yapılmış olmasının yeterli olduğunu belirterek; “Maddi hukuk açısından bir taşınmazın katılma payı olarak adi ortaklığa borçlanılması ortaklık sözleşmesinin sadece taşınmazla

<sup>80</sup> Şener, s. 25.

<sup>81</sup> Pulaşlı, s. 23.

ilgili kısmının resmi şekilde yapılması gerekli ve yeterlidir. Usul hukuku açısından; bir taşınmazın sermaye payı olarak getirildiği adi ortaklık ilişkisinde, (ortaklar arasında) doğacak uyumsuzluklarda adi ortaklığın resmi şekil dışında örneğin tanıkla ispatı mümkün olmayacaktır. Bu da hak kaybına yol açabilecektir. Bu bakımdan (zorunlu olmakla birlikte) sözleşmenin tümünün resmi şekilde yapılması, ortaklar açısından büyük yararlar sağlayacaktır” sonucuna varmıştır<sup>82</sup>.

Poroy/Tekinalp, “Şekil serbestisinin bir sınırını şekle bağlı bir işlemin AdO sözleşmesinde yer alması oluşturur. Mesela bir alacağın ya da bir markanın veya patentin yahut endüstriyel tasarımın devri veya lisans verilmesi gibi bir işlem adi ortaklık sözleşmesinde öngörülmüşse anılan işlemin geçerli olması için yazılı olarak yapılması veya gayrimenkul satış vaadinde bulunulmuşsa bunun noter düzenlemesi şeklinde gerçekleştirilmesi gerekir. Ölüme bağlı bir tasarruf söz konusu ise, mezkur tasarrufun şekline uyulmalıdır... Araç devrini içeren AdO sözleşmesi, 2918 sayılı kanununun 20. maddesi gereğince noterce yapılmalıdır” şeklinde görüş bildirmiştir<sup>83</sup>.

Yavuz/Acar/Özen konuyla ilgili olarak “Kanun, ortaklık sözleşmesinin geçerliliğini şekle bağlamamıştır. Ancak tarafların katılma payı olarak devri şekle bağlı bir hakkı borçlanmaları halinde, ortaklık sözleşmesi şekle tabi olacaktır. Örneğin ortaklardan birinin katılma payı olarak taşınmaz getirmesi ya da bir alacağın temlikinin borçlanılması durumunda bu hakların devrinin tabi olduğu şekilde ortaklık sözleşmesinin gerçekleştirilmesi lazım gelecektir” şeklinde görüş bildirmişlerdir<sup>84</sup>.

Bilgili/Demirkapı’ya göre; “Adi şirket sözleşmesinin getirilen sermaye türüne bağlı olarak bazen istisnai olarak belirli bir şekle tabi olarak yapılması gerekebilir. Örneğin şirkete taşınmaz veya motorlu taşıt sermaye olarak konuluyorsa resmi yazılı şekil; bir telif hakkı getiriliyorsa adi yazılı şekil kuralına uyulması gerekir. Aynı şekilde örneğin bir marka sermaye olarak adi şirkete konuluyorsa adi yazılı şekil gerekir”<sup>85</sup>.

Moroğlu ise konuya ilişkin görüşünü; “Âdi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği belli bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak, sermaye payı olarak “devri şekle bağlı” bir mal veya hak taahhüt ediliyorsa, ortaklık sözleşmesinin ilgili hükmünün bağlayıcı olabilmesi için bu şekle uygun olması gerekir. Örneğin, âdi ortaklık sözleşmesinde sermaye olarak bir alacağın konulması halinde bu sermaye taahhüdünün geçerli olması için yazılı şekilde yapılması (BK md. 163/I); bir taşınmazın veya üzerindeki bir ayni hakkın konulması taahhüdünün geçerliliği için de bunun resmi şekilde yapılması zorunludur” ifadeleriyle açıklamaktadır<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> **Tutumlu, Mehmet Akif:** Adi Ortaklıkta Bir Taşınmazın Ortaklık Payı Olarak Taahhüt Edilmesinde Biçim Koşulu, TNotBirD., Y. 1990, S. 66, s. 33.

<sup>83</sup> **Poroy/Tekinalp,** N. 75.

<sup>84</sup> **Yavuz/Acar/Özen,** s. 1515.

<sup>85</sup> **Bilgili/Demirkapı,** s. 22.

<sup>86</sup> **Moroğlu, Erdoğan:** Ders Notu, Adi Şirkete Dair (2001 yılından önce hazırlanmış ve yayınlanmamış ders notları), Makaleler, İstanbul 2010, s. 762-763.



*Bahtiyar*; ortaklığa, tapuya kayıtlı bir taşınmaz veya devri kanunda özel şekle bağlanmış bir hakkın sermaye olarak konulması durumunda, ortaklık sözleşmesindeki sermaye maddesinin öngörülen şekle uygun olarak düzenlenmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir<sup>87</sup>.

Alman Hukuku'nda hakim görüşe göre; devri özel şekle tabi malvarlığı unsurlarının, adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesi durumunda, sadece sermayeye ilişkin olan sözleşme hükmünün değil; sözleşmenin tümünün ilgili şekle tabi olarak yapılması gerekmektedir<sup>88</sup>. Bu görüşün dayanağı olarak, sözleşmenin birliği ilkesi gösterilmektedir<sup>89</sup>. Öte yandan, Alman Hukuku'nda; tapuya kayıtlı taşınmazlar yönünden, sözleşmenin noter tarafından tasdiki resmi şekil şartının yerine getirilmesi için yeterli olduğu belirtilmektedir<sup>90</sup>. Dolayısıyla Türk Hukuku ile Alman Hukuku arasında, taşınmazların devrine ilişkin resmi şekil şartının yerine getirilmesi yönünden bir fark bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Kanımızca adi ortaklığa tapuya kayıtlı bir taşınmaz veya devri kanunen özel şekil şartına bağlanmış bir hakkın sermaye olarak getirilmesi durumunda sözleşmenin yalnızca sermaye maddesine ilişkin kısmının kanunen öngörülen şekle uygun olarak yapılması yeterli olacaktır. Buna göre taşınmazların sermaye olarak getirilmesi durumunda sözleşmenin ilgili maddesinin TMK m. 706'ya uygun olarak tapu sicil memurları tarafından resmi şekilde düzenlenmesi; motorlu bir aracın getirilmesi durumunda sözleşmenin ilgili maddesinin 2918 sayılı Kanununun 20. maddesi uyarınca noterde resen düzenlenmesi; yine adi ortaklığa bir hakkın sermaye olarak getirilmesi durumunda da, sermaye olarak getirilen hakkın devri nasıl gerçekleştiriliyorsa, sözleşmenin sermaye maddesinin de o şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Tapuya kayıtlı taşınmaz, motorlu araçlar veya devri kanunen özel şekillere tabi diğer unsurların sermaye olarak ortaklığa getirilmesi durumunda sözleşmenin tamamının ilgili şekle uygun olarak yapılması gerektiğinin kabulü yerinde değildir. Zira bu sonucun kabulünde, örneğin tapuya kayıtlı bir taşınmazın adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde tapu memurunun tüm adi ortaklık sözleşmesini resmi şekilde düzenlemesi gerekecektir ki, bu durum tapu memurlarının görev ve yetkilerini aşan bir sonuca neden olacaktır. Yine, sözleşmenin tamamının ilgili şekle tabi tutulması hem taşınmaz hem motorlu nakil araçlarının hem de devri özel şekle bağlı olan herhangi başka bir unsurun adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesi varsayımında

<sup>87</sup> **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 27-28.

<sup>88</sup> **Hueck, Götz/Windbichler, Christine**: Gesellschaftsrecht, Münih 2003, s. 70; **Soergel/Hadding/Kießling**: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 2012, §705, Nr. 9. Krş. **Erman/Westermann**, Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Köln 2004, §705, Nr. 10.

<sup>89</sup> **Hueck/Windbichler**, s. 70; **Soergel/Hadding/Kießling**, §705, Nr. 9.

<sup>90</sup> **Hueck/Windbichler**, s. 70; **Soergel/Hadding/Kießling**, §705, Nr. 9.

sözleşmenin tamamında hangi şekil şartının uygulanacağı noktasında da tartışma yaratacaktır. Üst dereceli bir şeklin (örneğin noter) alt şekli zaten içerdiği şeklinde varılacak mantıksal sonucun bu durum için uygulanmasının da mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Çünkü aksi takdirde tapu memuru, araba satışını da ya da diğer şekle tabi bir unsurun da satışını içeren sözleşmenin tamamını resmi şekilde yapmaya zorlanmış olunur ki buna hem tapu mevzuatı hem de Karayolları Trafik Mevzuatı izin vermez.

Buna göre örneğin, adi şirket ortaklarından birinin tapuya kayıtlı bir taşınmazı ortaklığa sermaye olarak getirmesi durumunda sözleşmenin ilgili maddesi açısından TMK'nın genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Eşya hukuku kuralları gereği tapuya kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin tapu sicil memurları tarafından hazırlanması gerekir. Bu sözleşmelerin geçerliliği resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlıdır (TMK m. 706, Tapu K. m. 26). Buna göre; taahhüt işlemi için önce tapuda işlem yapılmalı, sonra da bu tapu memurları tarafından düzenlenen sözleşmeye dayanılarak alıcı adına tapuda tescil işlemi gerçekleştirilmelidir. Tapu siciline yapılacak tescilin geçerliliği geçerli bir kazanma sebebinin bulunmasına bağlıdır<sup>91</sup>. Tescilin dayanağı olan bu kazanma sebebi taraflar arasında mülkiyeti devir borcu doğuran satım, trampa, bağışlama gibi bir sözleşme olabileceği gibi, belirli bir mal bırakmayı içeren vasiyet gibi tek taraflı bir hukuki işlem de olabilir<sup>92</sup>. Hatta istisnai olarak hukuki sebebin bir maddi fiil olabileceği de ifade edilmektedir<sup>93</sup>.

Adi ortaklık sözleşmesi de bir kazanma sebebi oluşturabilir<sup>94</sup>. Buna göre; adi ortaklığa tapuya kayıtlı bir taşınmazın sermaye olarak getirilmesi halinde, adi ortaklık sözleşmesinin taşınmazın devrini konu alan maddesinin tapu memurları önünde resmi şekilde düzenlenmesi ve burada taşınmazın kazandırma sebebinin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu belirtilmelidir. Taşınmazın devrine ilişkin sözleşmenin yapılmasından sonra, söz konusu taşınmaz aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça elbirliği mülkiyet şeklinde tüm ortaklar adına tescil edilmelidir<sup>95</sup>. Zira Türk Hukukuna göre; adi ortaklık sözleşmesi ile kurulan adi ortaklığın bir tüzel kişiliği dolayısıyla da hak ehliyeti bulunmamakta, işlemler ortaklar adına yapılmakta ve haklar ile borçlar or-

<sup>91</sup> Doktrinde, tapu siciline yapılacak tescilin geçerliliğinin bazı şartlara bağlandığı ve bu şartların da asli ve şekli şartlar olarak ikiye ayrılarak incelendiği görülmektedir. **Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut**: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 287. Tescilin asli şartları aynı hakların geçerli bir şekilde doğması, devredilmesi ve sona ermesi için gerekli ve zorunlu unsurlar olarak belirtilirken; şekli şartları da tapu memuru tarafından geçerli bir tescil yapılabilmesi için uyulması gereken esaslar olarak ifade edilmektedir. **Akipek/Akıntürk**, s. 287.

<sup>92</sup> **Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe**: Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 360; **Akipek/Akıntürk**, s. 288.

<sup>93</sup> **Akipek/Akıntürk**, s. 288.

<sup>94</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 360.

<sup>95</sup> **Şener**, s. 173. Ayrıca bkz. Tapu Sicil Tüzüğü md. 28/f.5: "Elbirliği mülkiyette elbirliğini doğuran neden, malik adlarının ortak paranteze alınmasından sonra belirtilir".

taklara ait olmaktadır<sup>96</sup>. Ortaklar, ortaklığa sermaye olarak getirdikleri değerler üzerinde tek başlarına sahip oldukları mülkiyet haklarını kaybederler; ancak adi ortaklık ayrı bir hukuki kişilik olarak ortaya çıkmadığından sermaye olarak getirilen değerler üzerinde haklar tüm ortaklara ait olur. Kanun gereği ortakların bu birlikte hak sahipliği elbirliği mülkiyetidir. Ancak taraflar dilerlerse paylı mülkiyet konusunda da anlaşabilirler (BK m. 638/I-II)<sup>97</sup>.

Bununla birlikte Yargıtay; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 638/1. maddesinde “Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.” hükmü mevcuttur. Bu hükme göre adi ortaklık mallarının üzerinde adi ortaklığı oluşturan gerçek ve tüzel kişilerin elbirliği ile mülkiyet hakları bulunmaktadır. Herhangi bir şeyin tamamının veya hissesinin üzerinde adi ortaklığın mülkiyetinin var olabilmesi için, bu şeyin adi ortaklık adına kayıtlı olması gerekmektedir. Takip dosyasının incelenmesinde; borçlunun 1/2 hissesinin bulunduğu araç ve taşınmazların üzerine haciz konduğu anlaşılmaktadır. Haciz uygulanan hisselerin ise, adi ortaklık adına değil, borçlu şirketin adına kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda haciz konan araç ve taşınmazların adi ortaklık adına kayıtlı olduğundan bahsedilemez” diyen kararında<sup>98</sup>, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmamasına rağmen, onun mülkiyet hakkından ve adi ortaklığa özgülenen malvarlığının adi ortaklık adına kayıtlı olmasından bahsetmektedir<sup>99</sup>. Kanımızca kararda kullanılan ifadeler bu yönüyle tartışmaya açıktır.

<sup>96</sup> Yargıtay da yerleşmiş içtihatlarında adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığını kabul etmektedir. “Davada, taşeron olan davacıya ait makineye davalı ortaklığının işçisi olan diğer davalının ayağının çarpması sonucu düşerek arızalanması nedeniyle uğradığı zararın tahsili ile makine için taşeronluk sözleşmesi gereğince ödenmeyen kira bedelinin davalılardan müteselsilen tahsili talep edilmiştir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Adi ortaklığa karşı açılmış olan dava, diğer ortakların tümüne karşı yöneltilmiş demektir. Bu nedenle, davacıya dava edilen adi ortaklığın bütün ortaklarının isim ve adresi açıklattırılarak, davaya bu ortakların huzuru ile devam edilmelidir”. Yargıtay 3. HD., E. 2012/11608, K. 2012/15091, T. 13.6.2012; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E. 2007/8892, K. 2007/17995, T. 5.6.2007; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu yöndeki birçok Yargıtay kararına ilişkin toplu örnekler için bkz. Barlas, s. 75, dn. 193.

<sup>97</sup> Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 31; Bilgili/Demirkapı, s. 24. Doktrinde Şener, adi ortaklıkta ortakların paylı mülkiyeti seçmesinin mümkün olduğunu ancak kanun hükümlerinin elbirliği ile mülkiyeti esas alarak getirildiğini ifade etmektedir. Şener, s. 182.

<sup>98</sup> Yargıtay 12. HD, E. 2015/10712, K. 2015/22609, T. 1.10.2015; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2015.

<sup>99</sup> Alman Hukuku’nda, adi ortaklığın tapu sicili nezdinde taraf olma ehliyetine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Hertreiter, Angela: Grundbuchfähigkeit eines Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, Regensburg, 2004, s. 29 vd.

### III- Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları<sup>100</sup>

#### A- Genel Olarak

Doktrinde, şekle aykırılığın hukuki sonuçlarına ilişkin beş farklı görüş bulunmaktadır. Doktrinde az sayıda yazar tarafından savunulan görüşe göre, şekil zorunluluğuna aykırılığın yaptırımı yokluktur<sup>101</sup>. Bu görüşe göre şekil şartı, sözleşmenin kuruluş şartı niteliği taşımakta olup; şekle aykırı sözleşme kurulmamış sayılır ve şekle aykırılık hakim tarafından re'sen gözetilir. Doktrinde yokluk görüşü haklı olarak eleştirilmektedir. Yokluk görüşüne karşı doktrinde ileri sürülen eleştiriler; TBK md. 12/f.1 ve 2'de (OR md. 11/f.1 ve 2) "geçerlilik" teriminin kullanıldığı, buna bağlı olarak; TBK ve OR'de şeklin kurucu bir unsur olarak düzenlenmediği; şeklin kurucu unsur olarak nitelendirilmesinin modern sözleşme teorisiyle bağdaşmadığı ve yokluk yaptırımını kabul etmelerine karşılık şekle aykırılığın sonuçlarını gidermeye çalışmalarının kendi içinde tutarlı olmaması şeklinde özetlenebilir<sup>102</sup>.

Azınlıkta kalan ikinci görüşe göre, şekle aykırı hukuki işlemler iptal edilebilir niteliktedir<sup>103</sup>. Bu görüşe göre; şekle aykırı olarak yapılan hukuki işlem başlangıçtan itibaren geçerli olup, şekil şartıyla korunması amaçlanan tarafın açacağı bir dava sonucunda mahkeme tarafından verilecek bir karar ile hükümsüz hale gelir<sup>104</sup>. Dolayısıyla hakim önüne gelen uyumsuzlukta; şekil şartıyla korunması amaçlanan tarafın iptal talebi olmadıkça, şekle aykırılığı re'sen dikkate alamaz. Ancak bu görüş de doktrinde; TBK md. 12/f.1 ve 2'de (OR md. 11/f.1 ve 2'de) geçersizliğin düzenlendiği<sup>105</sup> ve TBK'da sayılan iptal nedenleri arasında, şekle aykırılığa yer verilmediği<sup>106</sup> gerekçeleriyle, haklı olarak eleştirilmektedir.

*Schmidlin* ise, şekle aykırı hukuki işlemler eksik borçlar ortaya çıkardığını savunmaktadır<sup>107</sup>. Yazara göre; İsviçre-Türk kanun koyucusu, şekle aykırılığı yaptırımı bağlamış olup; şekle aykırı şekilde ifa edilen değerlerin iadesinin talep edilememesi, şekle ilişkin düzenlemenin amacıyla bağdaşmaz<sup>108</sup>. Bu görüş de eksik borca ilişkin üzerinde kesin uzlaşılan bir tanım bulunmadığı; şekle aykırı hukuki işleme dayanan borçlara, kanun koyucu tarafından eksik borç yaptırımının uygulanacağı düzenlen-

<sup>100</sup> Şekle aykırılığın hukuki sonuçlarına ilişkin doktrinde savunulan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Altaş**, s. 89-154.

<sup>101</sup> Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Altaş**, s. 95-98.

<sup>102</sup> **Altaş**, s. 98-101; **Kocayusufpaşaoğlu**, §29, Nr. 3; **Eren**, s. 294.

<sup>103</sup> Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Altaş**, s. 131-132.

<sup>104</sup> **Altaş**, s. 131; **Kocayusufpaşaoğlu**, §29, Nr. 2.

<sup>105</sup> **Altaş**, s. 133; **Kocayusufpaşaoğlu**, §29, Nr. 4.

<sup>106</sup> **Altaş**, s. 133-134.

<sup>107</sup> **Kramer/Schmidlin**, Art. 11, Nr. 41-55.

<sup>108</sup> **Kramer/Schmidlin**, Art. 11, Nr. 43.

mediğinden, söz konusu borçların eksik borç olarak nitelendirilemeyeceği; kamu yararını korumak amacıyla getirilen şekil kurallarına aykırılık halinde dahi sözleşmenin sonradan geçerli hale gelmeyeceğinin kabul edildiği; tam iki tarafa borç yükleyen şekle aykırı sözleşmelerde borcunu önce ifa eden tarafı koruyamadığı ve şekle aykırı sözleşmenin geçerli hale gelebilmesi için ileri sürülen hatasız ve iradi ifa şartının, eksik borç olarak nitelendirilme için yeterli olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>109</sup>.

Doktrinde şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik yaptırımına, fiili sözleşme görüşüne dayanan bir çözüm de önerilmektedir<sup>110</sup>. Bu görüş de fiili sözleşme kavramının belirsiz olması ve şekle aykırılığın hukuki sonuçlarına değil, şekle aykırı sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesine ilişkin olması gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>111</sup>.

Türk-İsviçre Hukuku'nda doktrinde hakim ve Yargıtay tarafından da kabul edilen görüş, şekle aykırı hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olduklarıdır<sup>112</sup>. Buna göre, şekle aykırı hukuki işlem başından itibaren geçersiz olup; kesin hükümsüzlük hakim tarafından re'sen göz önüne alınmalıdır<sup>113</sup>. Ayrıca şekle aykırılığın hukuki sonucu kesin hükümsüzlük olduğundan; şekle aykırı işlemler belirli bir zamanın geçmesiyle veya tarafların onayıyla geçerli hale gelmez<sup>114</sup>. Ancak bu görüşü savunan yazarlar

<sup>109</sup> Altaş, s. 125-126.

<sup>110</sup> Altaş, s. 126-128; Eren, s. 295.

<sup>111</sup> Altaş, s. 129-131; Eren, s. 295.

<sup>112</sup> Kocayusufpaşaoğlu, §29, Nr. 6; Oğuzman/Öz, s. 157-158; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 368; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 102; von Tuhr/Peter, s. 237; Yargıtay İBKG, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.09.1988, "Gerçekten, Borçlar Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şekil kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahib olmaz. Başka bir anlatımla Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sıhhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere, "geçersizlik" müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanunun 634. maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213. maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçimine (re'sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "b u t l a n" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça defî olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re'sen gözetilemeyeceği ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığının (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyiniyeti göz önünde tutulamaz (A. von Tuhr; Oser/Schönenberger; Dr. H. Becker; Prof. Dr. H. Tandoğan; BGE 86 II 400 vd; 92 II 324 vd; 95 II 42 vd; 98 II 316; 104 II 101, 106 II 151; 26.5.1954 gün, 8/18 ve 12.4.1944 gün, 14/13 sayılı Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararları)" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>113</sup> Kocayusufpaşaoğlu, §29, Nr. 2; Oğuzman/Öz, s. 157; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 102; von Tuhr/Peter, s. 237.

<sup>114</sup> Kocayusufpaşaoğlu, §29, Nr. 2; Oğuzman/Öz, s. 157; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 102.

dahi şekle aykırılık gerekçesiyle kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulama alanını sınırlandırmak üzere, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılabileceğini kabul etmektedirler<sup>115</sup>. Gerçekten, tarafların şekle aykırı bir sözleşmeden kaynaklanan edimleri, şekle aykırılığı bilerek, rızaen ve eksiksiz şekilde yerine getirdikten sonra şekle aykırılık gerekçesiyle, sözleşmenin kesin hükümsüz olduğuna dayanmak istemeleri dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı kabul edilmekte ve bu halde, şekle aykırılığa dayanılması kabul edilmemektedir<sup>116</sup>. Benzer şekilde, şekle aykırılığa karşılık sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin karşı tarafta haklı bir güven yaratan kişinin sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesi, bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>117</sup>.

Doktrinde son yıllarda ortaya çıkan ve gittikçe daha fazla yazar tarafından savunulan bir görüş, şekle aykırılığın yaptırımını kendine özgü bir geçersizlik olarak açıklamaktadır<sup>118</sup>. Bu görüş kapsamında, geçersizlik yalnızca taraflar arasında sonuçlarını ifade etmekte olup; şekle aykırılık yalnızca taraflarca ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen dikkate alınamaz<sup>119</sup>. Kendine özgü geçersizlik görüşünü savunan yazarlar, şekil kurallarının amaca uygun yorumlanması gereğinden yola çıkarak; tarafların şekle aykırı sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeleri yoluyla, sözleşmenin geçerli hale gelebileceğini ve şeklin koruma amacı dışında kötüye kullanılması yasağı ilkesinin de bu kapsamda uygulama alanı bulacağını savunmaktadırlar<sup>120</sup>. Öte yandan, bu görüşe karşı çeşitli eleştiriler de yöneltilmektedir. Doktrinde; kesin hükümsüzlük görüşünün, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını da içine alan bir yorumla, karşılıklı borçların tam olarak veya büyük ölçüde ifa edildiği hallerde hükümsüzlüğün düzelmesine kapı araladığı ve kendine özgü geçersizlik görüşüyle sağlanmak istenen sonuçları elde etmeye elverişli olduğu; kendine özgü hükümsüzlük görüşünün, hakimin hükümsüzlüğü re'sen göz önünde tutamamasına karşılık hükümsüzlüğün tapu sicil müdürü tarafından re'sen göz önünde tutulabilmesi gibi bir sonuca yol açtığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>121</sup>. Altaş; söz konusu eleştirilere karşılık olarak, şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının giderilmesi yönünden kendine özgü geçersizlik görüşünün daha tutarlı olduğunu; kendine özgü geçersizlik görüşü-

<sup>115</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §30, Nr. 1 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 159-160; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 104-105. Hakkın kötüye kullanılması dayanağı dışında şekle aykırılığa dayanan hükümsüzlüğün aşılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Vardar, Gülşah**, Şekle Aykırılığın Hakkın Kötüye Kullanılması Yolu Dışında Kalan Yollarla Aşılması, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 59-60, s. 58 vd.

<sup>116</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §30, Nr. 6-7; **Oğuzman/Öz**, s. 160.

<sup>117</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §30, Nr. 11.

<sup>118</sup> **Altaş**, s. 143-147; **Eren**, s. 292.

<sup>119</sup> **Altaş**, s. 146-147.

<sup>120</sup> **Altaş**, s. 139-141.

<sup>121</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §30, Nr. 5.

nün, modern hükümsüzlük teorisi içindeki kanuni hükümsüzlük teorisi tipolojisi içinde değerlendirilmesi gerektiğini ve hükümsüzlüğün re'sen hakim tarafından dik-kate alınmamasının hukuk güvenliğine hizmet ettiğini ifade etmektedir<sup>122</sup>.

Şekle aykırılığın hukuki sonuçları yönünden, iradi şekle aykırılık üzerinde de ayrıca durulmalıdır. Sözleşme taraflarının karşılıklı olarak kararlaştırdıkları, geçerlilik şekli niteliği taşıyan iradi şekil şartlarına aykırılığın yaptırımının ne olacağı tartışmalıdır<sup>123</sup>. *Kocayusufpaşaoğlu*; iradi şekle aykırılığın sonuçlarının da kanuni şekle aykırılık ile aynı olduğunu belirterek; iradi şekle aykırı hukuki işlemin de kesin hükümsüz olacağını savunmaktadır<sup>124</sup>. Öte yandan, iradi şekle aykırılığın sonucunun yokluk olduğunu ileri süren bir görüş de bulunmaktadır<sup>125</sup>.

Bu kapsamda, şekle aykırılığın sonuçlarının hangi kapsamda uygulanacağı sorununun da incelenmesi gereklidir. Gerçekten, sözleşmenin iradi şekle aykırı olarak ifası halinde, sözleşmenin akıbetinin ne olacağı ile tarafların iradi şekil şartını sonradan açıkça veya zımnen değiştirmeleri imkanı, tartışılması gereken önemli konulardandır. Doktrinde; tarafların, iradi bir şekil şartı kararlaştırmış olmalarına karşılık, herhangi bir çekince ileri sürmeksizin borçlarını ifa etmeleri halinde; iradi şekle ilişkin düzenlemeyi sonradan karşılıklı rıza ile değiştirdikleri kabul edilmektedir<sup>126</sup>. *Eren* ise; taraflardan biri veya her ikisinin kararlaştırılan şekle uymadan edimlerini ifa etmelerinin, şeklin geçerlilik koşulu olmadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir<sup>127</sup>. Öte yandan, tarafların her zaman iradi şekle ilişkin anlaşmayı, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın değiştirmeleri ve iradi şekil şartını kaldırmaları da mümkündür<sup>128</sup>. Bu bakımdan, çekince koymaksızın ifa yoluyla iradi şekil anlaşmasının zımnen dahi değiştirilebileceği vurgulanmaktadır<sup>129</sup>. Ayrıca iradi şekil şartına aykırılığın uzun süre sonra ileri sürülmesinin, kanuni şekil şartına aykırılık da olduğu

<sup>122</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Altaş*, s. 134-147.

<sup>123</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, §31, Nr. 6-9; *Kavak*, s. 29-30. Öte yandan, icapçı tarafın karşı tarafa belirli bir şekilde gönderilen kabul beyanına itibar edeceğini açıkladığı ve tek taraflı şekil şartı öngörülen haller farklı bir olasılık olarak değerlendirilmelidir, *Kocayusufpaşaoğlu*, §31, Nr. 2; *Kavak*, s. 28-29. Krş. *Altaş*, s. 69-70. Yazara göre, şeklin kaynağının tek taraflı veya iki taraflı olması fark etmeksizin, öngörülen şekil şartı her iki tarafı da bağlar.

<sup>124</sup> *Kocayusufpaşaoğlu*, §31, Nr. 6. Bu halde, sözleşmenin geçerlilik kazanmayacağı yönünde bkz. *Altaş*, s. 69.

<sup>125</sup> Söz konusu görüşü savunan yazarlar için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, §31, Nr. 6, dn. 7'de anılan yazarlar.

<sup>126</sup> *Kocayusufpaşaoğlu*, §31, Nr. 9; *Kavak*, s. 29. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* da taraflarca kararlaştırılan şekil zorunluluğunun ifa ile ortadan kalktığını belirtmektedirler, *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 136.

<sup>127</sup> *Eren*, s. 269.

<sup>128</sup> *Kocayusufpaşaoğlu*, §31, Nr. 9; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 136; *Kavak*, s. 29.

<sup>129</sup> *Kocayusufpaşaoğlu*, §31, Nr. 6.

üzere, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir<sup>130</sup>. Dolayısıyla iradi şekil şartı kararlaştırılmış olmasına karşılık, tarafların sonradan iradi şekle aykırı davranmaları halinde, kural olarak, sözleşmenin geçerli olmadığı kabul edilebilir olmakla birlikte; her somut olayda, tarafların sonraki irade beyanı ve eylemlerinin, iradi şeklin değiştirildiği veya kaldırıldığı yönünde yorumlanmasının mümkün olup olmadığı veya şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğinin yorumlanması ve böylelikle bir sonuca ulaşılması gereklidir.

## B- Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekle Aykırılığın Sonuçları

Yukarıda da ifade edildiği üzere kural olarak adi ortaklık sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı değildir. Bununla birlikte taraflar adi ortaklık sözleşmesinin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda kararlaştırılan geçerlilik şekline uygun olarak yapılmayan adi ortaklık sözleşmesi kural olarak tarafları bağlamayacaktır. Kararlaştırılan şeklin ispat şekli olduğunu iddia eden ise, bunu ispat yükü altındadır. Yargıtay eski tarihli bir kararında, *“davalı savunmasında, İran`a yapılacak 10.000 tonluk kraft kağıdı ve kereste ihracatı konusunda taraflar arasında adi ortaklık kurulduğunu, ortaklık sözleşmesinin gereği olarak davacı şirketin temsilcileri tarafından, İran`a ihraç edilen 3000 ton kraft kağıdı nedeniyle davacı şirket adına açılan akreditif ile ilgili gayrikabili rücu ödeme talimatı verildiğini, anlaşmaya müsteniden verilen ödeme emrinin geçerli ve haklı olduğunu açıklamış ve 01.06.1983 günlü adi ortaklık sözleşmesini dosyaya ibraz etmiştir. Her ne kadar bu sözleşmede yalnız davacı G... A.Ş. yetkililerinin imzası ve şirket kaşesi varsa da, davacı temsilcilerinin imzasını taşıyan bu belge davalı şirkete verildiğine ve onun tarafından mahkemeye ibraz edildiğine göre belgede davalının imzasının olmaması sözleşmenin bağlayıcılığı yönünden eksiklik olarak kabul edilemez. Sözleşme altındaki imzaların davacı şirket temsilcilerine ait olduğu kabul edilmektedir. O halde davacı şirket bu sözleşme ile bağlıdır”* diyerek, adi ortaklık sözleşmesinde davacıların imzası ve şirket kaşesi bulunması ve bu belgenin davalı tarafından mahkemeye sunulması durumunda, belgede davalının imzasının olmamasının, sözleşmenin bağlayıcılığını etkilemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>131</sup>. Bu karar doktrinde Şener tarafından, ortaklardan biri tarafından sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının, tarafların sözleşmeyi yazılı olarak yapma iradelerinin bir göstergesi olduğu ve kararlaştırılan bu şeklin de geçerlilik şekli olarak nitelendirilebileceği, dolayısıyla da adi ortaklık sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması gereken durumlarda tüm ortakların imzasını içermesinin zorunlu olduğu, somut olayda ise, bu zorunluluğa uyulmadığından sözleşmenin geçerliliğinin şüpheli olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir<sup>132</sup>. Öte yandan,

<sup>130</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 136; Kavak, s. 29.

<sup>131</sup> Yargıtay 13. HD., E. 1986/1596, K. 1986/3120, T. 26.05.1986; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.10.2015.

<sup>132</sup> Şener, s. 51. İsviçre Hukuku'nda, ortaklardan birinin sözleşmeyi imzalamasının, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması arzusunun ortaya koyabileceği yönünde bkz. Fellmann/Müller, Art. 530, Nr. 534.



yerindeliği tartışmaya açık olmakla birlikte, Yargıtay'ın söz konusu kararının, Borçlar Hukuku doktrininde kabul edilen ve yukarıda açıklamaya çalıştığımız; bir sözleşmenin taraflarca iradi şekle tabi tutulması halinde daha sonra zımnen dahi şekil şartının değiştirilebileceği görüşüyle bağdaştırılması mümkün olabilir<sup>133</sup>.

Geçerlilik şekline uygun olmayan bir adi ortaklık sözleşmesinde de Borçlar Hukuku'ndaki ana ilke gereğince, şekle uygun olmayan sözleşmeden doğan borçlar ifa edildikten sonra geçersizlik iddiasında bulunulması ya da bir tarafın şekle uyulmamasını sağladıktan sonra geçersizliği ileri sürmesi TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek ve şekil eksikliği ileri sürülemeyecektir. Burada önemli olan nokta borçların ifa edilmiş olmasının sözleşmeyi geçerli hale getirmeyeceği, ancak somut olayın şartlarına göre TMK m. 2'ye dayanarak sözleşmedeki geçersizliğin ileri sürülemeyeceğidir<sup>134</sup>. Sadece şekil eksikliğine dayanılması tek başına hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmeyecek, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın kendi şartları içinde ayrıca araştırılacaktır. Buna göre; örneğin bir adi ortaklık sözleşmesinde, sözleşmenin taraflarından biri o sözleşmenin ifa olunacağı konusunda o güne kadarki davranışlarıyla karşı tarafa tam bir güvence vermiş ve karşı taraf da sözleşmenin yerine getirileceği inancıyla üstüne düşen edimleri yerine getirmişse, artık sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilecektir<sup>135</sup>.

Ayrıca yine yukarıda değinildiği üzere, ortaklığa sermaye olarak taşınmaz veya devri kanunen özel şekillere bağlı mal veya hakların getirilmesi durumunda, adi ortaklık sözleşmesinin ilgili maddesinin kanunen belirlenen şekilde yapılması gerekir. Bu şekle uyulmadığı takdirde kural olarak sözleşmenin tamamının değil ancak ilgili maddesinin geçersizliği söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, adi ortaklık bakı-

<sup>133</sup> Bkz. yukarıda III, A.

<sup>134</sup> Şener, s. 36.

<sup>135</sup> Yargıtay'ın hakkın kötüye kullanımı konusunda "uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması"na ilişkin benzer nitelikteki kararları için bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami:** Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2015, s. 275, dn. 459. Anılan hususa ilişkin olarak Yargıtay, "..... İlk önce davalının şekil eksikliğini ileri sürmesi tek başına hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlüğe aykırılık teşkil etmez. Çünkü kural olarak bir işlemin şekil eksikliğinden kendi yararına sonuç çıkaran kimse hakkını kötüye kullanmış olamaz. Bunun için ayrıca somut olayda şekil eksikliğine dayanmanın dürüstlüğe aykırı sayılmasını gerektiren hal ve şartların var olması gerekir ve bunu ispat yükü karşı tarafa düşer. Diğer taraftan şekilsiz sözleşmenin ifasının bütün durumlarda şekil eksikliğine dayanan geçersizliği etkisiz bırakacağına ilişkin yasada bir kural yoktur. Böyle bir sözleşmenin ifası da geçersiz kalmaya mahkumdur. Ancak geçersizliği ileri sürme, hakkın kötüye kullanılması niteliğini almamalıdır. İnceleme konusu olayda, davalının hileli davranışlarla davacıyı kandırarak sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına engel olduğu iddia ve ispat edilmemiştir. Öte yandan burada şekil eksikliğine dayanmayı iyiniyet kuralına aykırı duruma sokan karşılıklı bir ifa işlemi de söz konusu değildir...." diyerek, her somut olayda hakkın kötüye kullanımı şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gereğini vurgulamıştır. Karar için bkz. Yargıtay 13. HD., T. 13.1.1986, E. 1985/7196, K. 1986/84; Şener, s. 36-37.

mından önemli bir unsurun varlığı halinde, tarafların farazi iradesinin sözleşmenin ayakta tutulması şeklinde yorumlanamayacağı söylenebilir. Böyle bir durumda, ilgili maddenin geçersizliği tüm sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurabilecektir (TBK md. 27/f.2)<sup>136-137</sup>. Söz konusu durumda da genel kural gereği şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı anlamına gelmesi, geçersizliğin ileri sürülmesine engel olabilecektir. Bu bağlamda bir olasılık daha akla gelebilir. Hukuki işlemi ayakta tutma ilkesinden yola çıkarak, sözleşmenin yorumu yoluyla; sermaye olarak getirilen taşınmaza ilişkin ortaklık sözleşmesi hükmünün şekle aykırılığı durumunda, ilgili taşınmazın mülkiyetinin değil, kullanım hakkının ortaklığa sermaye olarak getirildiği yorumu da yapılabilir<sup>138</sup>. Ancak bu hususta ihtiyatlı davranmak ve somut olayın şartları göz önünde tutularak, güven ilkesi gereğince, tarafların açık ve zımni iradeleri dikkate alınarak sonuca varılmalıdır<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> Bir hukuki işlemin belirli bir kısmını geçersiz sayıp, geri kalan kısmını geçerli kabul etmek ve işlemi geriye kalan hükümleri ile birlikte ayakta tutmak mümkündür. Bu durum “kısmi hükümsüzlük ya da kısmi butlan” olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu durum hukuki işlemdeki sakatlığın yalnızca sözleşmenin bir kısmına özgü olduğu ve kalan diğer kısmın geçerli sayılmasının tarafların farazi iradesine uygun düştüğü ölçüde söz konusu olabilir. Geçersiz olan şart olmaksızın tarafların o sözleşmeyi hiç yapmayacakları anlaşılırsa, sözleşme bütünüyle geçersiz kabul edilecektir (BK m. 27/2). **Oğuzman/Barlas**, s. 224. Kısmi butlan konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Başpınar, Veysel**: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 2008.

<sup>137</sup> **Şener**, s. 30

<sup>138</sup> TMK m. 2'deki hakkın kötüye kullanımı yönündeki istisnanın dışında tahvil kurumu vasıtasıyla da işlemi ayakta tutulması mümkün olabilir. Tahvil; “Geçersiz işlem kesin olarak hükümsüz ise de şayet işlem bu haliyle bile ona yakın amaç güden ve fonksiyon gören bir başka işlemin, geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve tarafların, asıl işlemin geçersiz olacağını bilselerdi onun yerine bu işlemi yapacakları söylenebiliyorsa geçersiz işlemin, geçerlilik şartları tamam olan bu işleme dönüştürülmesi ve bu şekilde hüküm doğurması kabul edilmektedir” şeklinde açıklanmaktadır. **Oğuzman/Barlas**, s. 223.

<sup>139</sup> Ayrıca bkz. Yargıtay 14.HD, 3.2.1983, E. 5744, K. 814: “Tarafların kurduğu ortaklık Türk Ticaret Yasasına tabi ticari değil, BK hükümlerine tabi adi ortaklık niteliğindedir. Adi ortaklığı düzenleyen BK'nun 520-544. maddelerinde TTK'nun 140. maddesine benzeyen bir hüküm bulunmadığı gibi, bu yasa hükmünün adi ortaklıkta da uygulanacağına dair hiçbir hüküm yoktur. Bu nedenle ortaklar adına yarı yarıya tapuda kayıtlı olan arsanın mülkiyetinin davalının malvarlığından çıkmış sayılabilmesi için MK'nun 634. maddesinin buyurucu hükmüne uygun resmî biçimde sözleşme yapılmıyordu. Oysa ki gerek 27.12.1967 tarihli ilk ortaklık sözleşmesi ve gerekse 3.6.1968 tarihli ek sözleşme resmî biçimde düzenlenmemiş, sadece imzalar noter tarafından tasdik edilmiştir. Bu iki sözleşmeden ayrı olarak arsanın ortaklığa sermaye konulmasına ilişkin resmî bir sözleşme de yapılmamıştır. Bu durum karşısında motelin yapıldığı arsadaki ortaklığın yarı yarıya olan mülkiyet haklarının kendi uhdelerinde kaldığının, ortaklığa ise sadece arsadan faydalanma hakkının tahsis edildiğinin kabulü gerekir. Ortaklığa tahsis edilen malların, tasfiye sonucunda ortaklara aynen değil sermaye payına göre iadesini öngören BK'nun 538. maddesinin davamızda uygulanabilmesi için arsanın mülkiyetinin ortaklığa intikal etmiş olması icap ederdi. Oysa ki yukarıda açıklandığı üzere arsanın mülkiyeti değil, ancak kullanım hakkı ortaklığa bırakıldığından BK'nun 538. maddesi davamıza uygulanamaz...” (**Şener**, s. 28-29). Doktrinde **Şener**; Yargıtay'ın söz konusu kararını değerlendirirken, somut olay bakımından yalnızca kullanma hakkının getirildiğinin kabulünün zorlama olduğunu savunmaktadır. Yazar; somut olayda, sözleşmenin uzun süredir ifa edilmeye devam ettiğinden, TMK md. 2 gereği şekle aykırılığın ileri sürülmesinin zaten mümkün olmaması gerektiğini vurgulamaktadır. **Şener**, s. 29.

İsviçre Hukuku'nda da taşınmazların sermaye olarak getirilmesi halinde, adi ortaklık sözleşmesinin tabi olacağı şeklin kapsamı yönünden, yalnızca taşınmazın sermaye olarak getirilmesi ile doğrudan ilgili olan ortaklık sözleşmesi hükümlerinin şekle tabi olduğu ifade edilmektedir<sup>140</sup>. Buna bağlı olarak, kâr ve zarara katılma ve yönetim gibi ortaklığın iç işleyişine yönelik sözleşme hükümlerinin şekle tabi olmayacağına dikkat çekilmektedir<sup>141</sup>. Ayrıca İsviçre doktrininde de şekle aykırılık nedeniyle, adi ortaklık sözleşmesinin tümüyle geçersiz olabilmesinin, ancak sermaye olarak getirilen taşınmazın sözleşmenin olmazsa olmaz bir unsurunu (*essentialia negotii*) teşkil etmesi halinde söz konusu olacağı belirtilmektedir<sup>142</sup>.

### KAYNAKÇA

**Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

**Altaş, Hüseyin:** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998.

**Ansay, Tuğrul:** Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir? Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s.1-10.

**Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2015.

**Armbrüster, Christian:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. I, ed. **Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina,** Münih, 2015.

**Arslanlı, Halil:** Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1960.

**Arslanlı, Halil:** Şirket Mukaveleleri ile Cemiyetler ve İki Tarafa Borç Yükleyen Akitler Arasındaki Ayrılıklar ve Bunları Tefrika Yarayan Ölçüler, İHFM 1945, C. XI, S. 3-4, s. 128-144.

**Bahtiyar, Mehmet:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001 (Anasözleşme).

**Bahtiyar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015 (Ticari İşletme).

**Bahtiyar, Mehmet:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul, 2015 (Kıymetli Evrak).

**Bahtiyar, Mehmet:** Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler-Soru Örnekleri, İstanbul 2015 (Ortaklıklar).

**Bahtiyar, Mehmet:** 6102 Sayılı TTK'da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (m. 35/3), REGESTA, Y. 2013, S. 2, s. 3-14.

**Barlas, Nami:** Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2012.

**Başpınar, Veysel:** Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 2008.

<sup>140</sup> **Handschin, Lukas/Vonzun, Reto,** Zürcher Kommentar Band/Nr. V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Zürich, 2009, Art. 530, Nr. 154; **Fellmann/Müller,** Art. 530, Nr. 539. Alman Hukuku'nda aksi görüş için bkz. **Ulmer, Peter/Schäfer,** : Münchener Kommentar zum BGB, Münih 2013, §705, Nr. 34.

<sup>141</sup> **Fellmann/Müller,** Art. 530, Nr. 539.

<sup>142</sup> **Handschin/Vonzun,** Nr. 154; **Fellmann/Müller,** Art. 530, Nr. 539.

CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Zürich 2012.

**Domañıç, Hayri:** Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1988.

**Dörner, Heinrich:** Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Baden-Baden, 2014.

**Einsele, Dorothee:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. I, ed. **Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina:** Münih, 2015.

**Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.

**Erman/Westermann,** Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Köln 2004.

**Fellmann, Walter/Müller, Karin:** Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/8, Bern 2006.

**Handschin, Lukas/Vonzun, Reto,** Zürcher Kommentar Band/Nr. V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, Zürich, 2009.

**Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011.

**Hueck, Götz/Windbichler, Christine:** Gesellschaftsrecht, Münih 2003.

**İmregün, Oğuz:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), İstanbul 2005.

**Karayalçın, Yaşar:** Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973.

**Kavak, Yalçın:** Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul 2015.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul, 2008.

**Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno:** Berner Kommentar C. VI, Bern 1986.

**Lorenz, Werner:** "Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge", AcP, C. CLVII, s. 381-413.

**Manzel, Heinz-Peter:** Jauernig BGB Kommentar, ed. **Stürner, Rolf,** Münih, 2014.

**Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter,** Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern, 2007.

**Mimaroğlu, Sait Kemal:** Ticaret Hukuku, C. II, Ticaret Ortaklıkları Hukuku, Ankara 1972.

**Moroğlu, Erdoğan:** Ders Notu, Adi Şirkete Dair (2001 yılından önce hazırlanmış ve yayınlanmamış ders notları), Makaleler, İstanbul 2010, s. 753-763.

**Neuner, Jörg:** Was ist eine Willenserklärung?, JuS, 2007, s. 881-888.

**Nomer, Haluk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2013.

**Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2013.

**Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami:** Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2015.

**Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, İstanbul 2012.

**Öztañ, Fırat:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, 1997.

**Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014.

**Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, İstanbul 2014.

**Soergel/Hadding/Kießling:** Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 2012.

**Şener, Oruç Hami:** Adi Ortaklık, Ankara 2008.

**Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

**von Tuhr, Andreas/Peter, Hans:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts C. I, Zürich, 1984.

**Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak,** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.

**Yongalık, Aynur:** Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın "Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı ile İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tes-cili Hakkında Tebliğ"i (İç Ticaret: 2009/2) Hakkında Hukuki Değerlendirme, BATİ-  
DER, C. XXV, S. 3, s. 69-86.

